

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
138/2017 - Tercer Trimestre

Monográfico sobre el Impacto de las Tecnologías de la
Información y las Comunicaciones sobre las Relaciones Laborales

138



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

138

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Comercio

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1ª planta
41011 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

JAVIER CARNERO SIERRA
Consejero de Empleo, Empresa y Comercio

VOCALES

PILAR SERRANO BOHÍGAS	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Comercio
JULIO SAMUEL COCA BLANES	Secretario General de Empleo
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

JAVIER CARNERO SIERRA	Consejero de Empleo, Empresa y Comercio
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

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

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1ª, Sevilla (41011). Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales, uno monográfico– 72 euros. Número suelto: 18 euros

Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 138/2017

**Monográfico sobre el Impacto de las Tecnologías de la Información
y las Comunicaciones sobre las Relaciones Laborales**

Tercer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía JESÚS CRUZ VILLALÓN	13
El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones FEDERICO NAVARRO NIETO	49
Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	85
La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	125
Poderes directivos y nuevas tecnologías CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO	163
Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones CARMEN SÁEZ LARA	185
Derecho a la información y consentimiento del trabajador en materia de protección de datos EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA	223

Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE.....	249
Brecha digital, pobreza y exclusión social SOFÍA OLARTE ENCABO	285

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (Internacional Association of Labour Law Journals –IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú)*, *Arbeit und Recht (Alemania)*, *Australian Journal of Labour Law (Australia)*, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia)*, *Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica)*, *Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá)*, *Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América)*, *Diritti lavori mercati (Italia)*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania)*, *Giornale di Diritto del Lavoro (Italia)*, *Industrial Law Journal (Sudáfrica)*, *Industrial Law Journal (Reino Unido)*, *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda)*, *International Labour Review (OIT)*, *Japan Labor Review (Japón)*, *Labour Society and Law (Israel)*, *Lavoro e Diritto (Italia)*, *Relaciones Laborales (España)*, *Revista de Derecho Social (España)*, *Revue de Droit du Travail (Francia)* y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Alemania)*.
Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

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

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

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

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

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

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

1. ENCABEZAMIENTO

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

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

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

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

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

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

3. ÍNDICE

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

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

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

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

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

6. NOTAS

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

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

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

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

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

7. EXTENSIÓN

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

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

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

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

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

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

10. CESIÓN DE DERECHOS

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

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 138/2017

**Monograph about Impact of Information and Communications
Technologies on Labour Relations**

Third Trimester

INDEX

1. STUDIES

The transformation of labour relations to the digitization of the economy JESÚS CRUZ VILLALÓN	13
The exercise of trade union activity through the information and communications technologies FEDERICO NAVARRO NIETO.....	49
Salaried work and self-employment in the professional activities across digital platforms SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA.....	85
A regulatory agenda for collaborative economy: labour and social security issues MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	125
Power of direction and new technologies CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO.....	163
Fundamental rights of workers and powers of supervision of the employer through the information technologies and communications CARMEN SÁEZ LARA.....	185
Right to information and consent of the worker in the field of data protection EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA.....	223

Working time and information-communication technologies: “the right to disconnect”, warranty of the adequate rest periods CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE.....	249
Digital divide, poverty and social exclusion SOFÍA OLARTE ENCABO	285

LAS TRANSFORMACIONES DE LAS RELACIONES LABORALES ANTE LA DIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA

JESÚS CRUZ VILLALÓN

*Director de Temas Laborales
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Palabras Clave: Digitalización, Relaciones Laborales, Economía, transformación

Las transformaciones tecnológicas que se vienen produciendo en los últimos tiempos, que encuentran su manifestación más emblemática en el fenómeno de la digitalización, están provocando profundas consecuencias sobre la economía y, a resulta de ello, sobre el empleo y, en su conjunto, sobre el modelo actual de relaciones laborales, si bien no resulta nada pacífico identificar su concreto alcance, tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo. En todo caso, más allá de las diferencias de diagnóstico que se puedan realizar, resulta indiscutible que la irrupción de estas tecnologías exige un análisis de las consecuencias que ello tiene sobre el actual marco normativo regulatorio de las relaciones laborales, tanto en su vertiente individual como en la colectiva. A la luz de ello, el presente estudio pretende efectuar una primera aproximación al impacto de la digitalización de la economía sobre el empleo y la capacidad de adaptación del modelo legal vigente para regular las nuevas realidades. Se pretende, igualmente, preguntarse por la capacidad de la normativa laboral para influir sobre la evolución de las relaciones laborales en el escenario actual de universalidad y celeridad en la implantación de la digitalización, acerca de la falta de adaptación de tal normativa para dar respuesta al nuevo escenario laboral y, en última instancia, identificar los aspectos centrales que requerirían de una modificación de nuestro entramado institucional.

ABSTRACT

Key Words: Digitization, Labour Relations, Economy

The technological transformations that are taking place in recent times, which found its most emblematic manifestation in the phenomenon of digitization, are causing profound consequences on the economy, and is, over the employment included, about the model of labour relations, even though it's not nothing peaceful to identify its specific scope, both quantitative and qualitative. In any case, beyond the differences in diagnosis to be made, it is undeniable that the emergence of these technologies requires an analysis of the consequences this has on the current regulatory regulatory framework of labour relations, both in its individual and collective. In the light of this, the present study aims to make a first approach to the impact of digitization of the economy on employment and adaptability of the current legal model for regulating new realities. Intends, also, wonder about the ability of the labour legislation to influence the evolution of industrial relations in the current stage of universality and speed in the implementation of the digitization, about the lack of adaptation of such regulations to respond to the new labour scenario and, ultimately, identifying central aspects that would require a modification of our institutional framework.

ÍNDICE

1. LA IRRUPCIÓN DE LA DIGITALIZACIÓN ECONÓMICA: UNIVERSALIZACIÓN Y CELERIDAD
2. UNAS IMPRESCINDIBLES ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS
3. LA FUNCIONALIDAD DE LA NORMA LABORAL EN EL NUEVO ESCENARIO DIGITAL
4. EL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN SOBRE EL EMPLEO
5. LA EVANESCENCIA EMPRESARIAL Y LAS FRONTERAS CON EL TRABAJO AUTÓNOMO
6. EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LA NORMA LABORAL

1. LA IRRUPCIÓN DE LA DIGITALIZACIÓN ECONÓMICA: UNIVERSALIZACIÓN Y CELERIDAD

En estos momentos se está desarrollando un debate muy intenso en muy diversos ámbitos acerca del impacto que están teniendo las profundas transformaciones tecnológicas que se están produciendo en la sociedad actual, con repercusión notable sobre el funcionamiento de la economía, con los correspondientes efectos sobre el empleo y, por derivación de todo ello, sobre los diversos modelos de relaciones laborales¹. El debate se presenta especialmente intenso en el ámbito del Derecho del Trabajo y al mismo hemos querido incorporarnos a través del presente número de la revista *Temas Laborales*.

Se trata de cambios tecnológicos que se producen en muy diversos frentes: tecnologías de la información y las comunicaciones, robotización de los procesos productivos y de prestación de servicios, aplicación al mundo del trabajo de la llamada inteligencia artificial, cambios en las fuentes energéticas, aplicaciones de

¹ Sobre el presente debate, sobre todo en la perspectiva jurídico-laboral, cfr. F. Cavas Martínez, Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo, RTSS (CEF) n° 406 (2017), pgs. 23 ss. A. Ginès i Febrellas y S. Gálvez Durán, Sharing economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital, en *InDret*, Revista para el análisis del Derecho n° 1 (2016), pgs. 27 ss. J. M. Görlich Peset, ¿Repensar el Derecho del Trabajo?, cambios tecnológicos y empleo, en número monográfico de la revista *Gaceta sindical*, CCOO, n° 27 (2016) sobre ¿una nueva revolución industrial? Economía digital y trabajo, pgs. 173 ss. R. Gutiérrez Arranz, Las relaciones laborales en la economía colaborativa: el caso Uber en Estados Unidos, NRDT n° 187 (2016), pgs. 161 ss. J. Mercader Uguina, El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2017. L. E. Nores Torres, Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales, en *Revista de Información Laboral*, *Lex Nova* n° 7 (2016), pgs. 21 ss. S. del Rey Guanter, La empresa interconectada y el futuro del trabajo, contribución a la conversación 3 “La organización del trabajo y la producción” de la OIT. M. L. Rodríguez Fernández, Plataformas, microworkers y otros retos del trabajo en la era digital, contribución a la Conferencia Nacional OIT “el futuro del trabajo que queremos”. F. Rocha Sánchez, La digitalización y el empleo decente en España. Retos y propuesta de actuación, conversación 2 OIT. C. San Martín Mazzucconi, Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo, aportación a las conversaciones “trabajo decente para todos. La organización del trabajo y la producción” de la OIT. A. Todoli Signes, El trabajo en la era de la economía colaborativa, editorial Tirant lo blanch, Valencia 2016.

los nuevos descubrimientos en el ámbito de la genética, etc. Aunque se trate de un fenómeno mucho más amplio y complejo en sus manifestaciones derivadas de la irrupción de todos estos cambios tecnológicos, por simplicidad terminológica y voluntad de centrarnos en lo más influyente al efecto, podemos expresarlo todo ello como la irrupción de la digitalización de la economía y, con la misma, la digitalización del empleo. Es cierto que la expresión puede resultar algo reductiva, pues confluyen en el ámbito de lo tecnológico cambios de naturaleza diversa, que en ocasiones van más allá de lo que se concentra bajo tal denominación de “digitalización”, pero la opción de emplearla en este caso se debe a que tal fenómeno puede constituir el desencadenante más relevante de los profundos cambios laborales y los que se vislumbran pueden verificarse en el inmediato futuro en el ámbito de las relaciones laborales.

Indiscutiblemente la influencia de los cambios tecnológicos ha estado presente desde el surgimiento de la legislación laboral, incidiendo con fuerza sobre las relaciones laborales todas las innovaciones que se han producido en las técnicas de producción y de trabajo, de modo que, si se me permite parafrasear una expresión bien conocida entre nosotros, los cambios tecnológicos constituyen el eterno compañero de viaje del Derecho del Trabajo; a la postre, como ya se analizó con profundidad y pleno acierto, el Derecho del Trabajo ha emergido como disciplina autónoma a resultas de las transformaciones sociales y jurídicas derivadas de la revolución industrial². Todas las revoluciones tecnológicas, desde el telar hasta la llamada industria 4.0, pasando por la máquina de vapor, la electrificación y las tecnologías de la información y las comunicaciones, han alterado claramente el escenario en el que se desenvuelven las relaciones laborales, tanto desde la perspectiva individual como desde la colectiva³.

Eso sí, concurren circunstancias extraordinarias en la última revolución tecnológica, que hemos resumido bajo la expresión de digitalización de la economía, que comportan alteraciones de enorme calado y que nos enfrenta a nuevos retos, hasta el presente apenas vislumbrados. Entre los factores más destacados del escenario en el que irrumpe la digitalización de la economía destacaría de manera resumida los siguientes: conexión con la globalización, universalidad y celeridad.

Ante todo, estos cambios tecnológicos coinciden en el tiempo con un fuerte asentamiento y consolidación de la globalización de la economía, en términos tales que se trata de fenómenos ambos –digitalización y globalización– que se retroalimentan entre sí, provocando notables efectos sinérgicos: la digitalización

² Por todos, M. Alonso Olea, La revolución industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo, Revista Trabajo nº 32 (1970), pgs. 5 ss.

³ Sobre esta última, ver el trabajo en este número de F. Navarro Nieto, El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones.

es más profunda en la medida en que se desarrolla en un escenario de economía globalizada, del mismo modo que la globalización se extiende con más fuerza en la medida en que la misma se desarrolla dentro de un contexto de digitalización de la economía. La globalización constituye un excelente caldo de cultivo para que desplieguen todas sus potencialidades las tecnologías de la información y las comunicaciones, al mismo tiempo que la penetración de la revolución digital ensancha y agranda las raíces de la globalización. En suma, los efectos acumulados de ambos fenómenos redoblan exponencialmente su impacto sobre devenir del empleo y las relaciones laborales.

A resultas de lo anterior, emerge un dato que no estaba presente en las precedentes revoluciones tecnológicas o, cuando menos, que no estaba presente con un carácter tan absoluto como se puede detectar ya en los momentos actuales. En efecto, me refiero al hecho de que las precedentes revoluciones tecnológicas, por mucha repercusión que tuvieron, se concentraron en concretos sectores productivos, ceñidos especialmente a las grandes empresas, en determinados territorios o naciones, o bien para algunas específicas profesiones o trabajos. Es cierto que algunas de ellas pudieron tener una importante influencia indirecta sobre el conjunto de la economía, pero ello no llegó a significar que tuvieran penetración en todos los empleos. Por el contrario, una de las señas de identidad de la actual revolución tecnológica es que la misma se extiende de manera universal, irrumpiendo sobre todas las economías –sean más o menos desarrolladas–, sobre todos los sectores productivos –sean de cualquier tipo de producción de bienes o de toda clase de prestación de servicios, lo sean en sectores económicos emergentes o lo sea en sectores de los denominados como “maduros”–, penetran sobre todos los trabajos –sean más o menos cualificados–, bajo cualquier régimen jurídico laboral –sean trabajos subordinados o autónomos, sean privados o públicos–, se ejecuten en el seno de uno u otro tipo de empresas –desde las grandes empresas transnacionales hasta las microempresas–, afectan a todo tipo de trabajadores –independientemente de la edad, género, capacidad, o cualquier otro rasgos que provoquen mayor o menor segmentación en el trabajo–, etc.

Por ejemplo, habitualmente se presumía que los procesos de globalización económica deberían conducir al incremento decisivo de las grandes empresas transnacionales con el efecto derivado del declive de las pequeñas y microempresas. Por contraste a ello, el hecho de que la actual globalización económica se haya extendido sobre la base del uso de las tecnologías de la comunicación y la información, permite la inserción con naturalidad en el comercio internacional con dosis notables de capacidad competitiva a empresas de muy pequeñas dimensiones. Por poner sólo un ejemplo bastante ilustrativo, cuando una empresa como Instagram es comprada por Facebook en 2012, con millones de usuarios y por un valor superior a los mil millones de dólares, apenas superaba la docena de

empleados. Pero, más relevante aún, una miríada de empresas de muy pequeñas dimensiones, con una reducida facturación en términos comparativos y pocos clientes, llega a insertarse en la economía globalizada y en el comercio internacional, se asienta en el nuevo paradigma socioeconómico gracias a su digitalización e inserción en los esquemas de las empresas en red.

Más aún, casi siempre cuando se analizan estos fenómenos la atención se concentra en aquellas actividades económicas que se desarrollan por medio de las plataformas informáticas que actúan en internet y, por ello, desde el punto de vista laboral la atención se centra en los trabajos que se ejecutan por contrataciones realizadas por medio de tales plataformas. Indiscutiblemente ello constituye el fenómeno más llamativo, el que ha desencadenado mayores debates en la doctrina económica y laboral, al extremo de llegar a acuñarse el término “*uberización*” de la economía por referencia a la empresa más emblemática en el sector de las empresas digitales. Ello conduce incluso a la emergencia de un nuevo sector productivo, al que llega a denominarse como “economía digital”. Sin embargo, centrarnos exclusivamente en esa perspectiva entendemos que resulta muy reductivo respecto del alcance del fenómeno, de modo que hemos preferido hablar de “digitalización de la economía”, que es algo mucho más amplio y universal que la concentración en la mera “economía digital”. Digitalización de la economía y, por ende, digitalización del empleo, por cuanto que, como hemos adelantado, todos los sectores productivos –sean más o menos emergentes, más o menos maduros– han incorporado a sus procesos de elaboración de productos y de prestación de servicios las tecnologías digitales, de modo que inunda al total de la economía. Incluso irrumpe en el total de los trabajos, también en los menos cualificados que podamos imaginar, al extremo de que se convierte en un “analfabeto” a efectos laborales cualquier persona que pretenda hoy en día incorporarse al mercado de trabajo con desconocimiento de las tecnologías de referencias, convirtiéndose hoy en día en el factor de exclusión laboral de mayor impacto para quien carezca de habilidades y competencias mínimas en este terreno⁴. Por ello, la digitalización del empleo es universal y no sólo incide sobre los sectores emergentes de la economía digital. Por tanto, el fenómeno va a incidir sobre todas las relaciones laborales, desde su inicio hasta su finalización, desde lo individual a lo colectivo, y no exclusivamente a los empleos emergentes en la economía digital.

Asimismo, la universalización de la digitalización no es una realidad que impacte exclusivamente en los procesos productivos, sino que se extiende igualmente a la conducta de los consumidores, de los hogares y del ocio. Usuarios y

⁴ Sobre el particular, con una perspectiva mucho más amplia y completa, el trabajo en el presente número monográfico de la Revista, de S. Olarte Encabo, Brecha digital, pobreza y exclusión social.

consumidores se imbrican igualmente con la producción por vía de la digitalización, fenómeno de todo punto desconocido en los procesos de implantación de las precedentes revoluciones industriales. Uno de los rasgos señeros de la digitalización reside como novedad, poco resaltada hasta el presente, en el hecho de que permite a las empresas desplazar la ejecución de actividades que en el pasado se ejecutaban necesariamente por trabajadores a su realización por parte de los consumidores y usuarios, que entran en contacto directo con las empresas proveedoras, convirtiéndose en pieza relevante de cierre del ciclo productivo. Dicho de otro modo, a muchos efectos, el producto y servicio ofrecido por las empresas a los usuarios y consumidores se encuentra en un estado de “semielaboración”, que acaba perfeccionándose con el “trabajo” realizado por el comprador o usuario, en la medida en que accede al mismo a través de la utilización por su parte de los medios digitales, sea vía acceso a internet o a otras tecnologías digitalizadas. Los vasos escasamente comunicados en el pasado entre consumo y trabajo productivo se presentan ahora mucho más intensos a resultas de la digitalización.

Junto con la universalización de la digitalización, el otro rasgo identificador del impacto de tales transformaciones tecnológicas va a ser la velocidad aceleradamente exponencial con la que se incorporan a la economía y al empleo, la enorme rapidez con la que se expanden sobre todos los sectores, formas de trabajar y hábitos de consumo. Lo que en un momento dado podemos percibir que constituye el final del proceso del cambio tecnológico se vislumbra inmediatamente como un mero paso de transición hacia otro nuevo, con el dato añadido de que apenas se identifica una innovación en este terreno en una concreta empresa o actividad la misma se expande a un ritmo inusitado sobre toda la economía globalizada, ofreciéndose de manera inmediata al consumo. La rapidez en la transmisión de la información novedosa y su juego, de nuevo, en el escenario de la economía globalizada, determinan lo que se ha venido a denominar como “hiperconectividad”, que retroalimenta de nuevo la inmediatez con la que se extiende el cambio tecnológico. Por ello, se puede hablar con todo fundamento de “irrupción” de la digitalización, término que hemos venido utilizando con reiteración desde el comienzo, porque, a nuestro juicio, es la palabra que de forma más fiel describe cómo se está enraizando y expandiendo el fenómeno.

Tal celeridad, al resultar exponencial, uno de los mayores retos que nos está provocando, es que son complejas cuando no limitadas nuestra capacidad para detectar y diagnosticar lo que nos está sucediendo en el conjunto de la nuestras vidas, en especial en el ámbito de su impacto sobre la economía y el empleo. No resulta nada fácil cuantificar el fenómeno en su dimensión, al extremo de que los consensos “científicos” no son nada fáciles de alcanzar a estos efectos. Por poner un solo ejemplo, son enormemente dispares entre unos y otros expertos las previsiones en lo inmediato del impacto cuantitativo sobre el empleo, en términos de

destrucción de “viejo” empleo y de creación de “nuevo” empleo. Nadie discute que la digitalización, como cualquier otra revolución tecnológica, provoca, de un lado, una intensa destrucción de actividades profesionales realizadas en el pasado por trabajadores y, al propio tiempo, da lugar a nuevos empleos; pero resulta a día de hoy imposible tener una mínima certeza de consenso de la dimensión tanto de lo uno –destrucción– como de lo otro –creación–.

Si ello sucede con la vertiente cuantitativa, no menor dificultad de consenso se produce en la vertiente cualitativa, en el sentido de que tampoco se vislumbran los efectos concretos de las transformaciones que se están produciendo o se van a producir sobre el devenir de nuestro actual modelo de relaciones laborales, sobre la naturaleza del empleo emergente, sobre las condiciones de empleo y, en última instancia, sobre la capacidad de pervivencia de las instituciones que durante largas décadas han constituido los referentes de nuestro modelo laboral. De nuevo, nadie discute hoy en día que la digitalización incide de manera profunda sobre el empleo que atiende a la producción de bienes y prestación de servicios para la nueva economía. Algunos llegan a afirmar que ello requiere la construcción de un nuevo “paradigma” del modelo laboral, que ya no se adapta a las nuevas exigencias del mercado ni a las expectativas de los trabajadores; mientras que otros advierten que las instituciones laborales responden a un equilibrio de intereses que pervive y pervivirá con cualquier tipo de cambio tecnológico, de modo que las exigencias de cambio institucional lo son secundarias, de mero retoque, adaptación o puesta al día.

En todo caso, tendremos que entrar a analizar con mayor detalle cuáles son las transformaciones y los retos en lo laboral, en especial en la funcionalidad que tiene la norma laboral para modular el fenómeno de la digitalización, sobre la premisa de que su irrupción universal y acelerada está teniendo un notable impacto sobre el trabajo, que, en el inmediato futuro, todo augura que irá a más.

2. UNAS IMPRESCINDIBLES ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS

Estamos acostumbrados ya a que cualquier nuevo cambio, transformación o revolución social, según como queramos valorar la intensidad de la realidad novedosa a la que nos enfrentamos, se popularice a través de la incorporación de una nueva palabra emblemática que lo resuma todo, como si se tratase de un eslogan que facilita su difusión, incluso cada vez más a través del uso de un término anglosajón (*slogan*), de literal traducción al castellano. Con ello, en gran medida, se pretende transmitir la idea de que nos enfrentamos a algo no sólo nuevo, sino, por añadidura, cualitativamente diverso a lo conocido hasta el momento presente, que no se puede describir con las categorías conceptuales que hemos venido manejando hasta ahora.

No cabe la menor duda de que en muchas ocasiones hay un notable acierto en la incorporación de esos nuevos términos, que se extienden de manera inmediata con notable éxito, y consiguen con el mismo transmitir con sencillez cambios de notable envergadura. No deja de ser cierto que la lengua es un vehículo muy vivo de comunicación y de transmisión de ideas, de modo que el anquilosamiento del lenguaje conduce también a la resistencia al cambio social.

Precisamente, en esta materia han florecido con fuerza nuevos términos que se han convertido casi en ideas fuerza de la nueva realidad; nosotros mismos en el apartado precedente hemos utilizado algunos de los más destacados, incluso asumiéndolos como acertados para concentrar la descripción de la realidad a la que nos enfrentamos.

Eso sí, como todo en el ámbito de las ciencias sociales, nada debe asumirse de manera acrítica, mucho menos la incorporación de nuevas palabras o términos, pues, en la mayoría de las ocasiones, la asunción de las mismas implícitamente conlleva una presunción valorativa del significado y efectos de los cambios que se vienen produciendo. Dicho en sentido contrario, lo habitual es que, más allá de lo llamativo o emblemático de los nuevos términos, los mismos vienen cargados de un fuerte significado, no son en modo alguno neutros y meramente descriptivos de la nueva realidad. Por el contrario, muchas veces, o bien contienen de por sí un apriorismo respecto a la actitud que se debe tener frente a ellos y cómo se debe actuar por parte de los afectados por los cambios de referencia; cuando no, peor si cabe, ocultan en su interior un prejuicio ideológico, entendida la expresión en el sentido gramatical del término, es decir, con una valoración a priori sin constatación objetiva de que, en efecto, lo que se deduce del término es correcto para definir la nueva realidad a la que nos enfrentamos. Más aún, esta operación, de análisis de la significación y oportunidad de aceptación de ciertos términos, se hace más necesaria cuando, como hoy en día, los mismos suelen surgir del ámbito de la economía, siendo por muchos inmediatamente asumidos acríticamente para su utilización como categoría relevante en el ámbito jurídico. A veces, incluso, el uso del término en inglés acaba constituyendo un simple esnobismo, desmerecedor de la riqueza lingüística del castellano, que todos tenemos una cierta responsabilidad en preservar. Por ello, la actitud ni debe ser de un rechazo de principio de la utilización de tales nuevos términos, para su traslación a lo jurídico, ni tampoco de acogimiento con un cierto “papanatismo” de modernidad desconociendo las premisas que se dan por válidas con el uso de tales términos.

Descendiendo al terreno de lo concreto, cuatro son los términos sobre todo que me parece oportuno traer a colación a estos efectos, que requieren de su aclaración, cuando no una notable cautela, en su utilización en esta materia. Nos

referimos a los términos “disrupción”, “paradigma”, “economía colaborativa” y “gestión de personas”. Veamos cada uno de ellos por separado.

Así, comenzaría por señalar cómo hasta el presente hemos empleado de manera recurrente el sustantivo “irrupción” para describir la entidad del impacto que está teniendo la extensión de la digitalización como nueva tecnología en el ámbito de la economía y del empleo. También hemos justificado la utilización de ese término para resaltar tanto la celeridad con la que ha penetrado la digitalización en nuestra sociedad y, en particular, en el empleo, así como para poner el acento en la profundidad que tiene el fenómeno en este terreno. Por tanto, irrupción en el sentido gramatical de su significado como “acontecimiento impetuoso y repentino” así como “entrada impetuosa en un lugar”. Claramente no es un término neutro, porque ya de por sí presenta un elevado componente valorativo del fenómeno, que creemos hemos podido justificar mínimamente.

No obstante, el término “irrupción”, por ser quizás término más tradicional o por considerarse de poca relevancia para la trascendencia de la realidad que se pretende describir, no suele ser el que se está utilizando a estos efectos. Por el contrario, el término que parece estar siendo usado de manera más extendida es otro, que literalmente parece muy próximo al mismo, pero de mayor carga en su significado. “Disrupción” o efecto “disruptivo” es el término que ha provocado mayor éxito para calificar a la digitalización de la economía. Sin embargo, a nuestro juicio, es más oportuno ser cautelosos y precavidos en el uso de ese término, al menos por el momento, pues el mismo ya de por sí comporta una importante diferencia con el calificativo hasta el presente utilizado por nosotros de “irrupción”, de mucho mayor calado y valor significante. En efecto, no debe dejar de tenerse presente que “disrupción” implica mucho más, supone nada menos que provocar una “rotura o interrupción brusca”, transmitiendo, por ende, una idea de fractura neta respecto del pasado, algo que todavía está por ver y por confirmar. Más aún, a nuestro juicio, por muy profunda que esté siendo y vaya a ser la digitalización del empleo y de la economía, la misma se está produciendo de manera bastante natural en casi todas las sociedades; ni la universalización ni la celeridad de la digitalización presuponen su carácter brusco de fractura, ni social ni jurídica. En modo alguno se perciben respuestas de intensificación de la conflictividad social; basta advertir que no se advierte en estos momentos movimiento alguno de reacción frente a la digitalización asimilable a lo que supuso en su momento histórico el *ludismo* a resultas de la introducción del telar en la primera industrialización del siglo XIX; por el contrario, lo que se detecta es una generalizada aceptación pacífica y fácilmente interiorizada de los cambios derivados de todo ello. Por añadidura, a pesar de los indiscutibles desafíos que presenta la digitalización frente al dominante modelo de regulación de las relaciones laborales en los países desarrollados, especialmente de la Europa continental, aunque alguno

hablen de necesidad de superación del actual marco normativo, lo cierto es que las reformas legales que se están produciendo en este terreno, probablemente debidas más a la globalización que a la digitalización, no suponen en modo alguno brusca ruptura con el pasado. Incluso la aplicación judicial de la legislación laboral a las nuevas realidades suele ser hasta el presente escasa pero parece que poco problemática en la adaptación de las categorías jurídicas tradicionales a los cambios tecnológicos. Posiblemente resulten más impactantes y atractivas en términos mediáticos o de debate científico las grandes calificaciones terminológicas de ruptura en este terreno, pero si queremos ser fieles a lo que se está produciendo realmente, los parámetros básicos de nuestro modelo jurídico laboral persisten y, aunque no se trate de minusvalorar las reformas laborales que se vienen produciendo desde hace ya varias décadas, ha de admitirse que las mismas son precedentes en el tiempo a la digitalización, no siempre son consecuencia de la misma y, en especial, no suponen una fractura cualitativa con el pasado. Por todo ello, consideramos conveniente evitar el uso del término “disrupción” y más apropiado el que hemos venido utilizando de “irrupción”.

En segundo lugar, muy vinculado a lo anterior, con voluntad de destacar el enorme impacto que provoca la digitalización tanto sobre la economía como sobre las relaciones laborales, tiende a unirse la misma con el sustantivo de nuevo “paradigma”. Se trata, por un lado, de un término, de uso extendido desde hace bastante tiempo entre nosotros, con una utilización tan reiterada que en muchas ocasiones ha perdido gran parte de su significado originario. Ni siquiera suele corresponderse con el significado más oficial en nuestra gramática, pues tiene, sobre todo, un valor lingüístico y, cuando se aplica a las ciencias del conocimiento no siempre coincide con el que se suele atribuir en el campo económico y, mucho menos, en el jurídico. Así, suele entenderse por paradigma “teoría o conjunto de teorías cuyo núcleo central se acepta sin cuestionar y que suministra la base o el modelo para resolver problemas y avanzar en el conocimiento”. Pero precisamente lo extendido cuando se habla de nuevo “paradigma”, tanto para referirse a las relaciones laborales como a su regulación institucional, lo es para poner en cuestión la pervivencia del modelo que hasta ahora lo ha regido y para proponer la necesidad de un modelo completamente nuevo, por tanto, con un cuestionamiento del “paradigma” actual como sinónimo de “modelo” para ser sustituido “*in toto*” por uno diferente en su raíz. A la vista de lo que hemos venido considerando respecto del rechazo en el uso del término “disrupción”, consideramos también que debemos ser cautelosos en esa magnificación de la imperiosa necesidad de cambiar el vigente “modelo” de relaciones laborales y, con ello, de superar sus bases jurídicas.

Por muy necesario que sea acometer reformas en lo legal que den respuesta a los nuevos desafíos provocados por la digitalización de la economía y del

empleo, no está de más poner las cosas en su sitio. Primeramente, no puede desconocerse que el actual modelo de relaciones laborales se basa ante todo en un gran compromiso político de equilibrio de intereses, articulado jurídicamente por medio de un modelo democrático de relaciones laborales, asentado en el texto constitucional, de reconocimiento de ciertos principios jurídicos propios de tal modelo democrático, comenzando por el relativo a la traslación al ámbito de las relaciones laborales del reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, tanto en la vertiente individual como en la correspondiente colectiva. Por ello, si por paradigma laboral podemos entender el modelo que deriva de nuestro texto constitucional, que combina atención a la libertad de empresa y a la tutela de los derechos de los trabajadores, entendemos que el mismo presenta la suficiente fortaleza y capacidad de adaptación a las realidades cambiantes derivadas de la digitalización como para que no sea preciso efectuar una propuesta de nuevo “paradigma”. Insistimos, con ello no se pretende minusvalorar la trascendencia del debate que se abre con la digitalización y la imperiosa necesidad de revisar el rol de la legislación laboral vigente sobre su influencia en la gestión de las relaciones laborales; pero sí hacerlo sin palabras grandilocuentes, como ésta de nuevo “paradigma”, que pretenden transmitir la idea de la necesidad de romper con el pasado, abandonando elementos institucionales claves dentro de nuestro modelo de convivencia trasladado al ámbito de las relaciones laborales.

En tercer lugar, valga la expresión, se ha extendido como la pólvora el uso de la expresión “economía colaborativa”, con origen a su vez en la expresión anglosajona “*sharing economy*”, como forma de denominación genérica de la actividad económica desarrollada a través de internet y, en particular, vía las plataformas digitales⁵. En las más de las ocasiones, el ímpetu de la popularización del término ha resultado tan intenso, que parece imparable su uso, al extremo de que incluso quienes son críticos con su significado aceptan acríticamente (valga la paradoja y contradicción) su utilización, tanto en el lenguaje coloquial como en el académico. Y, sin embargo, parece bastante obvio que tal expresión no resiste el contraste con la realidad a la que se quiere describir con este término, incluso manifiesta de manera inmediata el sesgo inapropiado que provoca. En efecto, difícilmente se entiende la razón por la que se pretende que lo que defina o identifique a este sector emergente de la economía sea el elemento “colaborativo”, pues, se mire como se mire, ello no es lo que diferencia a este tipo de actividad económica o de transacciones comerciales respecto de las demás que se presentan en el resto de la economía. De un lado, si por colaborativo se entiende el establecimiento de procesos de cooperación mutua en lo económico entre diversas em-

⁵ Con más detalle, ver el trabajo en el presente número monográfico de la Revista de M. Rodríguez-Piñero Royo, La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de Seguridad Social.

presas, entre productores y consumidores o bien entre empresarios y trabajadores, este es un elemento que puede detectarse como presente en todos los sectores de la actividad económica tanto del pasado como del presente; ni es algo novedosa la interrelación entre actores económicos exigida por el tráfico económico, incluso en el seno de las relaciones laborales, ni se presenta con superior intensidad en la economía digital respecto del resto de los sectores de la economía. De otro lado, si con la expresión “colaborativa” se quiere transmitir la idea de que todos los actores intervienen en estas transacciones económicas en clave de plena confluencia de intereses, a diferencia de lo que sucedía en la “vieja” economía, constituye una auténtica manipulación de la realidad, por cuanto que en este ámbito no desaparece la diferencia o el conflicto de intereses entre las partes, connatural a cualquier tipo de relaciones contractuales, sean laborales, civiles o mercantiles. Por mucho que confluya la satisfacción de objetivos de unos y otros, los intereses no dejarán de estar presentes entre los diversos actores, tanto entre productores y consumidores como entre empresarios y trabajadores. En suma, el antagonismo o conflicto de intereses, connaturales a todas las relaciones laborales, sean en régimen de subordinación o sean en régimen de trabajo autónomo, está intensamente presente en la economía previa o posterior a su digitalización. Es desde esta última perspectiva desde la que la expresión “economía colaborativa” debe merecer el mayor de los rechazos en su uso, cuando menos desde el punto de vista jurídico, por la enorme carga ideológica que contiene, claramente distorsionadora de la realidad que pretende describir.

La única explicación que podría tener la expresión “economía colaborativa” es que la misma, en su origen, se pudo desarrollar más en clave de trueque de prestaciones entre particulares, ajena a las transacciones comerciales de la economía monetaria que se desarrolló a partir de la economía capitalista; entender la economía digital como un vehículo de poner en contacto directo a consumidor con otro particular, en los ejemplos más típicos de uso por particulares de desplazamientos en vehículo por otros particulares, tipo “*blablacar*”, o bien compra de productos de segunda mano tipo “*wallapop*”. Pero, ni siquiera con la evolución sucesiva del fenómeno de la digitalización puede circunscribirse la misma a este dato de asimilación al trueque precapitalista. Ante todo, las actuales plataformas digitales ofrecen una amplia gama de productos y servicios que van mucho más allá de la economía colaborativa del trueque, en términos tales que en modo alguno es comparable “*wallapop*” con entramados logísticos del tipo de “*amazon*”. A mayor abundamiento, incluso en aquellas ocasiones en las que la plataforma digital actúa como vehículo de contacto entre dos particulares, existe un intermediario digital, una empresa auténtica que se interpone entre ambos particulares y no es tan cierto que el contacto comercial lo sea exclusivamente directo entre dos particulares; en concreto, hay profesionales que gestionan y mantienen tales

plataformas digitales que prestan servicios como trabajadores dentro del ámbito de organización de la empresa titular de la plataforma. Además, en las más de las ocasiones, en ese tipo de transacciones comerciales no hay mero trueque de productor o servicios, sino que se realiza por medio de transacciones monetarias, con aportación de valor económico y, a la postre, con la búsqueda del lucro económico. En definitiva, se trata de procesos económicos mucho más modernos que los antiguos trueques de la economía capitalista y, en todo caso, donde está presente tanto la satisfacción mutua de necesidades como el conflicto de intereses.

Por último, para concluir con esta valoración de los nuevos términos propios de la nueva economía, se advierte una cierta tendencia a la utilización de la expresión “gestión de las personas”. En unas ocasiones parece que con ello se pretende sustituir a la asentada desde hace tiempo gestión de los “recursos humanos” o de las “relaciones laborales”. Como suele resultar bastante habitual hoy en día, de pronto se extienden nuevas expresiones, sin explicar la razón del abandono de las utilizadas hasta el presente, o bien se pretende atribuir un significado nuevo a tales denominaciones cuando, en definitiva, quieren referirse a los mismo, de modo que al final no se sabe bien qué es lo que esconden tales nuevos términos y, en última instancia, hasta qué punto ello constituye un nuevo eufemismo que intenta huir de la expresión relaciones laborales, conteniendo de nuevo una cierta carga ideológica.

Ciertamente en esta materia el uso de tales expresiones puede tener un sentido completamente diverso en el ámbito del análisis de la conductas del comportamiento social o, incluso, de la organización empresarial, donde sin lugar a dudas pueden existir elementos comunes de tratamiento de las relaciones personales, que en el ámbito del análisis jurídico, donde deben primar las categorías e instituciones jurídicas, donde prima el régimen o regulación conforme al cual se puedan articular las relaciones personales. Al fin y al cabo, en su sentido más amplio, todo el derecho, tanto el público como el privado, tanto en el plano de lo lícito como de lo ilícito, tanto desde la perspectiva material como procesal, afronta actuaciones relativas a la gestión de las personas; de este modo, al abarcarlo todo, tiene escaso significado o valor hablar de “gestión de las personas” en relación con el mundo del Derecho. Más aún, si nos ceñimos al terreno del tráfico económico y, en especial, de la intervención en el mismo de personas, también estas asumen una muy diversa condición desde el punto de vista jurídico, se les aplica un diverso tipo de normas y, por ello, el calificativo de poco sirve. En el ámbito de lo concreto, cuando se utiliza esta nueva expresión de “gestión de las personas” en el estudio de la organización empresarial, la expresión puede tener la utilidad de resaltar el valor del capital humano, incluso de que por mucho que se desarrolle la automatización de los procesos de producción empresarial, siempre restará la intervención de las personas que seguirá siendo decisiva. En todo caso, desde el punto de vista

jurídico, ello sigue sin aportar valor novedoso, en la medida en que la clave es en qué condición jurídica uno actúa como persona en su relación con una empresa: proveedor o suministrador, profesional que presta servicios para la elaboración de parte del producto o de prestación de un servicio, consumidor o usuario, etc.

En todo caso, más allá de las precedentes disquisiciones jurídicas, la generalización del uso de la expresión gestión de las personas y, en particular, su traslación al ámbito de lo jurídico, sólo puede tener un efecto contraproducente de ocultar una vez más los roles e intereses conforme a los cuales se actúa en el ámbito empresarial, roles e intereses que determina el necesario equilibrio en la regulación que atiende a los mismos. Desde luego, lo que no parece nada conveniente es que en este terreno se extienda el uso del término “personas” para pretender ocultar que son trabajadores quienes ponen su esfuerzo de trabajo al servicio de una empresa tienen una condición diversa a la de trabajador, que es al final lo decisivo desde el punto de vista jurídico y lo influyente a la hora de regular sus relaciones jurídico contractuales con la empresa. Incluso que la forma de vincularse a la empresa en su prestación de servicios desde el punto de vista jurídico sigue siendo clave a la hora de determinar su régimen jurídico; por mucho que se alteren las relaciones entre trabajadores y empresas a resultas de la implantación de la digitalización de la economía, como veremos a continuación, seguirá manteniéndose la dualidad jurídica de partida entre trabajadores autónomos y trabajadores en régimen de subordinación jurídica.

3. LA FUNCIONALIDAD DE LA NORMA LABORAL EN EL NUEVO ESCENARIO DIGITAL

La irrupción de la digitalización sobre el empleo provoca un importante reto a la normativa laboral, pues está dando lugar a un cuestionamiento de los fundamentos de la intervención legal, afectando a aspectos dispares. Emergen en este debate posiciones que llegan a poner en duda la capacidad de la gestión del mercado de trabajo y las relaciones laborales por parte de la norma laboral en el nuevo escenario en el que nos movemos. Más aún, afloran posiciones de cierta radicalidad, entendiéndose que el actual modelo de regulación del trabajo entre nosotros no es sino contraproducente o negativo para un desarrollo del empleo en este nuevo contexto, proponiendo que, sobre todo, la economía digital se mueva en el terreno del *laissez faire laissez passer* laboral.

Sin embargo, frente a ello, los datos muestran que la funcionalidad de la norma laboral ante la digitalización del empleo no es cualitativamente diferente a la que la experiencia muestra han provocado otros cambios tecnológicos que nos han precedido, por mucho que los desafíos en esta ocasión puedan resultar de mayor alcance y de elevada complejidad.

Como elementos comunes a cualquier otra transformación tecnológica, lo indiscutible es que la norma laboral y, en general, el marco institucional en todas las disciplinas, no puede actuar de freno a la expansión de la digitalización de la economía y del empleo. Las actitudes *ludistas*, tanto en el terreno de la acción colectiva como en el ámbito de la intervención legal, están abocadas al absoluto fracaso, de modo que premisa de partida imprescindible es el de la expansión universal y acelerada de la digitalización, en los términos que ya tuvimos ocasión de describir. Ni siquiera parece útil adoptar medidas de penalización a los procesos de digitalización, pues estos, en todo caso, son imparable y, en el peor de los casos, hay que tener en cuenta que tal penalización puede provocar pérdidas de competitividad y de productividad de las empresas afectadas.

Eso sí, al mismo tiempo, la norma jurídica, en general, y la laboral, en particular, sí que pueden intervenir en el desarrollo del proceso de implantación y gestión de la digitalización, acompañando de muy diversas formas el modo como se introducen tales tecnologías y, en particular, el modo cómo las mismas inciden sobre el empleo y las relaciones laborales. Intentaremos concretar en apartados sucesivos el posible alcance y contenido de esa intervención por parte de la norma, ciñéndonos aquí a meras consideraciones generales y de principio. Desde luego, es oportuno anticipar que la funcionalidad de la intervención normativa no sería muy diversa de la que ha motivado desde su inicio la emergencia del Derecho del Trabajo en la Europa continental, que no sería otra cosa que corregir las distorsiones económicas y sociales que por propia naturaleza provoca el desarrollo natural de la actividad económica basada en la simple autonomía contractual individual, atendiendo a un necesario equilibrio de intereses entre los involucrados por el proceso productivo; atendiendo, en particular, a la necesaria tutela del interés general, así como a la protección específica de quienes se encuentran en una posición de inferioridad en la defensa de sus intereses: trabajadores y consumidores.

Como hemos avanzado, la digitalización de la economía, retroalimentada por la globalización, presenta superiores dificultades en la capacidad de gestión de la norma laboral, en la medida en que dos parámetros básicos de esta norma laboral se ven fuertemente debilitados y, con ella, disminuida la eficacia y efectividad de la norma laboral. Los dos parámetros a los que nos referimos son los relativos al espacio y tiempo.

La norma laboral clásica, dominante en la producción industrial que dio origen al Derecho del Trabajo, se basa en la ejecución de la prestación de servicios por parte del trabajador dentro de la fábrica y, por extensión, dentro de los locales de la empresa, durante el tiempo correspondiente a la jornada de trabajo establecida legal o convencionalmente. Más aún, el modelo referencial típico durante el

período álgido de maduración del Derecho del Trabajo, el modelo *taylorista* de producción, presumía la ejecución coordinada del trabajo de toda la plantilla de la empresa, coordinación que exigía la realización del trabajo en un mismo lugar y en un mismo tiempo.

Pues bien, a muchos efectos, la digitalización del empleo relativiza, cuando no pulveriza, estos dos.

De un lado, la digitalización permite que cierto número de trabajos conectados gracias a tales tecnologías, aunque no es fácil su cuantificación, se puedan realizar fuera de los locales de la empresa, de modo que todas aquellas reglas laborales que se diseñan presumiendo la presencia del trabajador en el centro de trabajo devienen más difíciles de ser aplicadas, cuando no, pierden la capacidad de lograr los objetivos pretendidos con ellas. Eso sí, lo anterior, a nuestro juicio, no comporta un cambio absoluto, que haga inviable la funcionalidad tradicional de la norma laboral. Aparte de que esta pérdida del espacio como referente de la norma laboral no desaparece para un número significativo de trabajos, incluso para los que se pierden, tal privación no es total, ello lo que provoca es una mayor complejidad en la aplicación de la norma laboral, una necesidad de relectura de los requisitos de su mandato legal o bien de nueva redacción de la misma, pero, en modo alguno, su inviabilidad material. Incluso en algunas materias va a exigir una regulación particular para atender a estas nuevas realidades.

Por ejemplo, va a ser necesario el establecimiento de una regulación específica de la tutela de la seguridad y salud laborales, con atención singular a nuevos riesgos laborales, de quienes trabajen en las plataformas digitales, especialmente de quienes lo hagan fuera de los locales de trabajo de la empresa, pues ya no se trata de aplicarles las reglas sobre el uso de los medios informáticos ni de desarrollar un régimen más completo de prevención de riesgos laborales de los teletrabajadores, por cuanto que se presenta como algo novedoso y diverso a todo lo anterior.

A mayor abundamiento, la digitalización permite que la ejecución del trabajo no sólo se lleve a cabo fuera del centro de trabajo, sino que, por añadidura, se ejecute en territorios diversos, provocando un cierto gap entre el lugar donde se encuentra el trabajador y el lugar donde se vuelca el trabajo realizado, incluso el lugar donde se ubica la empresa para la que se trabaja; algunos incluso defenderían que algunos trabajos, al volcarse su resultado en la “nube”, no tienen lugar espacial predeterminable de realización. Esta forma de trabajar en la red, con un cierto resultado de ejecutar el trabajo en un espacio virtual, presenta dificultades acentuadas de aplicación de ciertas instituciones laborales. En particular, ello, conectado con la globalización, puede presentar un problema especial de determinación de la norma nacional aplicable, en la medida en que puede hacer

más difícil aplicar al caso concreto el criterio del país de ejecución del trabajo conforme al Convenio de Roma. En todo caso, de nuevo, creemos que las dificultades en estos casos nunca desembocan en imposibles aplicativos, bastando una simple operación de interpretación finalista de la norma: por muy virtual que sea la ejecución del trabajo, la persona del trabajador, así como la persona jurídica titular de la empresa, mantendrán siempre su corporeidad física el primero y jurídica el segundo, y, a tenor de ello, siempre resultará identificable un lugar físico de ubicación del trabajador y un Estado jurídico donde se deberá ubicar la empresa para la que se prestan sus servicios. El problema en este terreno podría ser la adopción de prácticas fraudulentas dirigidas a la ubicación del trabajador y, sobre todo, de la empresa, en lugares artificialmente predeterminados con vistas a evitar la aplicación de ciertas normas laborales, creando con ello unos a modo de “paraísos laborales”. Quizás ello requiera de interpretaciones judiciales, incluso de intervenciones legislativas en esta materia, dirigidas a conjurar los riesgos de prácticas fraudulentas que son más fáciles de desarrollarse en este tipo de trabajos en la “nube”.

La digitalización igualmente provoca una cierta evaporación del elemento temporal, parámetro tan esencial en la cuantificación del trabajo debido en la norma laboral. Derivado de la pérdida de relevancia del factor espacial y de la pérdida de la exigencia de que el trabajo se efectúe simultáneamente en el tiempo para la necesaria coordinación en la organización de la actividad empresarial, la reglas relativas al horario de trabajo pierden en gran medida su capacidad de gestionar las condiciones de trabajo y de tutelar los intereses del trabajador. Con cierto paralelismo a lo que sucedió con la implantación de la energía eléctrica en la industria que eliminó el presupuesto natural del trabajo de “sol a sol”, permitiendo el trabajo nocturno, la digitalización permite el trabajo las veinticuatro horas del día de los 365 días del año, rompiendo la separación nítida entre tiempo de trabajo y tiempo de ocio, entre tiempo de cumplimiento de las obligaciones laborales y de atención a las responsabilidades familiares. La digitalización permite técnicamente casi la realización simultánea de ocio y trabajo, de atención familiar y laboral. Paradójicamente, la digitalización del trabajo propicia un cómputo casi milimétrico de los tiempos de trabajo, de modo que cabe un control de todo punto preciso de la cuantía de la jornada de trabajo ejecutado, pero, al mismo tiempo, diluye notablemente las reglas sobre tiempos de descanso; dicho de otro modo, cabe un seguimiento perfecto de las reglas sobre jornada como cantidad pero no las relativas a horario como distribución del tiempo de trabajo.

Una vez más, habría que indicar que no nos enfrentamos a un escenario de desbordamiento del parámetro tiempo como delimitador de la prestación de trabajo, sino la necesidad de reglas novedosas que se adapten a esta nueva realidad. Si hasta ahora el tiempo de trabajo se medía esencialmente en atención al dato

físico de la presencia del trabajador en su “puesto de trabajo”, ahora, al no existir en muchas ocasiones lugar físico determinante del “puesto”, ha de atenderse a otros factores a los efectos del cómputo del tiempo, así como a reglas de blindaje de los tiempos de ocio y de atención a responsabilidades familiares, de modo que no se posibilite la antes mencionada simultaneidad por medio de una adecuada regulación del derecho a la desconexión⁶.

Finalmente, fenómeno que no es novedoso a resultas de la digitalización, pero que esta puede acentuar, se incrementan de manera notable aquellos trabajos que, sin dejar de mantenerse en el ámbito del trabajo sometido a la legislación laboral, no toman como referente básico de la prestación debida el tiempo de trabajo sino los resultados del mismo. En multitud de actividades profesionales lo decisivo para la empresa es el logro de determinados objetivos preestablecidos, con independencia del tiempo empeñado por el trabajador en su logro. La pluralidad de sistemas retributivos bien tradicionales del trabajo asalariado basado en resultados, no computados por unidad de tiempo, dan cuenta de la larga presencia de formas de trabajo subordinado donde la jornada de trabajo perdía una de sus funcionalidades principales: trabajo a tarea, a rendimiento, a comisión, por objetivos, etc. Pues bien, no cabe la menor duda de que en ciertas formas de digitalización del trabajo, este se inserta como una manifestación más de trabajo a resultado, donde para la empresa resulta irrelevante el tiempo de trabajo y, por mucho que tenga enormes facilidades en controlar y computar la jornada de trabajo, no le interesa en absoluto hacerlo, pretendiendo que las reglas relativas a topes en los tiempos de trabajo no sean de aplicación para este tipo de trabajos. No obstante, si se tiene presente que la jornada de trabajo tiene una plural funcionalidad en las relaciones de trabajo, y que no sólo es un simple mecanismo indirecto de determinación del trabajo debido y de la cuantía del salario, la misma debe seguir desplegando sus otras funcionalidades tradicionales.

4. EL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN SOBRE EL EMPLEO

El principal efecto y, con toda seguridad, el más importante, provocado por la digitalización es el relativo a la destrucción del empleo. Ya hemos advertido la notable falta de consenso que se observa en la cuantificación, en términos de empleo neto, del proceso de digitalización de la economía, resultado de la resta de los trabajos que desaparecen y la suma de los que se crean. En todo caso, sí que parece advertirse la existencia de consenso en dos datos. De un lado, hay

⁶Con mucha más profundidad, ver el trabajo en el presente número monográfico de la Revista de C. Molina Navarrete, Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión” digital, garantía del derecho al descanso.

una coincidencia en reconocer que es intensa la cantidad de empleo que se destruye, pues la discrepancia se sitúa más en la capacidad de la economía actual de crear nuevas necesidades de empleo; se valora que multitud de profesiones y actividades laborales desaparecerán sustituidas por la informática y la inteligencia artificial, en primera fase respecto de los trabajos más rutinarios y que requieren de menor cualificación profesional, sucedidos también por trabajos de cierto nivel técnico. De otra parte, también parece detectarse cierta coincidencia de criterio en el sentido de que se produce una importante brecha temporal entre la fase destructiva y la sucesiva fase creativa, de modo que mientras que el efecto de destrucción se percibe como inmediato ya en el presente, el sucesivo proceso regenerador de cierto empleo o es más lento o se posterga en el tiempo, de modo que, con seguridad, en un primer período temporal, no fácil de delimitar en su duración, la destrucción del empleo será neta y escasamente compensada con la emergencia de nuevos empleos.

Desde nuestra perspectiva de análisis, esencialmente de la funcionalidad de la intervención jurídica, nos desborda con creces participar con suficiente conocimiento de causa en el debate relativo al impacto cuantitativo sobre el empleo. Por ello, debemos situarnos en un plano mucho más modesto, de análisis acerca de si las políticas públicas y, en particular, la norma laboral, tienen alguna capacidad de incidencia sobre esa evolución cuantitativa sobre el empleo. Desde siempre nos hemos situado entre aquellos que consideran que las políticas de empleo tienen un margen de influencia muy reducido sobre la evolución global del mercado de trabajo y, en particular, sobre las decisiones empresariales tanto de reducir empleo como de crear nuevo empleo, pues todo ello depende esencialmente de factores estrictamente económicos. Todo ello, a nuestro juicio, se ve reforzado ante el proceso de digitalización de la economía.

Pero, igualmente, somos de la opinión de que tanto la intervención normativa como cierto tipo de políticas públicas pueden condicionar las decisiones empresariales en uno u otro sentido. Incluso cabría entender que la mayor influencia de la norma jurídica lo es en sentido negativo, de penalizar la generación o el mantenimiento de empleo, que, en positivo, de favorecer su creación. Lo que nos cabe, a partir de la premisa precedente, es valorar aquellas intervenciones normativas o de políticas de empleo que pueden ser más acompañadas con la contención de la destrucción de empleo o con la emergencia de nuevos empleos; medidas que deben también ponderar que no pueden provocar efectos colaterales perversos, especialmente en el frente de la pérdida de competitividad empresarial en el escenario de una economía altamente globalizada.

En ese ámbito, las intervenciones posibles son de carácter transversal, en el sentido de que las posibles medidas pueden provenir de disciplinas bien diver-

sas, no exclusivamente situadas en el terreno de la legislación laboral, incluso es posible que las más incisivas puedan encontrarse extramuros del Derecho del Trabajo, pero con indudable impacto sobre el empleo.

Así, por ejemplo, puede tener una influencia decisiva las medidas que se adopten en el terreno del Derecho del consumo. Ya indicamos cómo las nuevas tecnologías y formas de organización del trabajo están provocando un cierto desplazamiento del empleo retribuido hacia actividades asumidas por parte de los consumidores y usuarios, por vía de la entrega o suministro de productos o servicios semielaborados, donde el consumidor se convierte en el último sujeto de cierre del proceso productivo. Desde el montaje de muebles hasta la manipulación por parte del consumidor de la plataforma informática o servidor de la empresa, dan lugar a este tipo de desplazamientos, que, en las más de las ocasiones, se ofrecen con el gran atractivo del “*low cost*”, pero que, con el paso del tiempo, se convierten en inexcusables para el consumidor, al que no se le permite optar por un servicio completo y acabado aunque sea por precio superior. Del mismo modo que vimos que la digitalización provoca la destrucción de las actividades más rutinarias, la misma también propicia el desplazamiento hacia el consumo de las tareas no rutinarias pero que no requieren de elevadas competencias y habilidades profesionales.

Sin desconocer que este tipo de procesos de traslación desde el trabajo retribuido hacia el consumo se extienden con tanto ímpetu que son tan imparables como los procesos de digitalización mismos, es posible también modularlos en algunos casos en aras de proteger el interés de los consumidores cuando se les niega el derecho de elegir entre alternativas más o menos elaboradas del producto y del servicio. Se trataría de obligar a ofrecer ciertos servicios a los consumidores de manera inexcusable, con vistas a requerir una mínima calidad del producto que se ofrece, de modo que el mismo no se deteriore a resultas de la introducción de las nuevas tecnologías, que, como efecto derivado, impliquen servicios a los consumidores atendidos por trabajadores; por ejemplo, la obligada atención al público personalizada y no monopolizada por informaciones vía “*faq*” en páginas web o respuestas de voz enlatadas. Se trataría, igualmente, de exigir, en ciertas ocasiones, atención directa, que, del mismo modo, exige cobertura de puestos de trabajo para su prestación; atención directa no mediatizada por la máquina, dirigida a cierto tipo de población con riesgos de exclusión social por la generalización de la digitalización: atención a la población de edad avanzada que no ha logrado incorporarse al cambio tecnológico y son “analfabetos digitales”, discapacitados con objetivas dificultades de acceso a los servicios digitalizados, así como garantías frente a riesgos de accidentes por parte del uso de ciertos procesos por parte de usuarios y consumidores reforzando las responsabilidades indemnizatorias en estos casos.

Igualmente, como hemos también advertido al inicio, la digitalización provoca que ciertos servicios sean atendidos por medio de prestaciones entre particulares no profesionalizadas, que sin escapar al ámbito de las transacciones comerciales, sí que se sitúan extramuros de lo profesional, llegando a impactar, sin la menor duda también, sobre las empresas tradicionales y, por ende, sobre el empleo. Ejemplo paradigmático de ello es el transporte de viajero entre particulares tipo “*blablacar*” o de préstamo de vehículos entre particulares. Ciertamente este tipo de actividades son imparables, especialmente porque resultan altamente competitivas, pero ello no debe provocar el situarlas en el terreno de la anomia legislativa o de la ausencia de control público, en la medida en que las mismas, por vía indirecta, se benefician de la actividad productiva ordinaria o de los servicios públicos ofrecidos al conjunto de la ciudadanía. A la postre, algunas de estas actividades juegan en sentido estricto en el terreno de la competencia desleal, lo que no es admisible a efectos de lícita concurrencia con la actividad productiva ordinaria o de exoneración de costes de la financiación estatal de los servicios públicos, sin desconocer otros costes eludidos como son los relativos a las exigencias de aseguramiento obligatorio frente a riesgos en la seguridad vial. Medidas de diverso tipo deberían contemplarse a estos efectos, particularmente en el terreno del incremento de costes para este tipo de actividades, así como exigiendo ciertos estándares mínimos de seguridad reforzada para los particulares que hacen uso de estos servicios, sin olvidar la necesaria regulación y responsabilidades de las plataformas informáticas que intermedian para el encuentro entre oferta y demanda del servicio.

En la vertiente más estrictamente laboral habría que analizar el impacto de la digitalización sobre la prevención de riesgos laborales en los empleos que perviven, con requerimientos intensos del uso de las plataformas informáticas. Entre ellos, unos pueden ser elevada cualificación profesional, pero muchos otros son ciertamente repetitivos y monótonos, aunque no puedan ser sustituidos por la máquina, al menos en tanto que se desarrolle con mayor intensidad la inteligencia artificial. En estos casos, la introducción o control de estrictas exigencias de seguridad y salud laboral, como efecto derivado, pueden exigir el mantenimiento de niveles mínimos de empleo en estos sectores emergentes.

Incluso en sectores tradicionales, ahora imbricados con la digitalización, se pueden presentar nuevos riesgos profesionales, que se extienden en la medida en que se generalizan los servicios “*low cost*”. Una vez más, nos enfrentamos al aprovechamiento que hacen cierto tipo de empresas de nuevas realidades que escapan al control o a las tradicionales reglas de tutela laboral. Piénsese al efecto, en las empresas de paquetería con el uso de bicicletas en las medianas y grandes ciudades, donde sería imprescindible establecer nuevas normas sobre prevención de riesgos laborales en cuanto a las características de la caja en la que se transporte

la mercancía y el peso máximo permitido de la misma. Igualmente, como elemento de seguridad vial, sería imprescindible establecer reglas limitativas de la retribución a tarea así como de responsabilidades acentuadas del empleador en caso de infracción de las reglas de tráfico rodado inducidas por el mismo para un cumplimiento más rápido del servicio, sin olvidar, una vez más, el uso profesional de los carriles bici de cuyo uso se benefician sin asumir los costes económicos de su financiación.

En todo caso y más allá de todo lo anterior, resulta indiscutible que los procesos de digitalización, especialmente encuadrados dentro de un escenario de globalización económica, acentúan notablemente las permanentes turbulencias económicas, incluso más allá de encontrarnos o no en una coyuntura de crisis económica. A estos efectos, las instituciones laborales dirigidas a canalizar este tipo de turbulencias se convierten en instrumentos estructurales del sistema, no meramente coyunturales; instituciones que pasan a aplicarse en el funcionamiento fisiológico de las empresas y no son en modo alguno ya respuesta a momentos críticos o patológicos en el devenir de las mismas. De este modo, la rotación en el empleo se presenta mucho más intensa en el escenario de la globalización digitalizada.

Se trata, por lo demás, de un tipo de turbulencias que, por el hecho de venir conectadas con procesos de cambios tecnológicos, implican, en muchas ocasiones, necesidades de cambios profesionales por parte de quienes pierden su empleo. No se trata de meros cambios de empresa, manteniendo un hilo curricular de experiencia profesional acumulada, sino que, además, requieren de cambios de especialización profesional, con importantes procesos de reciclaje profesional. En esa clave, adquiere mayor relevancia que nunca las políticas públicas de readaptación profesional de los trabajadores, tanto de los ocupados como de los desempleados. El diagnóstico de las carencias profesionales y habilidades laborales de la población activa resulta decisivo a estos efectos, observándose en este sentido indudables insuficiencias y déficits en nuestro sistema nacional de formación. Los problemas a estos efectos no se sitúan ni en la financiación disponible al efecto ni en el régimen jurídico sobre el que se asienta, sino en la calidad misma de la gestión que se lleva a cabo, con carencias de base que incluso parte de la educación reglada ofrecida por nuestro sistema educativo general.

En el terreno de la regulación laboral, más allá del régimen establecido en la legislación laboral en materia de contratación y de despido, la rotación laboral se convierte en una realidad cotidiana del mercado de trabajo. Eso sí, se altere o se mantenga la actual regulación sobre despidos y contratación temporal, la misma incidirá decididamente sobre tales procesos de rotación laboral.

Respecto de los despidos, se advierte cómo tradicionalmente la legislación laboral ha contemplado una causa específica de extinción contractual derivada de cambios tecnológicos en las reestructuraciones empresariales, tanto individuales como colectivas. La causa tecnológica viene definida con precisión legalmente respecto de aquellas situaciones en las que “se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”. Lo que habitualmente pasa inadvertido a estos efectos en la interpretación y aplicación de la norma laboral es que la causa tecnológica se contempla de manera autónoma e independiente de la causa económica. En efecto, puede suceder que ambas causas concurren simultáneamente, incluso que la una sea el efecto o resultado de la otra: la modificación tecnológica se adopta para evitar o superar un escenario de crisis económica empresarial, o bien la causa económica deriva de una falta de previsión empresarial que ha quedado desfasada tecnológicamente por ausencia de inversiones en este terreno en el momento oportuno que le han deparado una clara pérdida de competitividad económica. Ello conduce a que, en la práctica totalidad de las ocasiones, en las que las empresas acuden a reducciones de empleo o cierres empresariales en el marco de una reestructuración empresarial lo hacen sobre la base de alegar la concurrencia de las causas económicas contempladas legalmente; por mucho que la determinante última pueda ser una causa tecnológica, esta, a lo más, se aduce como elemento de reforzamiento argumental o de complementariedad causal, pero no como la causa eficiente de la medida. Ello puede estar fundado en las prácticas laborales empresariales y, en particular, en la creencia de que la medida sólo está justificada legalmente cuando la modificación tecnológica está vinculada a una crisis económica empresarial. Sin embargo, conviene hacer hincapié en el dato de que la vigente legislación laboral no establece como requisito imprescindible que la modificación tecnológica se vaya a realizar o se haya materializado como respuesta a una crisis económica empresarial objetivamente presente. Es cierto que para las ciencias empresariales todo al final se reconduce a parámetros económicos y que, por ello, la modificación tecnológica se lleva a cabo por motivos de reducción de costes económicos y con vistas a favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado. No obstante, el término jurídico nuestra vigente legislación no establece tal relación de causalidad en la demostración de la causa justificativa, exigiendo tan sólo que se demuestre que el cambio tecnológico provoca un excedente de empleo que determina la decisión empresarial de despedir. Dicho de otro modo, la normativa vigente admite un despido justificado por causa de la introducción de cambios tecnológicos en una empresa con beneficios económicos y, por tanto, sin deterioro económico alguno ni por reducción de ingresos ni por incrementos de pérdidas; en suma, a la empresa le basta con la demostración de que la introducción del cambio tecnológico provoca destrucción de empleo en la empresa, que determina la decisión de despedir. En definitiva, puede afirmarse a estos efectos que la regulación vigente

en materia de despidos objetivos y colectivos no frena, sino todo lo contrario, los procesos de extensión inmediata de la digitalización y de sus consecuencias sobre la destrucción del empleo.

En los mismos términos, el incremento de la rotación laboral, derivada de factores muy variados, entre ellos desde luego los conectados con la digitalización de la economía, dan lugar, indiscutiblemente, al aumento de las necesidades de empleo temporal por parte de las empresas, de modo que ya desde el momento de la incorporación de cierto tipo de trabajadores, la empresa es conocedora de que sus necesidades de ocupación son limitadas en el tiempo. Se trata de situaciones típicas que justifican la contratación de duración determinada, bien lo sean por medio de contratos para obra o servicio determinados, o bien lo sean a través de contratos eventuales. En principio, a estos efectos no parece que se presenten especialidades entre los nuevos trabajos en la economía digitalizada, en términos tales que puede considerarse que la legislación vigente en materia de contratos de duración determinada puede ser aplicada a estas nuevas realidades sin mayores obstáculos ni dificultades.

Lo que sí puede resultar más novedoso y de perceptible impacto es la aplicación de las tecnologías de la información y comunicación a los procesos de contratación laboral. En efecto, la agilidad con la que estos se producen, especialmente la informatización de la formalización de los contratos, así como de los procesos de altas y bajas en la Seguridad Social, incluidos los trámites administrativos ante los Servicios públicos de empleo, más aún si todo ello se canaliza a través de las empresas de trabajo temporal, hacen viable la celebración y extinción de contratos de trabajo por muy corta duración de tiempo. Contratos por unas pocas horas para un solo día son técnicamente posibles formalizarlos hoy en día, cumpliendo con las exigencias legales, circunstancia que, en modo alguno, era posible en el pasado. Ello llega a permitir que, estadísticamente, se llegue a detectar que, en un solo día, se produzcan por encima de 300.000 bajas laborales y, al día siguiente, cifras similares de altas en la Seguridad Social. Indiscutiblemente, tales fenómenos, coincidentes con el último día del mes o de la semana, manifiestan un funcionamiento patológico de la contratación laboral en nuestro mercado de trabajo, pues no es concebible que las necesidades empresariales de empleo sean tan volátiles en el mercado de trabajo como para producir efectos estadísticos de tal envergadura y requieran llevar a cabo una investigación de las causas determinantes, siendo conveniente corregir lo que de patológico haya en ello.

En todo caso, más allá de lo patológico que ello pueda ser respecto de ciertas manifestaciones extremas, las posibilidades técnicas, hoy en día, de contratación y de baja inmediata, con cumplimiento de los obligados trámites administrativos, eran impensables no hace mucho tiempo.

De este fenómeno no se puede realizar un diagnóstico valorativo unívoco, pues, cuando menos, atiende a dos fenómenos bien opuestos.

De un lado, en clave positiva, con la utilización de estos mecanismos de formalización telemática “*just in time*” de la contratación, puede detectarse que se canalizan actividades laborales que se realizaban en el pasado pero que se desarrollaban en el ámbito de la economía sumergida en la medida en que los costes de formalización de la contratación superaban con creces la utilidad patrimonial derivada de tales actividades económicas.

De otro lado, el mecanismo sirve para atender a nuevas realidades, antes apenas existentes, de microempleos que emergen en los escenarios de la digitalización de la economía. Esta última parece que requiere de aportaciones de trabajos por muy corta duración de tiempo, que lo pueden ser tanto de carácter indefinido como también de naturaleza temporal. En sede teórica, estas necesidades empresariales de microempleos podrían articularse a través de la modalidad contractual de los trabajos a tiempo parcial, a los que habría que añadir, acumuladamente, el ser contratos temporales, bien como eventuales o bien por obra o servicio determinados; el hecho de que ni el régimen de la contratación temporal ni la regulación del trabajo a tiempo parcial requieran duraciones mínimas ni del contrato ni de la jornada de trabajo, permitirían en sede teórica la canalización formal de estos contratos por esta vía. Y, ciertamente, en algunos casos, tal canalización no plantea mayores problemas. Sin embargo, en otras ocasiones, no es así, no presentándose la regulación actual del trabajo a tiempo parcial como el instrumento idóneo. En particular, por muy flexible que pueda ser el régimen de las horas complementarias, siempre se tiene que pactar una base mínima de jornada ordinaria para el trabajo a tiempo parcial, así como una predeterminación de los tiempos de trabajo pactados en su distribución diaria, mensual y anual.

Aunque no se trate de un debate completamente novedoso, en estos microempleos en la economía digital reverdecen las posibilidades de articular un trabajo a llamada para estos supuestos, incluso la fórmula extrema del contrato de cero horas, fenómenos uno y otro al momento presente prohibidos por nuestra legislación laboral. El interrogante a estos efectos es el de si son virtuales o reales las necesidades empresariales de este tipo de microempleos, en los que no es posible prever con anticipación la cantidad y tiempos de trabajos necesarios. Desde luego, una plena liberalización de estas fórmulas contractuales, sean el trabajo a llamada como el contrato de cero horas, incorpora riesgos notables de desprotección y elevada precariedad de los trabajadores así contratados, por lo que habría que establecer los mecanismos legales y organizativos empresariales que desincentivaran económicamente su extensión en nuestro mercado de trabajo, entendiéndose que, en última instancia, los mismos perjudican tanto a los intereses de los

trabajadores afectados como a la propia calidad de los servicios proporcionados por las empresas. Pero, al propio tiempo, no puede desconocerse que la realidad de los microempleos existe como una realidad laboral en el mercado de trabajo a la que no se le puede poner frenos, de modo que, o las mismas se regulan con equilibrio de flexibilidad y controles que eviten abusos o, por el contrario, esa realidad discurrirá por canales alternativos, sean canales de contratación como trabajadores autónomos o sean por canales de empleo sumergido.

5. LA EVANESCENCIA EMPRESARIAL Y LAS FRONTERAS CON EL TRABAJO AUTÓNOMO

En los análisis hasta el presente realizados de los problemas aplicativos de la legislación laboral derivados de la digitalización, estos se están centrando en las actividades profesionales efectuadas a través de o con uso de las plataformas digitales y, por añadidura, centrando el análisis en la calificación de la naturaleza jurídica de la relación profesional establecida, esencialmente bajo el binomio trabajo subordinado versus trabajo autónomo. Aunque el fenómeno de la digitalización es mucho más amplio y presenta efectos sobre trabajadores y trabajos diversos, no cabe la menor duda de que lo más llamativo es cuando la actividad profesional se lleva a cabo por mediación de las plataformas digitales. Del mismo modo, aunque el impacto se verifica como hemos venido observando, sobre el conjunto de las instituciones laborales, la premisa de todo ello es si le resultan de aplicación o no las normas propias de la legislación laboral por tratarse o no de prestaciones de servicios en régimen de subordinación. Ello explica y justifica en gran medida que el debate se haya centrado en la aplicación a estas actividades de los requisitos de ajenidad y subordinación exigidos por la vigente normativa laboral, incluyendo en ese debate si tales requisitos se encuentran o no desfasados a los efectos de marcar las fronteras entre el trabajo asalariado y el que no lo es⁷.

Eso sí, el análisis puede ser algo más amplio o complejo, pues no se puede centrar exclusivamente en la dualidad entre trabajo subordinado y autónomo, pues hay otros presupuestos o variantes de necesaria toma en consideración y análisis. Como presupuesto, la calificación jurídica que merezca o no el titular de la plataforma informática que interviene en el proceso prestación de servicios a terceros. Como primera variante, porque respecto de aquellos supuestos en los que se concluya en la condición de subordinada de la relación profesional, algunos proponen someter el empleo digital a una relación laboral de carácter

⁷ Por todos, el trabajo en el presente número monográfico de S. González Ortega, Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas.

especial. Como segunda variante, porque respecto de aquellos supuestos en los que se concluya en la condición de trabajo autónomo de la relación profesional, es obligado diferenciar a su vez entre trabajo autónomo ordinario y autónomo económicamente dependiente, acometiendo el espacio que a este último deba corresponder en el empleo digital. Veamos lo fundamental de cada uno de estos aspectos.

En relación con el presupuesto, existe una indudable dificultad en identificar el rol que asume la plataforma digital en la prestación del servicio por parte del trabajador, que, cuando se trata esencialmente de servicios, tiene como destinatario final al usuario o consumidor. Situación no fácil de determinar por la complejidad que se presenta en estos casos, tomando en consideración, ante todo, que la intervención de la plataforma puede ser muy diversa según los supuestos, asumiendo una intervención más o menos relevante, con mayores o menores facultades o prestando mayores o menores servicios a los actores con los que se relaciona, de modo que en estos casos no cabe una respuesta unitaria para todos ellos. Al mismo tiempo, en esta materia juegan también los intereses de las partes, especialmente de las plataformas, que pretenden eludir las mayores responsabilidades posibles, intentando huir a estos efectos no sólo de ser calificados como empleadores a efectos de la aplicación de la legislación laboral sino, incluso, a los efectos de huir de la condición de empresa cliente del presunto trabajador autónomo. Se acentúan en la economía digital las tradicionales tensiones centrífugas y centrípetas respecto de la clásica dualidad trabajo subordinado versus autónomo, al que ahora se le añade el de relación profesional o de mera intermediación sea o no comercial. Es por ello que, con fundamento, se habla de empresa evanescente o empresa líquida respecto de las plataformas digitales, porque ya no sólo se pone en cuestión su condición de empleador sino, incluso, de entidad empresarial. En las más de las ocasiones, se pretenden presentar como meramente transparentes como pura plataforma instrumental de encuentro directo entre un profesional y un consumidor, sin intermediación alguna de ningún sujeto. Desde este punto de vista, si se me permite el símil, tales plataformas vendrían a hacer uso de la teoría de la ajenidad en el mercado, no para diferenciar entre trabajo subordinado y autónomo, como lo fue, a nuestro juicio, de manera imperfecta en su origen, sino para diferenciar entre trabajo autónomo en red y trabajo autónomo de contacto directo con el consumidor.

Simplificando las cosas podría decirse que las plataformas pueden desplegar cuatro roles diversos, en función de su calificación jurídica, enumerados de más a menos: 1) empleadores como sujeto de un contrato de trabajo al que le resulta de aplicación la legislación laboral; 2) empresa cliente como contraparte contractual de un trabajador autónomo que no presta el servicio directamente para el consumidor o usuario; 3) agencia de colocación, que intermedia en la celebración

de contratos de prestación de servicios, que lo pueden ser tanto de las institucionalizadas con regulación específica de intermediación en la contratación laboral como de intermediación en la contratación de autónomos; 4) red social digital, de mera instrumentación técnica del contacto, sin asumir rol jurídico alguno de intermediación y, por tanto, quedando exentas de toda posible responsabilidad jurídica a estos efectos.

Con todas sus dificultades de traslación a las plataformas digitales, las fronteras entre algunos de esos roles vienen predeterminados por una legislación bien asentada y extendida, de modo que la labor esencialmente consistiría en analizar si los requisitos clásicos siguen siendo válidos y, en su caso, cuáles serían los criterios interpretativos para su aplicación a las plataformas digitales. Sin embargo, en otros casos, nos enfrentamos a una regulación inexistente o manifiestamente insuficiente.

Los dos últimos roles son esencialmente los que presentan mayores dosis de anomia legal y que requieren una clara intervención legislativa al efecto. En concreto, parece imprescindible proceder a una nueva regulación de las agencias de colocación que, entre otras cosas, contemple lo siguiente. En primer lugar, una regulación más completa y pormenorizada de las plataformas que actúan como agencias de colocación en el sentido actualmente definido por la Ley de Empleo para intermediación en la colocación de trabajadores para la celebración de contratos de trabajo, con claro control administrativo de su actuación y penalización a las que no se sometan a las exigencias de registro administrativo de las mismas. En segundo lugar, contemplar un régimen específico de las que vienen funcionando como agencias de colocación de trabajadores autónomos, como entidades de intermediación en la celebración de contratos civiles y mercantiles de prestación de servicios, tomando como referencia a las actuales agencias de colocación; estas agencias de colocación de autónomos cabría que fuesen tanto instrumentalizadas por medio de plataformas digitales como de oficinas presenciales. Asimismo, se podría contemplar la posibilidad de que ciertas agencias de colocación puedan llevar a cabo labores de intermediación tanto respecto de trabajadores asalariados como de autónomos, con transparencia en cuanto al tipo de intermediación que llevan a cabo en cada proceso. En tercer lugar, sería conveniente regular la existencia de empresas de trabajo temporal para trabajadores autónomos, sobre la idea de incorporar al derecho español la figura francesa del “*portage salarial*”⁸; empresas estas sobre las que, igualmente, habría que contemplar la posibilidad

⁸ Sobre el particular, E. Guerrero Vizuite, La delimitación de fronteras en el marco de los procesos de externalización productiva: del trade al portage salarial francés, en AA. VV., Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios, XXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ed. Cinca, Madrid 2016

de que actúen tanto a través de plataformas digitales como por medio de oficinas presenciales.

Como elemento común a todas las intervenciones legislativas propuestas, las mismas deberían proceder a definir con cierta precisión los rasgos definitorios de tales agencias de colocación, especialmente a efectos de marcar las fronteras con la intervención de las plataformas digitales en los dos primeros roles anteriormente definidos: empleador a efectos laborales y empresa cliente de un trabajador autónomo a efectos de un contrato de prestación de servicios civil o mercantil.

A partir de lo anterior, resurge como recurrente la necesidad de relectura del requisito de la subordinación como rasgos decisivo a la hora de marcar las fronteras entre el trabajo asalariado y el autónomo, entre la aplicación o no de la legislación laboral. Los cambios organizativos empresariales y de formas de ejecución de actividades profesionales nos reafirman en la tesis tradicionalmente asumida por nosotros de que la ajenidad constituye un requisito necesario pero no suficiente en la delimitación de las fronteras mencionadas, en la medida en que existen formas de trabajo autónomo donde puede concurrir también la ajenidad; cada vez resulta más evidente que la ajenidad en sus diversas expresiones (riesgos, frutos, utilidad patrimonial, titularidad de los medios de producción y en el mercado) puede estar presente en el trabajo asalariado, en alguna de ellas siempre debe estar presente (utilidad patrimonial), pero también lo está cuando el trabajo autónomo se ejecuta en red a servicio de un empresa cliente, especialmente en los escenarios de descentralización productiva. Por ello, al final, el requisito que de manera decisiva marcar las fronteras es el de la subordinación, entendida como inserción dentro del círculo de organización empresarial titularidad del empleador, por muy flexible que haya de entenderse la misma y valorarse jurisprudencialmente conforme a criterios de toma en consideración de todo un conjunto de elementos indiciarios de la subordinación.

En definitiva, será la identificación de los poderes directivos empresariales (organizativos, de control y disciplinarios) los que determinarán la presencia o no de la subordinación en cada caso⁹. De este modo, a nuestro juicio, la subordinación no sólo se mantiene como el criterio idóneo para marcar las fronteras entre el trabajo sometido a la legislación laboral y el que no lo está, sino que, por añadidura, en su comprensión moderna la subordinación como requisito legal se presenta mucho más operativa y adaptada para ser aplicada a las nuevas formas de trabajo en la digitalización económica. Al final, la única especialidad reside en que lo decisivo no son las herramientas de trabajo ni el tipo de trabajo que se ejecuta, sino el modo de trabajar, inserto o no en la organización empresarial de su empleador

⁹ Con más detalle, el trabajo en el presente número monográfico de la Revista de C. Sánchez-Rodas Navarro, Poderes directivos y nuevas tecnologías.

y con mecanismos claros de control del trabajo ejecutado. La noción de subordinación, como exigencia legal a interpretar judicialmente, ha superado cambios más profundos en el pasado, en el que la expansión del trabajo hacia profesionales de alta cualificación profesional determinaba la incorporación de actividades profesionales que implicaban una elevada capacidad de decisión técnica por parte del trabajador, por tanto, con rasgos de autonomía profesional en lo técnico, pero siempre dentro del marco organizativo empresarial. Es difícil pensar que el empleo digital acentúe este tipo de autonomía profesional por el mero hecho de que se ejecute por medio de nuevas tecnologías en el ámbito de los trabajos en la red; más aún, posiblemente suceda lo contrario: el hecho de estar el trabajador digital condicionado a los procesos predeterminados por la robotización y la inteligencia artificial reduzca la autonomía profesional de la que pudo gozar en el pasado. Más aún, en el empleo digital se acentúan las manifestaciones prácticas de las facultades de control por parte del empleador respecto del trabajo realizado por sus empleados, de modo que en los trabajos en la red se acentúan hasta límites insospechados la capacidad práctica de seguimiento y vigilancia de la ejecución del trabajo por parte del empleador. Prueba palpable de ello es la recurrente presencia del debate acerca de la afectación del ejercicio de los poderes de control en este ámbito lesivos de los derechos fundamentales, en particular, del derecho a la intimidad y privacidad del trabajador¹⁰. Existe en estos casos especialmente una superior capacidad técnica de prueba del tipo de instrucciones recibidas, así como del tipo de controles realizados por el empleador, de modo que, al final, si se analiza desde el punto de vista de los poderes de control, la que podríamos denominar como “trazabilidad” de la subordinación puede incluso resultar mucho más fácil de demostrar en términos de prueba procesal.

La principal especialidad a estos efectos se sitúa en el hecho de que los trabajos a través de las plataformas digitales en muchas ocasiones se ejecutan en régimen de teletrabajo, fuera de los locales de la empresa y con libertad del empleado de decidir el lugar de realización de la prestación de servicios. Cuando el trabajo en red se lleva a cabo en los locales de la empresa las dudas acerca del requisito de la subordinación resultan prácticamente inexistentes, por lo que las incertidumbres se sitúan exclusivamente cuando lo son de manera no presencial en el centro de trabajo. Desde este punto de vista, debe tenerse presente que el antecedente del teletrabajo es el trabajo a domicilio, agrupándose ambas formas hoy en día bajo la figura jurídica del trabajo a distancia. Por nuestra parte, desde hace tiempo hemos defendido que el trabajo a domicilio, en sus manifestaciones más típicas y tradicionales del trabajo en el sector textil, en realidad ha sido siempre

¹⁰ Por todos, ver el trabajo en el presente número monográfico de la revista de C. Sáez Lara, Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

un supuesto en el que no concurría el elemento de la subordinación; un supuesto de ausencia de subordinación, a pesar de lo cual el legislador ha optado desde siempre por incorporarlo al ámbito de aplicación de la legislación laboral, mereciendo por ello el calificativo de inclusión “constitutiva”. El interrogante surge cuando, sin grandes precisiones ni explicaciones, se transmuta la denominación del precepto estatutario, para pasar de ser titulado como trabajo a domicilio a intitularse como trabajo a distancia, sin por ello cambiar mucho el régimen jurídico de esta modalidad contractual.

A partir de ese instante el interrogante es el de si las diversas manifestaciones del trabajo a distancia pueden ser también fórmulas de inclusión constitutiva y, con ello, pueden presentarse formas de teletrabajo digital no subordinado también con ese carácter de inclusión constitutiva. Desde luego no resulta nada claro con la redacción vigente si el precepto permitiría englobar a variados tipos de empleos digitales a distancia, los unos en régimen de subordinación y otros en régimen de inclusión constitutiva. El interrogante así planteado no resulta de fácil respuesta, a la vista de las perceptibles carencias que se presentan en la regulación estatutaria de la materia. De un lado, por mucho que se aceptase la tesis de la inclusión constitutiva para los empleos digitales, no podría entenderse que ello afectaría a todas sus posibles manifestaciones, pues también sería posible concebir que otros empleos a través de plataformas digitales se ejecutasen en régimen de trabajo autónomo. De otro lado, el dilema jurídico deriva del déficit del precepto, originado por el hecho de que la regulación estatutaria en materia de trabajo a distancia es enormemente parca y, en algunos aspectos, claramente lacónica, especialmente por lo que se refiere a la definición o delimitación conceptual de la figura. En concreto, la deficiencia principal reside en el dato de que la noción legal de trabajo a distancia es meramente negativa, en el sentido de que se define como aquel trabajo que no se realiza de manera presencial en el centro de trabajo de la empresa. Sobre todo la insuficiencia se presenta porque en positivo resulta obligado que se proceda a establecer con un mínimo de precisión la frontera entre el trabajo a distancia sometido a la legislación laboral y el que queda extramuros del Derecho del Trabajo residenciado en la contratación civil o mercantil. Sería, pues, preciso un esfuerzo mayor de precisión legal para marcar la frontera, aunque lo fuese por vía enumerativa de indicios o, si se prefiere, como opción de política legislativa exigiendo la concurrencia de los rasgos tradicionales de la subordinación jurídica en todas las manifestaciones del trabajo a distancia.

De acometerse esta tarea por parte del legislador, con alguna precisión añadida de desarrollo regulatorio del trabajo a distancia en el texto del Estatuto de los Trabajadores, a nuestro juicio, sería suficiente para incorporar a los empleos digitales laboralizados como una manifestación más del trabajo a distancia. En sentido negativo, ello haría innecesario introducir una relación laboral especial

más, categoría de la que se ha abusado mucho en los últimos tiempos, provocando un efecto de dispersión y segmentación de microgrupos profesionales bastante negativo.

Más allá de la cuestión de carácter técnico jurídico, de claridad conceptual en el establecimiento de fronteras entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo, se aprecia un problema de fondo que no se puede eludir. Me refiero al hecho combinado de efectos y posibilidades de uso de ambas formas básicas de configuración de la relación profesional entre el trabajador (autónomo o subordinado) y la empresa para la que presta sus servicios. En efecto, de un lado la regulación vigente, tanto de carácter laboral como de Seguridad Social, manifiesta un intenso diferencial de costes, cargas y deberes para la empresa según que acuda a mano de obra asalariada o autónoma para atender a sus necesidades de empleo. De otro lado, a diferencia de lo que sucedía con el modelo típico de la producción *taylorista*, donde la organización empresarial se veía abocada sin alternativa a la contratación de su personal en régimen asalariado, hoy en día, para muchas actividades, la tecnología permite optar libremente con cierto margen por formas de organización empresarial más o menos descentralizadas, que acudan a fórmulas de contratación autónoma o asalariada según intereses; libertad de opción que, por aclararlo con precisión, no comporta incurrir en mecanismos de contratación de falsos autónomos, sino de autónomos en el sentido estricto del término, si bien lo sean bajo la variante de los autónomos económicamente dependientes que no desde el punto de vista de la subordinación jurídica. En ese escenario de libre alternativa organizativa, lícita a todos los efectos desde la perspectiva jurídica, la única vía para conjurar los riesgos de una huida del Derecho del Trabajo sería la de establecer mecanismos de convergencia de costes económicos para las empresas entre trabajo autónomo y trabajo asalariado; si ello no se hace por la vía de la intervención legal, se producirá por la vía de los hechos en términos de inexorable degradación de los estándares laborales.

A estos efectos, se presenta como decisiva la regulación que se establezca en relación con la figura de los autónomos económicamente dependientes, pues es en ella donde con mayor claridad pueden materializarse las opciones alternativas de organización de las necesidades de empleo por parte de las empresas. Ello, especialmente por la repercusión que puede tener sobre el empleo digital, está llamando a un debate acerca de la necesaria reforma del régimen jurídico de los autónomos económicamente dependientes, vista la misma desde la perspectiva de los vasos comunicantes entre las diversas formas de contratación de prestación de servicios y de convergencia de costes entre unos y otros tipos contractuales. Sin poder entrar a fondo en las medidas concretas que se podrían adoptar al efecto, baste a título orientativo con sugerir dos.

Una primera medida en el terreno del juego de la libertad de opción entre trabajo autónomo ordinario y trabajo autónomo económicamente dependiente, en la línea de profundizar alguna reforma ya adoptada pero que ha tenido escaso impacto. Me refiero a la calificación jurídica de la figura y su carácter impositivo ‘*ex lege*’ de la celebración del contrato, cuando se den los presupuestos objetivos determinantes de la dependencia económica, no admitiendo el pacto entre las partes en tales circunstancias de celebración de un contrato civil o mercantil de autónomo ordinario. Recordar que, en estos momentos, la concurrencia de los presupuestos objetivos determina la celebración como tal del contrato cuando lo pactan libremente las partes o bien cuando lo exige el trabajador, si bien con la importante limitación de que debe reclamarlo judicialmente y la resolución judicial tan sólo posee efectos “*ex nunc*”. A la vista de que, en la práctica, este tipo de reclamaciones judiciales de esta naturaleza de manera generalizada no se produce si no es a resultas de la ruptura contractual entre las partes, el efecto “*ex nunc*” da lugar al resultado de que en la inmensa mayoría de las ocasiones la reclamación judicial no tenga valor jurídico alguno pues se produce cuando ya no está vigente el contrato entre las partes y el órgano judicial declararía la falta a acción. Por ello, sería imprescindible cambiar el efecto “*ex nunc*” por el efecto “*ex tunc*” de la declaración judicial. De otra parte, habría que eliminar cierto tipo de presupuestos objetivos que no poseen otro sentido que el de derivar auténticos autónomos económicamente dependientes hacia el autónomo ordinario; me refiero a requisitos tales como la imposibilidad de tener oficinas abiertas al público, o bien la prohibición de subcontratación salvo que se trate de la propia actividad principal del autónomo económicamente dependiente.

La segunda de las medidas posibles lo sería en el terreno de los costes comparativos con los trabajadores en régimen de subordinación. En esta materia las limitaciones son superiores, en la medida en que cualquier régimen tendría que ser respetuoso con las reglas comunitarias y constitucionales en materia de libertad de empresa y prohibitivas de las distorsiones de la libre competencia empresarial. Eso sí, siempre cabrían medidas en el terreno de los costes sociales, como sería establecer un régimen de cotizaciones con referencia a los ingresos reales de todos los autónomos, así como el de trasladar a la empresa cliente las cargas correspondientes a las cotizaciones sociales de estos trabajadores.

6. EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LA NORMA LABORAL

La dificultad tradicional del sistema español de relaciones laborales de lograr que las prescripciones legales se apliquen con efectividad y eficacia a la realidad práctica, se intensifican en la actualidad para cierto tipo de actividades, entre las que deben incluirse aquellas que se llevan a cabo en el ámbito de las plataformas

digitales. En las más de las ocasiones, las ineficiencias de nuestro modelo laboral no se sitúan tanto en la corrección técnica de la normativa establecida al efecto y del equilibrio de intereses que se contempla en la misma, cuanto en el logro de su efectividad en el sentido de conseguir que sus prescripciones se apliquen en el día a día de la gestión de las relaciones laborales como en su eficacia en el sentido de que la aplicación de dicha normativa logre los objetivos pretendidos por la norma en la tutela de los intereses de los trabajadores.

A estos efectos, tampoco puede detectarse que la regulación procedimental y procesal presente déficits que impidan el control del cumplimiento efectivo de la normativa laboral, cuanto el desarrollo de técnicas de actuación y de gestión suficientemente adaptadas al contexto en el que se desenvuelve hoy en día el empleo digitalizado. En concreto, puede percibirse que mientras que la economía y el empleo adoptan con celeridad y universalidad las técnicas y formas de organización empresarial propias de la sociedad digital, mucho más lento en ese proceso es la paralela y necesaria adaptación de los procesos de control del cumplimiento de la legislación laboral a dicho entorno ya digitalizado.

En particular, tanto la autoridad laboral como la acción sindical orientada al control del cumplimiento de la legislación laboral, continúan con las pautas y prácticas tradicionales de seguimiento y vigilancia, por vía especialmente de un control ‘in situ’ que resulta difícilmente practicable cuando la rotación laboral es tan intensa y la flexibilidad laboral conduce a cambios permanentes en las condiciones de trabajo, de modo que la foto fija de la situación de empleo y de condiciones de trabajo cambia en muy breve tiempo. De este modo, para muchas actividades, pierden operatividad las formas de control ‘in situ’ por medio de fórmulas de foto fija. Frente a ello, también los mecanismos de control, sean administrativos y sindicales, deben incorporar a sus prácticas toda la potencialidad que les ofrecen las tecnologías de la información y comunicaciones. En relación con los trabajos digitalizados, donde el lugar de ejecución pierde importancia, pero, al propio tiempo, la prestación realizada deja una importantísima huella digital en la red, disminuye el valor de la visita presencial del Inspector de Trabajo o del representante sindical a los locales de la empresa, mientras que adquiere una enorme potencialidad el acceso a los datos controlables a través de la red. Dicho gráficamente, lo más eficaz y efectivo es utilizar los medios tecnológicos actuales para conformar una Inspección de Trabajo digital del mismo modo que facilitar la actuación del sindicalista digital, con capacidad de acceso por medios informáticos a la importante trazabilidad del trabajo realizado por el empleado que ejecuta su actividad profesional en la red, con toda la potencialidad que puede ofrecer el uso de los “*big data*” para el control del cumplimiento de la legislación laboral.

Naturalmente, lo anterior requiere de un cambio importante de mentalidades por parte de los sujetos llamados a asumir esa condición de inspectores y sindicalistas digitales, aparte de un proceso de reciclaje profesional, en términos de adquisición de las competencias y habilidades necesarios para desarrollar esos procedimientos de control y seguimiento por vía de la utilización de las herramientas digitales. Pero es más, ello requiere de una plena seguridad jurídica en la autorización para el acceso y uso de las bases de datos en las que se contiene toda esa información, con pleno respeto a la normativa sobre protección de datos¹¹. Como elemento de cierre, resulta igualmente necesario que se precise con idéntica claridad jurídica la validez desde el punto de vista procesal de las pruebas que pudieran aportarse en sede judicial por este tipo de medios de información digitalizados.

¹¹ Si bien lo sea desde otra perspectiva, sobre el particular ver el trabajo en el presente número monográfico de la Revista, de E. González Biedma, Relaciones laborales y normativa sobre protección de datos.

EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD SINDICAL A TRAVÉS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES

FEDERICO NAVARRO NIETO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras clave: Acción sindical, nuevas tecnologías, jurisprudencia, negociación colectiva, privacidad

Los efectos positivos de las redes sociales corporativas para las empresas son trasladables a la acción sindical y constituyen un reto para avanzar en la democracia sindical. Ante la obsolescencia de la regulación legal, la doctrina jurisprudencial y las experiencias concretas dentro de la negociación colectiva y en los protocolos empresariales han sido la vía para concretar el derecho de información y comunicación a través de las TIC de la empresa en lo referente a los medios, la forma y límites en el ejercicio del derecho. En síntesis, la jurisprudencia ordinaria se orienta al reconocimiento del derecho a la acción sindical en el entorno de comunicación electrónica siguiendo los parámetros de enjuiciamiento establecidos por la doctrina constitucional: es obligación de la empresa mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical, como contenido esencial de la libertad sindical, siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respete la proporcionalidad de sacrificios.

Por otra parte, el uso sindical de las TIC puede entrar en colisión con el derecho de los trabajadores a la protección de datos o libertad informática (art. 18.4 CE)

ABSTRACT

Key words: Trade Union action, new technologies, jurisprudence, collective bargaining, privacy

The positive effects of corporate social networks for businesses are ladders to the Trade Union action and constitute a challenge to advance trade union democracy. To the obsolescence of the legal regulation, the jurisprudential doctrine and concrete experiences in collective bargaining and business protocols have been via to realize the right to information and communication through ICT in the company in relation to the media, the form and limits on the exercise of the right. In short, the ordinary jurisprudence focuses on the recognition of the right to trade union action in the environment of electronic communication following the prosecution parameters established by constitutional doctrine: is the obligation of the company keep the Union the peaceful enjoyment of the instruments suitable for their trade union action, as the essential content of the freedom of Association, provided that such means exist, their use does not prejudice the purpose for which they were created by the company and respect the proportionality of sacrifices.

On the other hand, the Union use of ICT can enter in collision with the right of workers to the protection of data or computing freedom (art. 18.4 CE).

ÍNDICE

1. EL USO SINDICAL DE LAS TIC: UNA OPORTUNIDAD PARA LA ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA Y LA DEMOCRACIA SINDICAL
2. LA OBSOLESCENCIA DEL MARCO JURÍDICO Y SU CONTRADICCIÓN CON SU FINALIDAD PROMOCIONAL DE LA ACCION SINDICAL
3. LA JURISPRUDENCIA DEL TC. LA STC 281/2005
4. LA JURISPRUDENCIA DEL TS: UNA LECTURA ‘CONSTITUCIONALMENTE ORIENTADA’ DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN SINDICAL
5. LA EXIGENCIA DE NEUTRALIDAD EMPRESARIAL EN LOS CRITERIOS DE ACCESO SINDICAL AL USO DE LAS TIC
6. LA FISCALIZACIÓN EMPRESARIAL DEL USO DE LOS MEDIOS TELEMÁTICOS PARA LA ACCION SINDICAL
7. LA PRIVACIDAD Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES DE CONTENIDO SINDICAL
8. ACCION SINDICAL Y DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA PROTECCIÓN DE DATOS. LA DOCTRINA DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCION DE DATOS (AEPD)
9. EL PAPEL DE LA NEGOCIACION COLECTIVA
10. BREVE REFERENCIA A LA *LOI TRAVAIL* FRANCESA DE 2016 Y EL USO DE LA MENSAJERÍA ELECTRÓNICA

1. EL USO SINDICAL DE LAS TIC: UNA OPORTUNIDAD PARA LA ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA Y LA DEMOCRACIA SINDICAL

El desarrollo de los medios telemáticos y las redes sociales está afectando sustancialmente la gestión empresarial y la organización del trabajo en la empresa. Al mismo tiempo, ofrece importantes oportunidades a la acción sindical para renovar los instrumentos de información y comunicación con los trabajadores en los centros de trabajo. En esta temática el acento se ha puesto en la dimensión individual del uso de las TIC, especialmente en la problemática generada por la incidencia de las facultades empresariales de dirección, control y sanción por el uso de los medios telemáticos y redes sociales en los derechos constitucionales a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la libertad de expresión e información de los trabajadores.

Pero también es relevante la dimensión colectiva. El desarrollo de las TIC tiene un impacto en la acción sindical de empresa amparada por el derecho constitucional de libertad sindical. Los medios telemáticos y las redes sociales permiten hoy una transmisión de información y una comunicación inmediata, simultánea o diferida en el tiempo, compartir información, opiniones, recursos. Las innovaciones amplían constantemente las posibilidades de las redes sociales corporativas a través de foros, blogs, links. Es cada vez más extendido el desarrollo empresarial de redes sociales corporativas con objetivos de facilitar la comunicación y la colaboración con los trabajadores, colaboradores

o proveedores¹. Y también pueden resultar importantes para fortalecer la participación de los trabajadores y la acción sindical. Aunque inicialmente el uso sindical de los medios electrónicos empresariales ha sido visto con recelo desde el mundo empresarial (y puede servir de ejemplo las resistencias del Grupo BBVA, como refleja la STC 281/2005 que comentaremos), lo cierto es que se avanza en acuerdos y protocolos empresariales que dan forma a políticas de regulación al respecto (precisamente nos serviremos, entre otros, del Acuerdo BBVA como expresión de estos avances ²).

Los efectos positivos de las redes sociales corporativas para las empresas son trasladables a la acción sindical. Estas redes sociales conectan a los trabajadores sin barreras de tiempo y espacio, permite un trato inmediato y directo entre representantes y representados, facilita los debates y agiliza la movilización de los trabajadores. Constituyen indudablemente un reto para avanzar en la democracia sindical, con trabajadores más participativos y con mayores exigencias de transparencia sindical y de mayor fluidez en la relación entre las estructuras del sindicato, los representantes sindicales de los distintos centros de trabajo en la empresa y los trabajadores afiliados. También hay que puntualizar que el uso de las TIC en la acción sindical conlleva el riesgo de la “hiperinformación” de los trabajadores (sometidos a una mensajería electrónica constante, que, en muchos casos, no comprende la necesidad de un nuevo lenguaje y continúa en la lógica tradicional del panfleto) y el riesgo de una cierta banalización de la relación “virtual” con los representantes. En todo caso, es incuestionable que las innovaciones en los medios telemáticos y redes sociales constituyen una oportunidad para reforzar la acción sindical y, con ello, para fortalecer la dinámica colectiva de las relaciones laborales.

2. LA OBSOLESCENCIA DEL MARCO JURÍDICO Y SU CONTRADICCIÓN CON SU FINALIDAD PROMOCIONAL DE LA ACCIÓN SINDICAL

En esta dimensión colectiva, lo primero que debe ser destacado es que la regulación legal de los medios de apoyo a la acción sindical está claramente

¹ Ampliamente, DEL REY GUANTER, S. (Dir.), *Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos. Proyecto Thechnos: Impacto de las redes sociales y marco laboral neotecnológico*, Ed. La Ley, 2017, págs. 201 y sigs. Un 48% de empresas españolas han iniciado un proceso de implantación de una red social corporativa y un 14% afirman que están a punto de hacerlo: los datos en DEL REY, op. cit pág. 235.

² Acuerdo colectivo para la regulación de los medios necesarios para el ejercicio de la función de la representación sindical en la empresa, suscrito el 18 de septiembre de 2014 por la representación de BBVA y los sindicatos CCOO, UGT, CGT y ACB/CCP.

desfasada. Nuestro ordenamiento jurídico circunscribe a los locales o a tablones de anuncios los instrumentos típicos para facilitar la actividad de información y comunicación entre representantes unitarios y sindicales con los trabajadores en la empresa (art. 81 ET y art. 8.2, letras a) y b) LOLS). Y este marco jurídico no ha recibido una interpretación extensiva en la jurisprudencia³.

Pero la introducción en las empresas de las TIC ha dejado claramente obsoletas estas previsiones legales y ha llevado a los representantes de los trabajadores a valerse de otros medios de información y comunicación no previstos en aquellas normas. Así, cabe destacar: 1) el correo electrónico dentro de la red corporativa empresarial (el más relevante por su efectividad en la transmisión de información y comunicación con los trabajadores en el puesto de trabajo); 2) el WhatsApp instalado en los Smartphone personales de los trabajadores; con creciente implantación (grupo Santander, Caixabank), con una estructura de envío escalonada (por ejemplo, entre delegados sindicales de centro, entre cada uno de éstos y un grupo delimitado de trabajadores); 3) el “tablón virtual” en la intranet corporativa, a efectos de la comunicación de información y sobre todo como almacén de documentos, al que se remite el correo electrónico o los WhatsApp mediante links o vínculos, especialmente para la información que tenga un importante tamaño en kb; 4) internet, como complemento del tablón virtual; 5) las redes sociales, de menor interés al configurarse como redes sociales dentro de la estructura del sindicato. Dejamos apuntado que la reivindicación sindical es la de encauzar su acción sindical a través de la red corporativa empresarial, que se gestiona a través de los administradores empresariales de la misma (por ejemplo, los responsables de recursos humanos de la empresa).

Del marco jurídico vigente de los derechos de información y comunicación sindical interesa detenerse en dos aspectos que deben servir de guía en todo intento de reconstrucción jurídica. En primer lugar, el espíritu de la regulación es el de favorecer una lógica promocional de la acción sindical y de su efectividad a través del derecho de información y comunicación. En segundo lugar, los derechos se construyen sobre diversos parámetros que configuran auténticas obligaciones empresariales que deben ser compatibles, en su concreción, con las circunstancias de la empresa.

Del régimen jurídico del ET se subraya: 1) el derecho a publicar y distribuir las publicaciones de interés laboral o social, con el límite de no perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo y comunicándolo a la empresa (exigencias legales del art. 68 ET); 2) la puesta a disposición de instrumentos

³ Véase, NAVARRO NIETO, F., “Art. 81. Locales y tablones de anuncios”, en GOERLICH PESET, J.M., Comentario al Estatuto de los Trabajadores, Libro homenaje a T. Salas Franco, TB, 2016, pág. 1427 y sigs.

de comunicación e información previstos legalmente (locales y tableros de anuncios) como obligación empresarial; en palabras del TS, el art. 81 LET impone “la imperatividad de la dotación de local, salvo que resulte del todo imposible”, es decir, que “dificilmente puede ampararse en el precepto del Estatuto de los Trabajadores una negativa empresarial injustificada y absoluta” (STS 15-2-2012, Rec. 67/2011); 3) la condicionalidad de los medios a las características de la empresa; en el caso de la previsión del art. 81 ET la norma condiciona el derecho y la concreción de su ámbito a que “sus características lo permitan”. El TS observa que “la ley no limita el derecho en atención al volumen de la plantilla, pero, a cambio, lo condiciona de modo indeterminado a la posibilidad real”, sin que este condicionamiento justifique que la empresa pueda eludir la obligación empresarial de dar efectividad al derecho (STS 15-2-2012, Rec. 67/2011).

Por otra parte, en el caso de la representación sindical de empresa se trata de una facultad instrumental al ejercicio de la libertad sindical, que, conforme a la jurisprudencia constitucional, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental. La LOLS recoge el derecho de los trabajadores afiliados a un sindicato o de sus secciones sindicales “a distribuir información sindical, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa” y a recibir la información que le remita su sindicato (art. 8.1 LOLS), el derecho a “la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general” (art. 8.2 letra a) LOLS). Se trata de derechos que constituyen un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical (STC 94/95, FJ 3), porque “el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores, es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales” (STC 281/2005, FJ 4).

Pero la regulación legal del derecho de información y comunicación sindical no agota las posibilidades de ejercicio del derecho. Para el TC “que existan esas concreciones legislativas de los derechos de información de los sindicatos en modo alguno autoriza a concluir que sólo a través de ellos pueden comunicarse con los trabajadores”; de forma que “siempre que la fórmula elegida para transmitir información se desarrolle fuera de las horas de trabajo y no perturbe la actividad normal de la empresa, constituye un legítimo ejercicio del derecho fundamental” (STC 281/2005, FJ 5º, con cita de la STC 94/1995, FJ. 4º). Podemos decir, por tanto, que mientras no se impongan obligaciones a la empresa, tales derechos se configuran como derechos de libertad, sin interferencias empresariales. De esta forma, para no depender de los medios electrónicos de comunicación de la empresa, los sindicatos desarrollan páginas propias en internet y complementan su actividad de información y comunicación a través de la conexión con el

WhatsApp instalado en los Smartphone personales de los trabajadores o a través de las redes sociales como Facebook o Twitter ⁴.

Algunos datos generales cabe resaltar de la regulación del ET y la LOLS que acabamos de describir: la amplitud del contenido posible del derecho de información y comunicación entre trabajadores, representantes laborales de la empresa y sindicatos; la amplitud también de los medios que pueden utilizarse por los trabajadores o sus representantes para la distribución de información laboral o sindical y la necesidad de que los medios puestos a disposición de los representantes de los trabajadores sean idóneos o adecuados para atender su derecho de información (idoneidad o adecuación que en el caso de los locales ha venido siendo objeto de modulación jurisprudencial: características del local, uso exclusivo o compartido, ubicación, etc.). Al mismo tiempo esta regulación legal fija ciertas condiciones comunes, como el conocimiento empresarial del ejercicio de estos derechos, la no perturbación del normal desenvolvimiento del trabajo o la actividad empresarial y la concreción de las cargas empresarial en función de las características de la empresa (concretamente respecto de locales implícitamente en el art. 81 ET y expresamente en el art. 8.2 letra c) LOLS).

En suma, la instrumentalidad de los derechos configurados en el ET y la LOLS a la efectividad de la acción representativa no puede ignorar la incorporación de las nuevas tecnologías a esta finalidad promocional, particularmente en el caso de la eficacia de la actividad representativa de los sindicatos en la empresa en cuanto expresión del contenido esencial del derecho de libertad sindical. Precisamente nuestra jurisprudencia se construye desde esta lógica promocional y atendiendo las exigencias de la normativa internacional que indica que los representantes de los trabajadores en la empresa “deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones” (art. 2.1 del Convenio núm. 135 de la OIT, sobre protección y facilidades a los representantes de los trabajadores en la empresa y Recomendación nº 143 de 1971 de la OIT).

⁴ En este sentido es interesante traer a colación la sentencia 27-9-2013 del Consejo Constitucional francés, que debió pronunciarse sobre la constitucionalidad del art. L 2142-6 CT, que hasta su reforma por la Ley 2016/1088, de 8 de agosto (Loi Travail), establecía que sólo un acuerdo de empresa permitía reconocer un derecho a los sindicatos para el uso de la mensajería electrónica en la empresa o la intranet de la misma. La cuestión que se suscita es si ello podía afectar a la eficacia de la acción sindical en la empresa, amparada por el pár. 6º del Preámbulo de la Constitución de 1946. Para el Consejo Constitucional esta exigencia no pone en cuestión la libertad sindical para difundir publicaciones e información sindical, ya que los sindicatos pueden utilizar las redes de comunicación y sociales abiertas, a las que pueden acceder sin obstáculos los trabajadores, y los correos electrónicos personales de los mismos.

Ante la obsolescencia de la regulación legal, el encuadramiento jurídico del uso de las TIC en la actividad de información y comunicación sindical ha sido obra de la jurisprudencia constitucional y ordinaria⁵. Estos criterios jurisprudenciales, además, están sirviendo de referencia a la actividad reguladora desarrollada por la negociación colectiva y por los protocolos empresariales. Y a la inversa. A la vista de los criterios jurisprudenciales, las reglas establecidas por la negociación y por los códigos de conducta empresarial serán una referencia para los tribunales a la hora de determinar la compatibilidad del uso de las TIC por los sindicatos y el poder de control empresarial. Como se comprueba en su dimensión individual, los tribunales reconocen al empresario un amplio margen de regulación del uso y control de las TIC por los trabajadores, a efectos de delimitar las “expectativas razonables de privacidad” que puede tener el trabajador. Ello requiere que la regulación negocial o los protocolos empresariales establezcan reglas claras y expresas sobre el uso de las TIC y que los trabajadores estén informados al respecto⁶.

En nuestro estudio, hemos tomado como referencia particular la negociación colectiva del sector de banca, que está en la vanguardia en esta temática. Se cuenta con un convenio colectivo de sector (XXIII convenio colectivo de BANCA 2015/2018) que regula esta materia para el conjunto del sector (art. 62). Y al mismo tiempo las distintas entidades financieras han desarrollado acuerdos específicos regulando el uso sindical de las TIC⁷.

Hoy por hoy la doctrina jurisprudencial y las experiencias concretas dentro de la negociación colectiva y en los protocolos empresariales permiten concretar el derecho de información y comunicación a través de las TIC de la empresa en lo referente a los medios, la forma y límites en el ejercicio del derecho. La doctrina constitucional y la jurisprudencia ordinaria han trascendido la literalidad de aquellas normas, que no se han considerado un obstáculo, por su obsolescencia, para facilitar tales derechos apoyándose en las TIC, cuando estos medios más modernos de comunicación ya son utilizados por la empresa y su extensión a la actividad sindical no supone perjuicio, ni costes económicos o productivos para la misma.

⁵ Como por lo demás ha ocurrido en los países de nuestro entorno jurídico en relación el desarrollo de las TIC en las relaciones laborales dentro de la empresa (DEL REY, op. cit. pág. 364).

⁶ DEL REY op. cit. págs. 492-493.

⁷ Concretamente me he servido del Acuerdo BBVA, al que ya he hecho referencia, el Anexo de modificación del Acuerdo sobre el uso de los medios tecnológicos corporativos de UNICAJA (de abril de 2007), anexo suscrito el 17 de junio de 2009 por UNICAJA y los sindicatos CCOO, UGT, SECAR y CSICA, y el Acuerdo marco sindical de las Cajas Rurales Unidas (CAJAMAR), suscrito el 5 de septiembre de 2013, por CAJAMAR y CCOO, UGT y CGT.

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TC. LA STC 281/2005

La jurisprudencia avanza hacia una incorporación de las TIC como instrumento de los derechos de información y comunicación sindical en la empresa, apoyándose en la doctrina constitucional y sirviéndose del criterio de la disponibilidad por la empresa de la correspondiente infraestructura (de medios informáticos de comunicación). Es central en esta construcción jurisprudencial la doctrina establecida por la STC 281/2005.

En esta sentencia, el TC parte de la consideración de los instrumentos de información y comunicación con los trabajadores como contenido adicional de la libertad sindical recogido en el art. 8.2 LOLS. Entiende el TC que, aunque sus previsiones han quedado obsoletas (en particular, en lo referente al tablón de anuncios), no es posible una interpretación extensiva de dicha norma que obligue a las empresas a dotarse de una infraestructura informática para uso sindical. Esta hipótesis, para el TC, “sólo podría fundarse en una interpretación extensiva del derecho a un tablón de anuncios, que pasaría a considerarse como un tablón virtual”. Aunque se acepta la hipótesis de “una lectura extensiva de ese estilo”, entiende el Alto Tribunal que no le corresponde “determinar cuál es la interpretación más correcta de tal cuerpo normativo”, ni le corresponde inclinarse “por la interpretación aparentemente más beneficiosa para el titular de aquél”, bastándole “con constatar si la interpretación llevada a cabo salvaguarda o no suficientemente el contenido del derecho fundamental”.

Es importante la observación de la STC 281/2005 de que el tenor literal del art. 8.2 LOLS permite “una interpretación más beneficiosa para el sindicato y más gravosa para el empresario a la vista de las nuevas realidades de la comunicación”, y esta lectura del precepto legal para definir las obligaciones empresariales “no se traduciría tanto en el derecho de uso sindical de un sistema de correo electrónico preexistente cuanto implicaría, antes aún, un derecho incondicionado de las organizaciones sindicales citadas en el art. 8.2 LOLS a la creación de la herramienta de comunicación a cargo de la empresa para una finalidad sindical”. Pero estamos ante una función hermenéutica que es tarea de la jurisdicción ordinaria y no ha sido avalada por el TS en su sentencia recurrida en amparo (STS 26-11-2001, Rec.1142/01) (en este punto consolidada como doctrina jurisprudencial en sentencias posteriores como veremos), sin que la misma pueda considerarse indebidamente restrictiva del derecho fundamental. Por tanto, a partir de la interpretación que hace el TS del art. 8.2 LOLS, concluye el TC que la hipótesis de la configuración de una obligación o carga empresarial de puesta a disposición de un medio de comunicación concreto (el sistema de correo electrónico) “habría de pasar por una mayor concreción legislativa, que no podría calificarse sino como contenido adicional del derecho fundamental” (FJ 5º).

Para el TC, los derechos de información sindical pueden ejercerse haciendo uso de las atribuciones legales o pactadas, que como contenido adicional refuerzan el derecho (este es el caso de las previsiones del art. 8.2 letras a) y c) LOLS). De manera que los sindicatos “tienen derecho a que el empresario asuma las obligaciones y cargas que las normas legales o pactadas o sus previos actos le impongan para promocionar la eficacia del derecho de libertad sindical en la empresa”, pero, al mismo tiempo, “no pueden demandar actos positivos de esa naturaleza promocional si no existe una fuente generadora de tal obligación” (FJ 3°).

Sentado lo anterior, el TC se abre a una lectura actualizada del derecho de información y comunicación, situándose en el terreno del contenido esencial del derecho de libertad sindical (como contenido del “hecho sindical informativo”), al margen de los concretos derechos adicionales de configuración legal y de su alcance en la interpretación de la jurisdicción ordinaria.

No estamos ya en el terreno del contenido adicional del derecho fundamental generador de una obligación de acción positiva del empresario en orden al establecimiento para uso sindical del sistema informático, sino “directamente en el ámbito del contenido esencial del derecho, habida cuenta de que los actos meramente negativos tendentes a obstaculizar el contenido esencial (aquí informativo) de la libertad sindical, ...son contrarios a ésta, salvo que encuentren una justificación ajena a la simple voluntad de entorpecer su efectividad”. Por tanto, el derecho de acción sindical, como contenido esencial de la libertad sindical, implica también la obligación empresarial de no adoptar “decisiones de carácter meramente negativo, disuasorias o impeditivas del desarrollo del derecho, dirigidas únicamente a entorpecer su efectividad” (FJ 3°).

Y aplicando esta doctrina al uso de infraestructuras informáticas de la empresa, concluye el Alto Tribunal que el derecho de información de los sindicatos conlleva la obligación empresarial de no impedir un uso sindical útil para la función representativa en la empresa una vez que el sistema está creado y en funcionamiento (FJ 6°). Para el Alto Tribunal, “no se trata de que la empresa tenga que asumir el gravamen de asegurar y disponer para uso sindical de ese medio de comunicación, sino de determinar si la falta de obligación empresarial en orden a facilitar tal infraestructura informática implica, a su vez, la facultad del empleador de impedir un uso sindical útil para la función representativa en la empresa una vez que el sistema está creado y en funcionamiento” (FJ 6).

En conclusión, para el TC “sobre el empresario pesa el deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical” siempre que se den las siguientes condiciones: 1) que tales medios existan; 2) que su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por

la empresa; y 3) que se respeten los límites y reglas de uso siguientes: a) la comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa (y este fue el supuesto que da origen a la STC 281/2005, donde el envío masivo de correos por el sindicato colapsó el sistema y motivó la negativa empresarial al uso del correo electrónico por el sindicato), puntualizándose aquí que “no es posible estimar por defecto que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador en horario de trabajo produzca dicha perturbación”; b) tratándose del empleo de “un medio de comunicación electrónico, creado como herramienta de la producción, no podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el mismo, ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical”; c) la utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes (FJ 8).

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TS: UNA LECTURA ‘CONSTITUCIONALMENTE ORIENTADA’ DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN SINDICAL

La jurisprudencia del TS, en sintonía con esta jurisprudencia constitucional, avanza hacia una lectura ‘constitucionalmente orientada’ de los derechos de información y comunicación sindical en la empresa a partir del criterio de disponibilidad por la empresa de la correspondiente estructura informática de comunicación (cuentas de correo electrónico, “tablón virtual” en la web, internet).

Esclarecedora es, a este respecto, la STS 14-7-2016 (Sent. núm. 667/2016). En el supuesto abordado se constata que todos los centros de trabajo están provistos de tablón de anuncios, cumpliendo estrictamente la empresa con la obligación que en tal sentido le impone el art. 8.2 letra a) LOLS; pero se estima que “es evidente que este sistema ha quedado obsoleto en los tiempos modernos y no es la herramienta más adecuada para difundir la información en las empresas que cuentan con un elevado número de centros de trabajo, ni mucho menos ofrece la misma eficacia que el correo electrónico”. Sin embargo, para el TS, “el precitado art. 8 de la LOLS no impone a la empresa la obligación de facilitar las comunicaciones electrónicas a las centrales sindicales, tampoco el convenio colectivo en este caso, pero ya hemos puesto de manifiesto la doctrina constitucional y de esta misma Sala IV en la que hemos considerado que esta circunstancia no es por sí sola obstáculo para reconocer ese derecho, cuando la utilización de estos medios más modernos de comunicación no supone perjuicio, gravamen, ni costes económicos o productivos para la empresa”.

El TS ha fijado los siguientes criterios en relación con el derecho de las secciones sindicales a disponer de una cuenta corporativa de correo electrónico ⁸:

1. Existe una obligación empresarial de atender la demanda sindical si existe previsión legal o convencional.
2. Si no existe dicha previsión normativa, no puede exigirse la creación o desarrollo de una aplicación informática con esta finalidad. Pero existe dicha obligación empresarial si tales medios telemáticos existen y su uso sindical no supone la asunción de costes económicos y de gestión que el empleador no está obligado a afrontar.

El TS avala la oposición de la empresa a la solicitud planteada cuando es “especialmente gravoso, perjudicial o incluso inviable el poder atenderla”, Ello ocurre cuando la pretensión es que “la empresa dote de tales cuentas de correo a los trabajadores de la empresa -así como a los miembros de las representaciones de los trabajadores- y, en suma, implante un sistema de comunicación electrónica ahora inexistente”, lo que supone que se está “frente a la pretensión de que se instaure un cauce informático *ex novo*, sin apoyo en mandato convencional alguno”; y lo mismo ocurre cuando se pretende “la utilización de la Intranet, a la que los trabajadores acceden como instrumento de trabajo, pues ésta no está creada como vehículo de comunicación entre la plantilla y la utilización para los fines que los sindicatos proponen exige la lógica intervención, reestructuración y adaptación con el coste al que se ha aludido” (STS 17-5-2012, Rec. 202/2011).

3. La empresa puede condicionar el uso sindical de los medios de comunicación propios si tal uso produce una perturbación de la actividad de la misma y de los objetivos de intercambio de información para los que fueron creados (riesgos de colapso de la red informática, virus informáticos, extensión desmesurada de documentos) o implica un incremento de costes económicos.

En este sentido, se subraya en la STS 17-5-2012 (Rec. 202/2011) que “a tal efecto resultaría constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas”; pero se puntualiza que ello es posible “siempre que no las excluyera en términos absolutos” ⁹.

⁸ SSTs 3-5-2011, Rec. 114/2010; 22-6-2011, Rec. 153/2010, 17-5-2012, Rec. 202/11, 14-7-2016, Sent. núm. 667/2016.

⁹ Y esta doctrina recibe aplicación en la STSJ Madrid 1-2-2013, Rec. 6674/12. En el supuesto la empresa proporciona una herramienta telemática (correo corporativo) que permite, con garantías

4. Es la empresa la que debe asumir la carga de probar las perturbaciones o costes económicos que pueda suponerle el permitir a las secciones sindicales utilizar la comunicación electrónica de la empresa como mecanismo de comunicación e información con los trabajadores.
5. En caso de conflicto entre el uso empresarial y el sindical debe primar el interés de la empresa por tratarse de una herramienta configurada para la producción. Dado que se trata de la utilización de una herramienta de la producción no puede perjudicarse el uso específico empresarial, debiendo hacerse de manera que permita armonizar su manejo por el sindicato y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto.

En síntesis, la jurisprudencia del TS se orienta al reconocimiento del derecho a la acción sindical en el entorno de comunicación electrónica siguiendo los parámetros de enjuiciamiento establecidos por la doctrina constitucional: es obligación de la empresa mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respete la proporcionalidad de sacrificios ¹⁰.

de seguridad, el flujo de información de la empresa con las Secciones Sindicales, así como con el órgano de representación unitaria de los trabajadores. Dicha cuenta de correo es utilizada sólo para la transmisión de información y documentación entre la empresa y el Comité de Empresa, de un lado, y las Secciones Sindicales a título exclusivo, de otro, no estando pensada para el flujo de información entre dichas representaciones y los trabajadores o sus afiliados. La Sentencia rechaza la pretensión de la CGT que estima contrario a la libertad sindical el hecho de que la empresa facilite una cuenta de correo corporativo para uso de la Sección Sindical en los términos indicados.

¹⁰ STS 23-7-2008, Rec. 97/2007; STS 26-4-2016, Rec. 113/15. La SAN 27-5-2014 (Sent. 101/2014) entiende que “los sujetos colectivos dentro de la empresa, representantes de los trabajadores o secciones sindicales, no tienen atribuido tampoco por las leyes laborales un derecho a que les sean proporcionados por la empresa hardware o equipos informáticos para el ejercicio de su actividad representativa y acción colectiva, en cuanto que ello implique un coste económico que la empresa no tenga la obligación de asumir”. Y en cuanto al derecho a que les sea creada una cuenta de correo empresarial o a la reserva de un espacio web, observa la Audiencia Nacional que “ello dependerá de las concretas condiciones existentes en la empresa, en cuanto a si ello implica coste, perturba significativamente la producción u otros intereses económicos empresariales y si en las concretas condiciones de organización del trabajo resulta un instrumento necesario para la acción colectiva de los trabajadores, al carecer de utilidad los medios tradicionales, como puede ser el tablón de anuncios (caso de empresas sin centro de trabajo físico, por ejemplo)”. No obstante, matiza la Audiencia Nacional, siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional, que, aunque no exista una obligación de hacer del empresario en el sentido de proporcionar los medios para la comunicación cuando ello implique un coste, “sí existe una obligación de no hacer o tolerar la comunicación entre trabajadores y representantes a través de las redes empresariales existentes cuando esas redes constituyan el cauce de comunicación entre los trabajadores”, en términos que no perturben el desarrollo normal de la actividad empresarial. En cuanto a los criterios de uso, indica la Sentencia que, “siendo

Los parámetros utilizados por la jurisprudencia española son, por lo demás, equivalentes a los empleados en derecho comparado, donde se aborda el uso sindical de las TIC. Así, en Francia, tanto el art. L 2142-6 CT, en su actual redacción, como la jurisprudencia del Consejo Constitucional (sentencia 27-9-2013), condicionan el derecho al uso de los medios electrónicos empresariales a que sea compatible con las exigencias del buen funcionamiento y seguridad de la red informática de la empresa, y que no tenga consecuencias perjudiciales para la buena marcha de la empresa.

A partir de esta descripción de la doctrina jurisprudencial conviene puntualizar que la obligación empresarial de facilitar los medios de comunicación electrónicos a los representantes de los trabajadores, en los términos indicados, se deriva del contenido esencial de libertad sindical. Las estructuras de representación unitaria, como tales, no pueden ampararse en esta doctrina para imponer una ampliación de las cargas empresariales más allá de las previsiones estatutarias, concretamente el art. 81 ET. En este caso, como hemos visto, el carácter obsoleto de las previsiones de esta norma estatutaria no permite una lectura extensiva de instrumentos de comunicación e información. Deben ser, por tanto, los pactos colectivos o los protocolos empresariales los que definan los términos del uso de medios telemáticos por la representación unitaria.

5. LA EXIGENCIA DE NEUTRALIDAD EMPRESARIAL EN LOS CRITERIOS DE ACCESO SINDICAL AL USO DE LAS TIC

La doctrina jurisdiccional reclama una “exigencia de neutralidad de la red empresarial en los aspectos sindicales”, que implica “una interdicción de la desigualdad no justificada por razón de la sindicación y del ejercicio de la libertad sindical, de manera que los parámetros técnicos han de ser iguales para los diferentes usuarios sindicales”. Dicha exigencia de neutralidad ha de aplicarse sobre los distintos parámetros técnicos de configuración del acceso a la red y el uso de la misma, “tanto si se trata de una intranet como del acceso a la internet, como pueden ser la creación de cuentas de correo electrónico, la configuración de los buzones de correo, los derechos de acceso al directorio interno de los usuarios, la dotación de espacio en los servidores para alojamiento de archivos, la posibilidad de recibir y/o enviar correo ajeno a la intranet, o el establecimiento de filtros de acceso a información o de correo” (SAN 27-5-2014, proc. 83/14).

deseable que tales criterios sean pactados”, entran dentro de las facultades organizativas del empresario, que podrá fijar los límites pertinentes que “deberán estar justificados proporcionalmente por razones organizativas, económicas, tecnológicas y productivas”.

En esta temática contamos ya con algún pronunciamiento expreso del TS fijando algunos criterios básicos. Concretamente, la STS 25-4-2005 (Rec. 85/2003) rechaza que el uso del correo electrónico corporativo pueda circunscribirse a los sindicatos más representativos, tal como recogía el entonces vigente art. 12.2 del Convenio Colectivo de TELEFONICA¹¹. La impugnación de la norma la realizaron dos sindicatos del País Vasco (ELA y LAB), por haber sido discriminados como sindicatos más representativos de CCAA. Para el TS, la norma del convenio era ilegal, pero no por un trato desigual entre los sindicatos más representativos según sus ámbitos estatal o autonómico, “sino porque confieren derechos en el ámbito de la empresa a los sindicatos más representativos, que es una calificación de naturaleza supraempresarial (origen y ámbito funcional), con vulneración del principio de igualdad integrante del de libertad sindical”. Para el TS, “el único trato legítimamente desigual en el ámbito sindical de la empresa es el que se hubiese conferido a cualesquiera sindicatos en explícita y única contemplación de su presencia en los órganos de representación unitaria”.

La posterior STS 17-5-2012 (Rec. 202/2011), basándose en la anterior doctrina, indica que en el ámbito de la libertad de información sindical “no cabe tampoco conferir un tratamiento desigual a los distintos sindicatos presentes en la empresa, salvo el que pudiera fijarse convencionalmente en atención a su presencia en los órganos de representación unitaria”.

Por tanto, es claro en la jurisprudencia que el criterio rector en el acceso al disfrute de las TIC debe ser la implantación en la empresa, esto es, no es posible un trato desigual en perjuicio de los sindicatos con implantación en la misma. Ello no sería excluyente de diferencias de trato basándose en criterios de representatividad, siendo aquí aplicable la doctrina constitucional sobre exigencia de criterios de diferenciación objetivos, que respondan a una finalidad constitucionalmente legítima y sean proporcionados y razonables (SAN 27-5-2014, proc. 83/14).

¹¹ Indicaba la norma referida, dentro de la regulación titulada «Dotación y uso del correo electrónico por parte de las secciones sindicales», lo siguiente: 1.—«Para los temas de especial consideración, la empresa facilitará a los medios oportunos para que los sindicatos más representativos a nivel estatal y el Comité Intercentros, individual o conjuntamente, publiquen la información que consideren precisa (negociación colectiva, elecciones sindicales y otros eventos singulares), por medio del servicio infobuzón y todos los empleados reciban esta comunicación». 2.—«A su vez, durante la vigencia del presente convenio, preferentemente antes de finalizar el primer semestre de 2002, la empresa dotará de los mecanismos necesarios para que los sindicatos estatales más representativos puedan dirigir correos a sus afiliados de forma global». 3.—«La empresa facilitará acceso a la red corporativa, al correo electrónico y a Internet a los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal». 4.—«También dotará de una dirección de correo electrónico a las secciones sindicales provinciales de dichos sindicatos, si estos están representados en el comité de empresa provincial correspondiente, procurando, si fuera necesario y en la medida de lo posible, la adecuación de los medios informáticos de que disponen».

Esta doctrina encuentra una clara aplicación en la STSJ Madrid 3-12-2010 (Rec. 5285/10). En el supuesto de hecho, CSI-CSIF entiende lesionado su derecho de libertad sindical porque la empresa no permite a la Sección Sindical del mismo la utilización de la Intranet de la empleadora en iguales condiciones que la Sección Sindical de CC.OO. Esencialmente se estima que el criterio de la mayor representatividad no puede ir en detrimento del derecho de secciones sindicales que tienen una importante implantación. La empresa alega que el derecho a la utilización de los medios informáticos para la realización de la actividad sindical en la empresa viene regulado por el artículo 79.2 del Convenio Colectivo de la Industria Química, del que se infiere unos distintos derechos de los sindicatos más representativos de los que no ostentan esta condición. Consta que el comité de empresa quedó constituido por 7 miembros de CC.OO. y 6 de CSI-CSIF. La sentencia estima que la actuación empresarial denegando su petición a disponer de una página en la Intranet corporativa, “si bien de manera meramente formal parece tener encaje en el artículo 79 del XV Convenio de la Industria Química, no es conforme sin embargo al espíritu y finalidad de dicha norma paccionada y al artículo 28 y 14 de la CE, así como 2 de la LOLS, puesto que, en definitiva, introduce una diferencia de trato entre sindicatos y limita el derecho de información del Sindicato demandante sin atender los requisitos de objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad”. Para la sentencia, “es improcedente utilizar el criterio de la mayor representatividad como vía para excluir a sindicatos que, como el demandante, aun no ostentando el carácter de más representativo, tiene una importante implantación en el Comité de Empresa, impidiéndole utilizar los medios informáticos masivos de difusión de la información, como lo es la Intranet corporativa, privándole del derecho a la información que es consustancial a su actividad sindical, sin que todo ello perturbe el normal funcionamiento productivo”.

En suma, el reconocimiento selectivo de las TIC debe justificarse a consecuencia de las cargas que se imponen a la empresa y dicho reconocimiento debe basarse en criterios selectivos objetivos y razonables, concretamente criterios de implantación y de representatividad en la empresa. Estos son los criterios más comunes de los convenios colectivos que regulan la materia, aunque la concreción técnica suele ser confusa y no del todo acorde a estos criterios jurisprudenciales. Además, en algunos de ellos se añade la previsión de que la cesión del uso de estos instrumentos telemáticos a otros sindicatos que no cumplen los correspondientes requisitos determinará como sanción la pérdida del derecho del sindicato titular ¹².

¹² Convenios colectivos de TELEFONICA 2015-2017 (I Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU, BOE 21-1-2016) o REPSOL 2016 (XI Convenio colectivo

Se puede tomar como referencia la diferenciación de la LOLS entre los derechos de los apartados 1º y 2º del art. 8, en función de que se disponga de implantación en el comité de empresa o determinados requisitos de representatividad. Aquí deben respetarse tres reglas: 1) el acceso a los medios electrónicos existentes en la empresa (correo electrónico corporativo, tablón virtual, etc.) viene amparado como contenido esencial de la libertad sindical; 2) el empresario tiene obligación de “no obstaculizar injustificada o arbitrariamente el ejercicio del derecho de libertad sindical en su vertiente de actividad sindical, en cualquiera de sus distintas manifestaciones” (STC 281/2005); 3) se puede proceder a un reconocimiento general o selectivo de derechos, en función sobre todo de las cargas que pueda suponer a las empresas.

El supuesto más debatido ha sido el del reconocimiento del acceso a la red corporativa de la empresa por todas las secciones sindicales constituidas en la empresa o centro *ex art. 8.1 LOLS*. De manera que, existiendo dicha red y no suponiendo coste alguno para la empresa (por sobrecarga en los servidores), la atribución de un correo electrónico corporativo no podría basarse en criterios selectivos, porque el derecho de información sindical amparado por aquella norma se refiere a todas las secciones sindicales constituidas en la empresa, sin que esté condicionado a su presencia en los órganos de representación unitaria. Los criterios selectivos (la implantación en los órganos unitarios de representación) sólo se justifican si el reconocimiento del derecho implica gravámenes para la empresa. Puntualizamos que en la práctica es un criterio extendido vincular el derecho a la implantación, porque son los sindicatos implantados los que reclaman el derecho en cuestión.

La doctrina de suplicación, no obstante, se muestra dubitativa. Pero puntualicemos que las diferencias de criterio se derivan de la particularidad de los supuestos. En el caso de la SAN 27-5-2014 (proc. 83/14), se hace una interpretación extensiva del derecho al uso del correo electrónico. Se trata de un supuesto donde se estableció por la empresa un filtro que impide la remisión de mensajes desde la cuenta de correo electrónico del sindicato CGT a los trabajadores de la empresa fuera de determinadas zonas geográficas, basándose en la ausencia de representantes electos del sindicato en los comités de empresa de dichas zonas. Sin embargo, considera la AN que no aparece acreditada causa alguna que justifique la limitación impuesta a CGT desde el punto de vista de ocupación de espacio en los servidores. Para la AN, “no aparece como proporcionada una medida extrema como la supresión de la posibilidad de enviar correos electrónicos por un sindicato concreto, máxime cuando con ello se priva

de Repsol Petróleo, SA -Refino-, BOE 12-8-2016), en el caso del uso del tablón virtual en la intranet o el uso de correos corporativos.

el derecho de cada trabajador a decidir qué información sindical desea recibir, que pudiera no coincidir con la resultante de la política empresarial objeto del litigio y que por ello llega a constituir una “injerencia indebida””.

Subraya la SAN que la privación del derecho no puede quedar justificada por la aplicación de criterios restrictivos en función de la representatividad. Para la sentencia, hay que partir de que el derecho de información sindical se refiere legalmente a todos los afiliados al sindicato y, en su caso, a todos los trabajadores, “sin que esté condicionado a su implantación o su presencia en los órganos de representación unitaria”. De forma que si no se acredita que se produzca una limitación de los medios disponibles para seleccionar a los sindicatos que pueden dirigir envíos a todos los trabajadores de la empresa, “no estamos ante el problema de distribuir medios escasos, que es lo que justificaría la aplicación de diferencias en función de la representatividad”¹³.

Otra línea doctrinal de suplicación admite la aplicación de criterios selectivos en el acceso a las TIC, incluido el reconocimiento de una cuenta de correo electrónico corporativo. En este sentido, la STSJ Madrid 14-2-2014 (Sent. núm. 132/2014), se separa del planteamiento anterior. Considera que no constituye lesión del derecho de libertad sindical la revocación de la cuenta de correo electrónico corporativo a persona designada delegado sindical por el CSIF, que no tiene legalmente la condición de delegado sindical por no ser el CSIF sindicato más representativo, ni tener representación en el comité de empresa.

También la STSJ Madrid 27-5-2013 (Rec.1178/2013) considera que el hecho de que la empresa demandada facilite a los sindicatos con presencia en el comité de empresa una dirección de correo electrónico, el uso de fotocopiadora y material de papelería, y no lo haga con respecto a la sección sindical de USO, que carece de la condición de sindicato más representativo y no tiene presencia en el comité de empresa, no puede constituir lesión de la libertad sindical ni trato discriminatorio, pues ni existe fuente normativa que sirva de título para la pretensión ni pueden considerarse iguales las situaciones del sindicato demandante y del resto. En consecuencia, para la sentencia los derechos que USO pueden exigir son los del art. 8.1 de la LOLS, como expresión de una “acción sindical básica”, sin que tales derechos se hayan ampliado por convenio, que restringe el uso de aquellos derechos adicionales a los sindicatos que tienen presencia en el comité de empresa y son más representativos.

¹³ También en el caso de la STSJ Cataluña 6-6-2011 (Sent. núm. 3993/2011), se entiende que todas las secciones tienen derecho a correo electrónico corporativo, no así en el caso de tablón virtual en la intranet empresarial.

Cabe añadir que es posible que el convenio colectivo haya ampliado el ámbito subjetivo de los derechos adicionales de libertad sindical, en lo referente al uso de las TIC, por ejemplo, en el reconocimiento expreso del derecho a correo corporativo a todas las secciones sindicales, con o sin implantación en el comité de empresa. En este caso la no concesión automática del derecho se cataloga como una conducta antisindical (STSJ País Vasco, 27-1-2015, Rec. 2614/14)

6. LA FISCALIZACIÓN EMPRESARIAL DEL USO DE LOS MEDIOS TELEMÁTICOS PARA LA ACCIÓN SINDICAL

Debemos recordar que la libertad sindical ampara el derecho al uso del correo electrónico corporativo para la actividad sindical y la comunicación entre representantes y trabajadores. Ello implica el derecho de las secciones sindicales a usar dicho sistema de correo para enviar y recibir correos, interna y externamente; y el derecho a la correspondencia electrónica con todos los trabajadores o con los trabajadores afiliados al sindicato. Es relevante destacar que se incluye, igualmente, el derecho de los trabajadores a usar el correo electrónico corporativo para comunicarse con sus representantes, de acuerdo con las normas internas establecidas en los procedimientos de utilización de los sistemas.

Es importante que los convenios o los protocolos empresariales contemplen ambos aspectos: el uso sindical de las TIC para la actividad sindical y el uso tanto por los sindicatos como por los trabajadores para su comunicación por asuntos laborales o sindicales ¹⁴.

Como hemos indicado, la jurisprudencia mantiene que el empleador puede adoptar las medidas y disponer lo necesario para regular y acomodar su utilización a las necesidades empresariales, armonizando unos y otros intereses. Puntualizamos que, para el TS, el mero hecho de que la empresa se limite a poner a disposición de los sindicatos el correo electrónico, indicando que debe ser limitado su uso a fines representativos, sin más aclaraciones, no significa que se imponga implícitamente una interpretación restrictiva de su uso. De manera que, salvo limitaciones justificadas, la norma convencional o los procedimientos fijados por la empresa deben ser interpretados de la manera más favorable a la efectividad del derecho sindical (STS 13-9-2016, Rec. 206/15).

¹⁴ Por ejemplo, el Convenio de TELEFÓNICA 2015-2017 diferencia el derecho a la utilización de los medios telemáticos por las secciones sindicales, del derecho de los empleados a “utilizar el correo electrónico, la dirección e-mail, la Red Corporativa e Internet con libertad y en el sentido más amplio posible, para el desempeño de las actividades de su puesto de trabajo, y en su relación con las Organizaciones Sindicales y el Comité Intercentros” (art. 168).

El tema más polémico es el de las exigencias empresariales para disponer de acceso al correo corporativo o los controles o filtros previos por las implicaciones del uso de medios telemáticos. El asunto puede encuadrarse a partir de las siguientes observaciones.

1. La empresa puede establecer condiciones y límites en el uso sindical de las TIC.

Es necesario considerar que generalmente se establecen procedimientos o protocolos para el uso de los dispositivos de comunicación electrónica de la empresa y códigos de conducta internos sobre el uso profesional de los sistemas de comunicación. Obviamente, su consideración se extiende también al uso sindical de dichos dispositivos, actuando como condicionantes o límites en los derechos de la representación laboral o sindical ¹⁵.

Por ejemplo, serían igualmente aplicable a los dispositivos puestos a disposición de los representantes la prohibición de uso para fines particulares, los controles en el acceso a internet (para evitar acceso a determinadas páginas), la prohibición de descargas de contenidos ajenos a la actividad representativa, o, en fin, la prohibición de publicación en el portal virtual o en las redes sociales de contenidos ofensivos o discriminatorios. Por ello sería posible la prohibición y sanción disciplinaria del uso desviado de tales medios (y así lo contemplan algunos acuerdos y convenios dentro del régimen disciplinario) ¹⁶.

¹⁵ El convenio sectorial de BANCA 2015-2018 prevé en su art. 62 que “las comunicaciones, así como los correos electrónicos, deberán tener contenido estrictamente laboral y relacionado directamente con el ejercicio de las funciones de representación legal de la plantilla, sin que pueda utilizarse a otros fines, y estará sujeto a los mismos controles técnicos y, en su caso, de salvaguardia legales fijados por la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, al igual que toda la información que se difunde a través de estos nuevos medios técnicos en las Empresas. El contenido de la información del sitio particular de cada Sindicato, así como el de los correos electrónicos, se atenderá a lo previsto en el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, tanto respecto a las personas como a las instituciones.”

¹⁶ El Acuerdo UNICAJA regula con detalle el tema y prevé que en caso de incumplimiento por alguna sección sindical de las reglas fijadas en el acuerdo se prevé la suspensión temporal del uso sindical de los medios telemáticos, previa comunicación de las secciones sindicales firmantes del acuerdo y de la audiencia de la sección incumplidora. Desde la suspensión se establece un plazo de 20 días para alcanzar una solución entre la empresa y la sección sindical. Si en ese plazo no hay acuerdo se reestablecerá el uso de los medios electrónicos por la sección, sin perjuicio de que la empresa interponga las acciones judiciales a efectos de reclamar daños y perjuicios, y la suspensión definitiva del uso de tales medios, así como la adopción de medidas disciplinarias. En los convenios, por ejemplo, el convenio colectivo de ACCIONA 2012-2017 (Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía, BOE 21-10-2014). El convenio de REPSOL 2016 establece que “la utilización indebida de estos medios, el envío masivo de correos de forma injustificada así como la cesión del uso de las direcciones a otras organizaciones no autorizadas, la divulgación de contenidos impropios o difamatorios para la empresa o las personas y la propagación intencionada

2. El uso de las TIC tiene que estar relacionado con fines sindicales y de representación, en sentido amplio, limitándose el control empresarial a la constatación formal de la naturaleza del contenido de las comunicaciones.

Es difícil delimitar el alcance de la fiscalización empresarial respecto del uso de los medios electrónicos para los fines sindicales y de representación. Los convenios colectivos no suelen contener reglas de control sobre este aspecto o sus previsiones suelen ser muy genéricas (el citado -en nota- art. 62 del convenio de BANCA 2015-2018, por ejemplo). Tampoco los acuerdos o protocolos empresariales abundan en este aspecto. Probablemente la explicación está en que la práctica en las empresas es la de admitir un uso sindical de tales medios mediante una interpretación flexible de la función representativa, evitando controles rígidos que puedan considerarse injerencias empresariales perturbadoras de su función representativa, y circunscribiendo el uso abusivo a una utilización de los medios telemáticos manifiestamente ajenos a su fin, deliberada y continuada en el tiempo. La práctica empresarial, por tanto, suele limitarse a la constatación formal de la naturaleza del contenido de las comunicaciones, de la información que se cuelga en el tablón virtual o del uso de internet o las redes corporativas. A tales efectos, como hemos indicado, pueden servir igualmente para el uso sindical de las TIC las prohibiciones y los mecanismos técnicos de control establecidos para los trabajadores, respetando el principio de proporcionalidad en dicho control.

Desde esta perspectiva, en suma, los controles deben ser de carácter formal, pensando sobre todo en la garantía del buen funcionamiento de la red corporativa empresarial. Así parece admitirlo el TS. En el supuesto de la STS 28-3-2003, Rec. 81/2002, la cláusula 12ª del convenio colectivo de referencia regula el uso del correo electrónico corporativo por los representantes sindicales. Se prevé en particular que las comunicaciones masivas se reserven a temas de “especial consideración” o “eventos singulares”. A estos efectos, se prevé un control del uso sindical del correo por los administradores de la red corporativa a fin de que se ajuste a dichas condiciones, lo que es denunciado por un sindicato al estimar que dichos controles afectan al secreto de las comunicaciones. El TS considera en su sentencia que “si el «modus operandi» convenido exige que el sindicato se dirija a una determinada instancia empresarial, la Dirección General de Recursos, y que las reglas de utilización del Infobuzón lo reserven para temas de «especial consideración» o «eventos singulares», es natural que la empleadora pueda llevar

de virus o «correo basura» determinarán la pérdida de esta facilidad, y en su caso, la aplicación del régimen disciplinario”; el convenio de TELEFONICA 2015-2017 prevé que “la utilización indebida de estas direcciones, el envío masivo de correo de forma injustificada así como la cesión del uso de esta dirección a otra organización no autorizada, determinará la pérdida de esta facilidad tan pronto la Empresa tenga constancia de ello, y en su caso, la aplicación del régimen disciplinario”.

a cabo un control mínimo de las materias así transmitidas, en orden a conseguir su normal funcionamiento y evitar una acumulación exagerada, por la inclusión en este capítulo de excesivas informaciones de importancia menor y propias de la simple acción sindical”. Por consiguiente, el TS considera que “será algo razonable que esa Dirección, pueda constatar de qué envíos se trata”. Además, se puntualiza en la sentencia que “la información final perseguida estaría siempre al alcance de la empleadora, que cabalmente ha comprometido, en ciertas condiciones, sus medios encaminados a lograr la difusión electrónica del comunicado”.

En el alcance de los posibles controles empresariales cabe un matiz relevante. Las facultades empresariales para fijar las reglas de uso y control de las TIC en su dimensión colectiva son más restringidas que en su dimensión individual. En este último plano, los controles empresariales sobre el uso de los ordenadores, el correo electrónico o el acceso a internet de los trabajadores forma parte de las facultades de control empresarial ex art. 20 LET, con los límites fijados por la jurisprudencia constitucional y ordinaria de cara a la protección de la intimidad del trabajador. La empresa cuenta con amplias facultades para determinar el uso individual, incluso prohibiendo su uso para fines personales; pueden fijarse reglas de fiscalización que al ser conocidas por los trabajadores vienen a neutralizar las expectativas razonables de privacidad.

En el plano colectivo, según hemos dicho, la empresa tiene la obligación de poner a disposición de los representantes sindicales las TIC existentes en la empresa, si ello no implica además costes adicionales para la misma. Además, al venir amparada por la libertad sindical debe evitar la empresa controles que conlleven un entorpecimiento de la actividad sindical. Con estas premisas, el TC se ha referido únicamente a la facultad empresarial de fijar las condiciones de uso amparándose en los concretos perjuicios para la actividad normal de la empresa por el uso sindical de las TIC. Por otra parte, no puede la empresa justificar su actividad de control del uso de dichos medios por finalidades de control de la actividad laboral, como ocurre en el plano individual. Por tanto, mientras que en el plano individual las facultades de control empresarial están reforzadas, en el colectivo sólo cabe una interpretación restrictiva, debiendo prevalecer una interpretación favorable a la efectividad del derecho fundamental de libertad sindical.

3. Es necesario diferenciar los criterios aplicables a los controles sobre el uso de las TIC en la empresa y los controles sobre el contenido de las comunicaciones o informaciones, amparadas por la libertad de expresión e información.

Como hemos indicado, los controles sustantivos sobre el uso sindical de las TIC deben limitarse a la constatación formal de la naturaleza sindical del contenido. Aquí es importante metodológicamente diferenciar el marco normativo

y los criterios aplicables a los controles sobre el uso de las TIC en la empresa y los controles o censuras sobre el contenido de las comunicaciones o informaciones¹⁷, que es un tema ajeno al debate del uso de las TIC y debe situarse en el terreno de la libertad de expresión e información en el marco del derecho de acción sindical¹⁸, sobre el que se cuenta con una sólida doctrina en la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

Conforme a la misma los representantes sindicales tienden derecho a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponde, “entre ellos -muy señaladamente y como instrumento de acción sindical- se encuentra el empleo de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información respecto de cualquiera asunto que pueda tener una repercusión directa o indirecta en las relaciones laborales”¹⁹. En definitiva, como se observa en la SAN 27-5-2014, proc. 83/14, refiriéndose a la comunicación por vía electrónica, “forma parte de sus derechos fundamentales de libertad sindical y de expresión la inclusión dentro de sus comunicaciones de observaciones personales y, por supuesto, de información y propuestas de acción sindical o colectiva, en los mismos términos y con los mismos límites que se deberían aplicar si estuviésemos ante la comunicación oral presencial en un entorno de trabajo tradicional”.

Debe considerarse que la amplificación de la difusión de informaciones u opiniones a través de correos en masa, a través del tablón virtual o de las redes sociales puede incrementar los conflictos generados por tales comunicaciones, y en este sentido sólo cabe aquí remitirse a la doctrina constitucional sobre los límites a estos derechos. Pero, como hemos apuntado, la práctica empresarial no suele plantear problemas de injerencia en los contenidos sindicales de los materiales difundidos, a pesar de que lo normal es que sea la propia empresa la que gestiona los envíos sindicales desde el servidor de la red corporativa empresarial.

4. La fiscalización técnica del uso sindical de los medios electrónicos debe justificarse por las perturbaciones en la actividad normal de la empresa o por los costes adicionales para la misma.

¹⁷ En la jurisprudencia ordinaria, STS 28-2-2017, rec. 103/16. La STS 26-4-2016, rec.113/15, es un buen ejemplo de la diferenciación del enjuiciamiento de la problemática del uso de las TIC y del control empresarial de los contenidos de la información que la sección sindical remite a los trabajadores vía intranet; en el caso el problema de fondo es la censura por la empresa de los comunicados sindicales.

¹⁸ Art. 8 LOLS en relación con el art. 20.1 a) y d) CE. Las opiniones o comunicaciones, promovidas por los representantes sindicales, incluyendo las realizadas utilizando el correo electrónico, se enmarcan claramente en la defensa de sus representados o afiliados y forman parte del legítimo ejercicio a la acción sindical, garantizado por los arts. 7, 28.1 CE, en relación con el art. 2.2.d LOLS (SAN 18-12-2015, proc. 344/2105).

¹⁹ SSTC 213/2002; 185/2003; 198/2004 y 227/2006.

Respecto de la fiscalización empresarial sobre las condiciones de uso es posible un control de carácter técnico, de cara a evitar un uso de tales medios que perturbe su utilización de cara a la actividad empresarial. Conforme a la doctrina constitucional, la empresa puede fijar las condiciones de uso sindical de las TIC y proceder a la fiscalización de tal uso si se justifica por las perturbaciones en la actividad normal de la empresa o por los costes económicos adicionales que conlleve. Estos condicionantes deben ser justificados por la empresa.

Una posible perturbación podría suponer la limitación del envío de correos electrónicos a los trabajadores en horario de trabajo. Aquí debemos recordar que la STC 281/2005 puntualiza que “no es posible estimar por defecto que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador en horario de trabajo produzca dicha perturbación”. Lo ha reiterado el TS, al observar que no se puede objetar que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador en horario de trabajo produce una perturbación del proceso productivo, porque eso “permitiría también, por ejemplo, excluir la recepción de correo ordinario del sindicato en el puesto de trabajo y, llevado al extremo el planteamiento de hipótesis posibles, podría situar a la empresa en un espacio incomunicado. Por lo demás nada impide la lectura de los mensajes al finalizar la jornada o en las pausas existentes.” (STS 22-6-2011, Rec. 153/2010).

Es decir, “por defecto” es posible establecer la presunción de que la correspondencia electrónica entre sindicatos y trabajadores en horario de trabajo no supone una perturbación. Con esta presunción, lo relevante es que el convenio colectivo o los protocolos empresariales concreten las condiciones de envío de correos electrónicos a los trabajadores en el horario de trabajo. El asunto puede tener su importancia cuando hablamos de envío de información sustancial, por diversos sindicatos, con la posibilidad además de una comunicación potencial entre representantes y representados vía redes sociales corporativas.

Lo cierto es que los acuerdos colectivos y protocolos empresariales en la temática tratan de facilitar la coordinación empresarial y sindical en la gestión de envíos de correos, evitando las horas punta de actividad en la red corporativa y de mayor actividad en la jornada laboral, con el compromiso de la empresa de su envío a los trabajadores en la misma o siguiente jornada laboral (Acuerdo BBVA; Acuerdo UNICAJA).

La cuestión más polémica respecto a los controles o filtros previos en relación con el envío de información por vía electrónica se centra en la solicitud del listado de correos corporativos de los trabajadores y en el envío masivo de correos a través de la red corporativa empresarial.

Respecto de la primera cuestión, la STS 14-7-2016 (Re. 199/2015) se pronuncia favorablemente a la solicitud por las secciones sindicales del listado

de correos corporativos de los trabajadores para el envío masivo de correos. La sentencia estima “incuestionable el legítimo interés de la sección sindical en disponer de acceso a la lista de correo electrónico de distribución conjunta de todos los empleados de la empresa, para facilitar de esta manera el más ágil y eficaz flujo de la información sindical a través de este mecanismo”, teniendo en cuenta que en caso planteado los trabajadores están repartidos en un total de 20 centros de trabajo distribuidos por toda la Comunidad Autónoma. En este caso, la empresa no autoriza a la sección sindical el envío masivo de correos a través de la dirección electrónica que integra a toda la plantilla. Dos datos llaman la atención en el asunto. En primer lugar, consta que el comité de empresa y la propia dirección de recursos humanos utilizan esta fórmula de envío electrónico. Y, en segundo lugar, lo más relevante, en el supuesto se acredita que “la empresa ya tiene perfectamente instalado y en funcionamiento el sistema informático que permite disponer a cada empleado de una dirección de correo electrónico con su respectiva clave de acceso, e incluso una lista conjunta de distribución a toda la plantilla que utilizan la dirección de recurso humanos y el comité de empresa”. Con todo, lo relevante en la STS 14-7-2016 es que no alega la empresa especiales dificultades, gravámenes, o sobrecostes que amparen su decisión ²⁰.

En segundo lugar, sobre el asunto del envío masivo de correos a través de la red corporativa, la jurisprudencia considera legítimo que la empresa condicione el envío al respeto de las normas de funcionamiento del correo electrónico corporativo, a los efectos de garantizar la seguridad y el buen funcionamiento de la red corporativa. Para el TS, ello “viene avalado por la referida doctrina constitucional cuando dice que resultaría lícito desde esa suprema perspectiva que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos

²⁰ Como se indica en la sentencia, “no se alega la concurrencia de problemas organizativos o de gestión que imposibiliten o desaconsejen la utilización por las secciones sindicales de esa misma vía de comunicación electrónica; ni se dice que interfiera en el proceso productivo; ni se invocan posible sobrecostes económicos de adaptación o modificación del sistema informático; y como hemos visto, tampoco se hace valer como obstáculo la titularidad del nombre del dominio de correo electrónico, que por otra parte ya se ha consentido utilizar al comité de empresa”. El único motivo que la empresa ha invocado para negarse a facilitar a la sección sindical una cuenta corporativa de correo electrónico, y que la STS rechaza, es la circunstancia de que dicha solicitud supondría un agravio comparativo respecto a las otras dos secciones sindicales que no disponen de ella (y que no la solicitaron en ningún momento). Para la sentencia, el hecho de que ninguna de las secciones sindicales lo hubieren llegado a solicitar, no justifica una respuesta negativa con este único argumento a la primera de ellas que ha cursado la petición si ni tan solo se invoca perjuicio o dificultad alguna para atenderla. Complementa la STS su argumentación puntualizando que “lo que no puede hacer la empresa es dar este acceso a alguna de las secciones sindicales y negarlo a otras, otorgándoles un tratamiento diferenciado carente de justificación que vulneraría el derecho de libertad sindical de la preterida”.

absolutos, y que no teniendo fundamento el derecho en una carga empresarial expresamente prescrita en el ordenamiento, la utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador” (STS 24-3-2015, Rec. 118/2104) ²¹.

Una argumentación parecida es la empleada para justificar el establecimiento de reglas sobre el uso de las listas de distribución corporativas, en la medida en que requiere un soporte técnico mayor que el correo electrónico ordinario. De manera que la empresa puede someter a autorización previa su uso ²².

²¹ En esta sentencia se solicita la declaración de vulneración del derecho a la libertad sindical por el establecimiento de filtros previos por parte de la empresa que impiden o limitan el envío de e-mails desde los servicios de correo de los sindicatos y su correcta recepción por los trabajadores en los buzones de correo corporativo. La sentencia AN recurrida, que denegaba la pretensión de los sindicatos, argumenta que únicamente ha quedado acreditado que la operativa del sistema es bloquear el acceso de las cuentas que realicen envíos masivos con incumplimiento de las normas de funcionamiento, sin que se alcance el bloqueo hasta que el infractor se comprometa a respetar las normas de acceso, de lo que no es posible deducir una conducta antisindical sino “la simple aplicación objetiva de las políticas de acceso y seguridad del sistema”, y concluye que “lo que quiere el sindicato es tener libre acceso sin ninguna restricción”. Frente a esta argumentación, el sindicato recurrente entiende que se ha producido una “interpretación obsoleta y por ello errónea de las normas reguladoras de la libertad sindical y de la jurisprudencia existente en la materia” (en concreto se remite a la STC 281/2005 y jurisprudencia ordinaria). Pero el TS, por el contrario, considera que “la tesis del sindicato, es, en efecto, genérica y subjetiva, sin que pueda compartirse la afirmación de una hermenéutica “obsoleta -y por ello errónea- de las normas de libertad sindical”, porque hay que partir del principio, sostenido en la sentencia del TC referida y recogido en la SAN recurrida, de que “como sucede con todos los derechos, el de libertad sindical no es un derecho ilimitado, resultando igualmente intemporal sus afirmaciones”. Para el TS, la operativa del sistema es bloquear el acceso de las cuentas que realicen envíos masivos con incumplimiento de las normas de funcionamiento, sin que se alcance el bloqueo hasta que el infractor se comprometa a respetar las normas de acceso; a este respecto se acredita que la empresa tiene elaborado un documento denominado “política de uso de correo electrónico corporativo” donde se indica, en relación con el número de destinatarios de mensaje, que será limitado por la organización con objeto de amoldarlo a la capacidad de los servidores y líneas de comunicación. Concluye por tanto el TS que existe una regulación específica en la materia que debe ser observada mientras se mantenga, y en concreto que “el incumplimiento de las normas contenidas en la presente política del uso del correo electrónico determinará la utilización por parte de Aena de las restricciones que considere oportunas”.

²² En el caso de la SAN 13-7-2016 (Sent. núm. 127/2016) se impugna un precepto del convenio colectivo sobre el uso de las listas de distribución corporativas, conforme al cual “en caso de utilizar las listas de distribución corporativas, será previa petición a la empresa y de acuerdo a los procedimientos establecidos en la normativa interna de la compañía. Previa a la autorización, la Dirección de Personal deberá conocer los textos y contenidos de las comunicaciones”. Para la AN, el uso de tales listas de distribución corporativas requiere de un soporte técnico mayor que el correo electrónico ordinario, y de ahí que su uso deba ser considerado como excepcional, por lo que entiende ajustado que para poder acceder al uso de las mismas, los representantes sindicales deban formular autorización la dirección de personal de las empresas, poniendo en su conocimiento la información a difundir, de forma que quede garantizado el buen funcionamiento del sistema, “sin perjuicio del derecho de la representación legal o sindical de los trabajadores a impugnar una

Los convenios colectivos no suelen contener reglas específicas a este respecto²³. Sin embargo, los acuerdos colectivos y protocolos empresariales avanzan en soluciones satisfactorias en ambas cuestiones (Acuerdo BBVA; Acuerdo CAJAMAR; Acuerdo UNICAJA). Los acuerdos más avanzados se ordenan sobre algunas premisas. En primer lugar, se parte de que los envíos son siempre envíos masivos, porque van dirigidos a la plantilla de la empresa o a determinados centros o territorios. En segundo lugar, para evitar complejidades se acuerda que la correspondencia electrónica con los trabajadores se lleve a cabo a través de la red corporativa empresarial; en este sentido, los acuerdos establecen que los sindicatos designarán a los administradores del correo que serán los que establezcan el uso de la mensajería de forma coordinada con los administradores de la red corporativa. En el caso de la mensajería de los sindicatos a sus afiliados se encauza desde un servidor externo con listas de correos que elabora el propio sindicato.

A partir de estas premisas, sobre los filtros respecto de los listados de correos corporativos de los trabajadores, los acuerdos avanzan en el sentido de facilitar la efectividad de la mensajería electrónica, siendo la empresa la que gestiona los listados y la que procede a ordenar los envíos a la plantilla desde el servidor de la red empresarial, conforme a las propuestas formuladas por los representantes sindicales (ya hemos indicado que los envíos a afiliados sindicales los gestiona el sindicato desde un servidor externo). Respecto a los envíos masivos, los acuerdos se basan en una especie de “autorregulación” sindical, limitando el número de correos a enviar (o al menos el número máximo por día, mes o año) y evitando la saturación del servidor durante la jornada laboral (asunto al que ya nos hemos referido).

concreta decisión empresarial que deniegue la difusión masiva mediante listas de distribución que pueda obedecer a motivación antisindical”.

²³ En el caso de comunicaciones masivas, el convenio de TELEFONICA 2015-2017 prevé algunas reglas básicas: su previsión para temas de especial consideración (negociación colectiva, elecciones sindicales y elecciones a la comisión de control del «plan de pensiones empleados de telefónica» para que todos los empleados reciban esta comunicación; fijación de criterios y prioridades necesarios para garantizar el normal funcionamiento de la Red Corporativa por la Dirección de Recursos Humanos de acuerdo con los sindicatos; la prohibición de realizar el envío de comunicaciones masivas desde Internet a las direcciones de correo Internet asignadas por la Empresa a sus trabajadores El convenio de BANCA 2015-2018 prevé sobre los envíos masivos que “en el ámbito de cada Empresa se determinará por acuerdo entre ésta y la representación sindical, los términos y condiciones de los envíos relativos a los correos que tengan por destinatarios la totalidad de la plantilla o un colectivo de trabajadores”

7. LA PRIVACIDAD Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES DE CONTENIDO SINDICAL

Al mismo tiempo que debe garantizarse el derecho de información y comunicación, debe quedar garantizada la privacidad y secreto de las comunicaciones, amparadas por el art. 18.3 CE²⁴. Pero el derecho al secreto de las comunicaciones, al igual que el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), se ven conectados al derecho de libertad sindical, que actúa como derecho fundamental de referencia en la tutela del derecho de información y comunicación sindical. Ya hemos indicado que los controles o filtros empresariales respecto del uso del correo electrónico corporativo con fines sindicales debe circunscribirse a los aspectos formales o justificados técnicamente, porque en otro caso se podrán considerar una injerencia empresarial proscrita por el derecho de libertad sindical.

Desde luego, la jurisprudencia estima que el derecho al secreto de las comunicaciones para nada se compromete con la exigencia de que la sección sindical designe una persona individual que haya de responsabilizarse de la administración de la cuenta, como es habitual en las reglas de acuerdos o protocolos²⁵.

²⁴ La doctrina constitucional fija ciertos parámetros en torno al alcance del art. 18.3 CE (STC 123/2002, FJ 4º), que deben ser recordados. El derecho fundamental, en primer lugar, consagra la libertad de las comunicaciones y prohíbe la interceptación o el conocimiento antijurídicos de las comunicaciones, “cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas”. En segundo lugar, el concepto de ‘secreto’ en el art. 18.3 CE tiene un carácter ‘formal’, “en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”. En tercer lugar, la norma constitucional “se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados)”. En cuarto lugar, el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores.

²⁵ En el asunto abordado por la STS 16-2-2010, Rec. 57/2009, se denuncian las condiciones impuestas por la empresa para la activación de una cuenta de correo electrónico por la sección sindical; concretamente se exige la identificación individual como responsable y propietario del contenido y distribución de la cuenta. La sentencia considera que la doctrina sobre el derecho al secreto de las comunicaciones para nada se compromete con la exigencia de que la sección sindical designe una persona individual que haya de responsabilizarse de la administración de la cuenta, cuya función se limita a la custodia y distribución de los correos; para el TS, “no se desvela «secreto» alguno de los protegidos por el derecho fundamental, ni tan siquiera a nivel de identificación de los interlocutores, pues el remitente o -en su caso- destinatario permanecen para la empresa en el más completo anonimato, y el «owner» exclusivamente sustituye -representándolo a efectos de gestión- al material sujeto de la cuenta de correo, la sección sindical de la CGT, que es a quien sus afiliados habrían de enviar los mensajes electrónicos y la que -en caso- participará información a los trabajadores por el mismo medio informático, pero en términos y con contenidos que la empresa no va a conocer por la mera designación del «owner». Con lo que no se alcanza a comprender qué ilícita revelación se produce con el hecho de nombrar e identificar al exigido administrador de la cuenta”.

Pero ahora interesa subrayar, además, que esta protección de la privacidad, amparada por la libertad sindical, debe extenderse al uso de dicho correo para comunicaciones individuales de los trabajadores con sus representantes. Fuera de las exigencias técnicas que la empresa puede imponer, por ejemplo, para el envío de correos masivos, queda vedado a la empresa la indagación sobre remitentes y destinatarios de la correspondencia electrónica o el control de las listas de correo corporativo empleadas por los sindicatos. De todas formas, hay que tener en cuenta que toda esta información es accesible a la empresa, porque la mensajería se despliega dentro de la red corporativa empresarial. En este escenario, además, la prohibición empresarial a los trabajadores de uso del correo con fines personales no puede servir ni para impedir el uso del correo electrónico con la finalidad de comunicación entre representantes y representados, ni puede justificar la injerencia en la privacidad de las comunicaciones de contenidos sindicales.

Un aspecto también delicado es el del impacto que el uso de los listados de correos corporativos puede tener en la información sobre afiliación sindical de los trabajadores. Volvemos a subrayar que esta información es igualmente accesible a la empresa, porque la mensajería entre sindicato y afiliado, aunque se apoye en un servidor externo, debe transitar por la red corporativa empresarial. Es conveniente tener en cuenta que, conforme a la doctrina constitucional, se garantiza el derecho del sindicato a no revelar datos que afecten a la libertad ideológica de los trabajadores. Por ello, la empresa debe evitar la indagación al respecto, y, en todo caso, la información que le venga dada por el uso sindical de los correos no podría ser utilizada fuera del contexto de comunicación entre el sindicato y sus afiliados (STC 11/1.998, referida al uso empresarial de la información sobre retención a los trabajadores de las cuotas sindicales²⁶). Dicho sea de paso, ello implica que formalmente no se puede alegar que la empresa conoce la afiliación del trabajador a un sindicato cuando, por ejemplo, se esté ante la adopción empresarial de una medida disciplinaria contra el trabajador (pudiendo entonces afectar a la regularidad del procedimiento el hecho de no haber sido comunicado al delegado sindical correspondiente). El razonamiento al efecto es semejante al que puede emplearse respecto al posible conocimiento por la empresa de la afiliación sindical por detracción de cuotas sindicales.

²⁶ Indica la STC 11/21998 que el art.18.4 C.E. “no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, como ha quedado dicho, sino que además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona...”; y en particular, “trata de evitar que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios. Y aquí se utilizó un dato sensible, que había sido proporcionado con una determinada finalidad, para otra radicalmente distinta con menoscabo del legítimo ejercicio del derecho de libertad sindical”.

Por otra parte, en la medida en que el uso de listados de correos corporativos individuales pueda dar publicidad a la afiliación sindical, el sindicato debe contar con la aprobación del trabajador, puesto que, para el TC, la afiliación a un sindicato es una opción ideológica individual del trabajador protegida por el art. 16 CE. “La revelación de la afiliación sindical es, por tanto, un derecho personal y exclusivo del trabajador, que están obligados a respetar tanto el empresario como los propios órganos sindicales” (STC 292/1.993). Lo que parece regla habitual en la mensajería electrónica de los sindicatos con los trabajadores de plantilla es la posibilidad de éstos de rechazar la recepción de mensajes (o parte de ellos, por ejemplo, la procedente de determinados sindicatos) (Acuerdo UNICAJA). Lo cual es coherente con el derecho del trabajador a la protección de datos, como vamos a ver.

Es interesante observar que en la regulación francesa (previsión de acuerdos de empresa reguladores de esta materia, conforme al art. L 2142-6 CT), un documento de la Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés (CNIL), de 22 de marzo de 2017, sobre *L’utilisation de l’intranet et de la messagerie électronique de l’entreprise par les organisations syndicales*, establece ciertas recomendaciones de aplicación de la norma, y en ellas se subrayan especialmente las reglas de confidencialidad. En concreto, se recomienda a los acuerdos de empresa que regulen la garantía de la confidencialidad de los intercambios de mensajería electrónica entre asalariados y sindicatos. Igualmente, se indica que dichos acuerdos deben garantizar que el empleador no pueda ejercer un control de las listas de correos corporativos de los trabajadores a efectos de difusión, en la medida en que puede ser un dato sobre la simpatía o afiliación sindical de un trabajador. Estas instrucciones se complementan con otra más general: se recomienda que los acuerdos establezcan la necesidad de que se identifique claramente el carácter sindical de la mensajería electrónica en cada mensaje al objeto de que el trabajador y la propia empresa estén informados de su origen y naturaleza.

8. ACCIÓN SINDICAL Y DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA PROTECCIÓN DE DATOS. LA DOCTRINA DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD)

Desde otra perspectiva, el uso sindical de las TIC puede entrar en colisión con el derecho de los trabajadores a la protección de datos o libertad informática (art. 18.4 CE). En concreto, el conflicto se plantea por la oposición de los trabajadores al envío de e-mails con contenido sindical a su dirección de correo electrónico.

El derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado, garantizando a los individuos un poder de disposición sobre esos

datos (STC 292/2000). A partir de la doctrina constitucional, la AEPD concluye que una dirección de correo electrónico, “considerando que contiene información acerca de su titular, o en la medida en que permita proceder a la identificación del mismo, ha de ser considerada como dato de carácter personal y su tratamiento sometido a la citada Ley Orgánica, por lo que, con carácter general, no será posible su utilización o cesión si el interesado no ha dado su consentimiento para ello” (Res. 01232/2017, Proc.00069/2017). Todo ello conforme al art. 6.1 LOPD, que prevé que “El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”.

Pero la AEPD ha establecido dos matices. En primer lugar, si el sindicato utiliza una lista de distribución facilitada por la empresa, no necesita el consentimiento previo del afectado para el tratamiento de sus datos. Ahora bien, el envío de correos electrónicos utilizando la lista de distribución implica un tratamiento de los datos, lo que convierte al sindicato en responsable del tratamiento, teniendo la obligación de atender los derechos recogidos en la normativa vigente en materia de protección de datos (Recurso de Reposición 00729/2014, Proc. 00651/2014; Res. 01232/2017, Proc.00069/2017).

En segundo lugar, conforme al art. 6.1 LOPD, el consentimiento del trabajador será necesario, “salvo que la ley disponga otra cosa”. Y hay que tener en cuenta que la remisión de e-mails por la sección sindical a los trabajadores de la empresa estaría amparada por el art. 8 LOLS. De manera que al existir una previsión legal no sería necesario disponer del consentimiento de trabajador para el envío de mensajería electrónica.

Pero la doctrina de la AEPD puntualiza que “no puede afirmarse que para el ejercicio del derecho de libertad sindical, pueda disponerse de manera incondicional de los datos personales de un tercero y éste además, deba soportar que esos datos se utilicen sin limitaciones” (Res. 01795/2011, Proc. 00309/2011). En este sentido, para el supuesto donde no sea necesario el consentimiento previo del interesado, habrá de tomarse en consideración el art. 6.4 LOPD, donde se prevé que “siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado”. A partir de este marco jurídico, la doctrina de la AEPD considera que “debe reconocerse el derecho de los trabajadores a mostrar su oposición a la recepción de mensajes con contenido sindical y, consiguientemente, la obligación de los Sindicatos de cesar en el tratamiento de los datos de los solicitantes” (Res. 01871/2014, Proc.00624/2014).

Sin embargo, esta regla contiene una excepción para la AEPD. Concretamente, en lo referente a la información sindical remitida a los trabajadores en período

electoral, “debe concluirse que en periodo electoral debe prevalecer el derecho a la actividad sindical consagrado en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical sobre el derecho fundamental a la protección de datos. En consecuencia, los trabajadores durante el proceso electoral sindical, no pueden oponerse al tratamiento de sus datos personales, siempre que el uso que realice el Sindicato sea adecuado para los fines del propio proceso electoral” (Res. 01871/2014, Proc.00624/2014).

9. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En una temática tan novedosa, tan innovadora y dinámica, con una legislación desfasada, es central el papel regulador de la negociación colectiva (y en su caso de los protocolos empresariales). La negociación colectiva cumple un importante papel como instrumento para concretar el uso de las TIC como contenido adicional de la libertad sindical y para concretar los derechos de las representaciones unitarias²⁷.

Al igual que ocurre con el uso de las TIC por los trabajadores, la ausencia o la ambigüedad de las reglas sobre uso sindical y el control empresarial del correo electrónico, internet o de las redes sociales corporativas puede plantear conflictos y litigiosidad. De ahí la importancia de una negociación (y protocolos) que fijen reglas claras y transparentes. Estas reglas, por una parte, deben disponer que la finalidad del uso de las TIC esté ligada a fines exclusivamente sindicales o representativos, admitiendo en este sentido una interpretación flexible; y, por otra parte, debe delimitar con claridad las facultades fiscalizadoras o de control de la empresa, en particular los criterios que permiten delimitar una situación de perturbación de la actividad normal de la empresa, sobre todo cuando el uso de los medios telemáticos con fines sindicales tenga lugar en el tiempo de trabajo.

Los Acuerdos Interconfederales de negociación colectiva han insistido en este aspecto ²⁸. Actualmente, el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación

²⁷ Algunos convenios prevén esta extensión de derechos a las representaciones unitarias: TELEFONICA 2015-2017, ALTADIS 2010-2014 (Convenio colectivo de Altadis, SA., BOE 27-6-2012). En algunos casos sólo se prevé para la representación unitaria: ALCATEL 2016-2017 (Convenio colectivo de Alcatel Lucent España, SAU., BOE 16-11-2016), AGFA GRAPH 2014 (II Convenio colectivo de Agfa Graphics NV BOE 14-8-2014). En Francia, la aplicación de acuerdos de empresa reguladores de esta materia, conforme al art. L 2142-6 CT, está pensada para las estructuras sindicales. No obstante, la CNIL (L'utilisation de l'intranet et de la messagerie électronique de l'entreprise par les organisations syndicales), recomienda su extensión a las representaciones unitarias. En segundo lugar, puede servir para concretar algunos de los parámetros jurisprudenciales sobre el uso de las TIC.

²⁸ Así, el AINC de 2007 en su Cap. V.4: indica que “La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en las relaciones laborales también debería ser objeto de tratamiento en los convenios colectivos para garantizar los derechos individuales y colectivos de

Colectiva 2015-2017 indica que los convenios colectivos deben tener como objetivos fundamentales, entre otros, “La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en el desarrollo productivo general y en las relaciones laborales”. Subraya la conexión entre TIC y derechos de información y consulta, para lo cual la negociación colectiva debería contemplar la necesidad de abordar en cada empresa “la incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones laborales, estableciendo canales de comunicación entre las partes y como vehículo de información a los trabajadores por parte de la RLT, que deberán ser objeto de un uso racional”.

Son cada vez más los convenios que adaptan los derechos del art. 8.2 LOLS y del art. 81 ET a las TIC de la empresa, aunque en términos absolutos es bajo el porcentaje de convenios que introducen reglas sobre las TIC como medio de acción sindical. Por ejemplo, si tomamos como referencia las empresas y sociedades del Ibex 35 constatamos que, en términos generales, las previsiones de sus convenios colectivos son testimoniales y escuetas. Hemos tenido ocasión de subrayar los avances en el sector de banca en España en este terreno, y he tratado de ejemplificar dichos avances con el XXIII convenio colectivo de BANCA 2015/2018 y los Acuerdos de UNICAJA, CAJAMAR y BBVA.

En términos generales, las cláusulas de los convenios son muy heterogéneas y abarcan reglas sobre uso de los medios informáticos y telemáticos, el acceso a la Intranet de la empresa, el tablón virtual dentro de la misma, el uso de Internet y del correo electrónico²⁹.

Respecto de los sujetos a los que se reconocen derechos, como regla general el reconocimiento se extiende al comité de empresa y delegados de personal y a las secciones sindicales. Aquí conviene indicar que la negociación colectiva debe ser cuidadosa en el tratamiento diferencial que pueda establecer respecto de las representaciones sindicales. Los criterios selectivos deben ser objetivos y deben ser adecuados al tipo de derecho y la carga que supone para la empresa. Los convenios no son del todo precisos al respecto, aunque suelen vincular los derechos a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y con implantación en los órganos unitarios de representación³⁰.

los trabajadores”. El Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-2014 reitera esta directriz.

²⁹ Un estudio muy completo en CAMPAL MARTINEZ, A., “La libertad sindical y el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el ejercicio de las libertades de expresión e información por los representantes de los trabajadores”, en RGDTSS (Iustel), nº 27, 2011, pág. 273 y sigs..

³⁰ Por ejemplo, el convenio de TELEFONICA 2015-2017 reconoce el derecho de tablón virtual a los sindicatos con representación en el comité intercentros. Posteriormente indica que la empresa “facilitará acceso a la Red corporativa, al correo electrónico y a Internet a los sindicatos que tengan

En lo referido a los contenidos que se recogen en los convenios colectivos, se suelen concretar los siguientes contenidos:

- Derecho a una página en la intranet de la empresa (a un tablón virtual en el portal de la empresa), acceso a internet y uso del correo electrónico.
- Derecho de los trabajadores a comunicarse con los representantes vía correo electrónico y de los representantes a usar este medio para comunicarse interna y externamente.
- Derecho de los trabajadores a acceder a los sitios gestionados por sus representantes.
- El envío de información al correo corporativo de los trabajadores, en particular para determinados temas como la negociación colectiva o elecciones sindicales.

Respecto de las condiciones de uso, son pocos los convenios que detallan las reglas procedimentales de uso de los medios telemáticos, sobre todo del correo

la consideración de más representativos a nivel estatal y con presencia en el Comité Intercentros”. El convenio de Banca 2015-2018 indica que las Empresas, siempre que dispongan de intranet como herramienta usual de trabajo y de información a sus trabajadores, pondrán a disposición de las representaciones sindicales con presencia en los Comités de Empresa de un sitio particular. Igualmente proporcionarán una cuenta específica de correo corporativo “a cada una de las secciones sindicales de Empresa legalmente constituidas (L.O.L.S.), de los Sindicatos que ostenten la condición de más representativos en el ámbito sectorial”. El convenio de ENAGAS 2016-2019 (Convenio colectivo del Grupo Enagas BOE 16-5-2016) circunscribe los derechos a las TIC a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en el comité de empresa. El convenio de FERTIBERIA 2015-2017 (Convenio colectivo de Fertiberia, SA. BOE 25-8-2015) reserva a “cada una de las secciones sindicales más representativas de conformidad con la LOLS” el acceso a Internet y de una dirección de correo electrónico para cada sección sindical, para el ejercicio de sus funciones. El convenio de ALTADIS 2010-2014 reserva los derechos al uso de Internet y correo electrónico, vía ADSL, incluso, si las condiciones técnicas así lo permitieran, con acceso directo a la red de la Empresa y a Intranet a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos a nivel estatal o de Comunidad Autónoma, las secciones de aquellos sindicatos que hayan obtenido representación en el Comité de Empresa y las de los sindicatos de ámbito nacional, que aun no obteniendo representación en dicho Comité, hubieran obtenido un 10 por ciento de representatividad a nivel de la Empresa, o un 20 por ciento en su circunscripción, si son de ámbito provincial o autonómico En el convenio de REPSOL 2016, los derechos al uso de las TIC se circunscriben, en centros de trabajo con más de 200 trabajadores, a “las secciones sindicales constituidas por trabajadores afiliados a sindicatos más representativos con representación en el comité de empresa”. En el convenio de CEPESA 2014-2015 (Convenio colectivo de Cepsa Comercial Petróleo, SA, Cepsa Lubricantes, SA, Cepsa Gas Licuado, SA, Cepsa Conveniencia, SA y Productos Asfálticos, SA., BOE 7-2-2014) se reservan los derechos a “las Secciones Sindicales de los sindicatos más representativos en el ámbito estatal y que tengan reconocidos los derechos del artículo 10 de la LOLS dispondrán, en los centros de trabajo que tengan desarrollada una Intranet u otro sistema informático similar o alternativo, de una página en la citada Intranet para la publicación de información de carácter sindical de interés para dicho centro”.

electrónico. Algunos convenios dejan dicha regulación en manos de la legislación vigente o se remiten a los parámetros que determine la dirección de la empresa (generalmente reglas o procedimientos previstos para el uso dispositivos técnicos comunes al de las comunicaciones electrónicas de la empresa). Otros convenios se remiten a las normas para usos informáticos en la empresa y los criterios marcados por la jurisprudencia, particularmente constitucional.

Los convenios se suelen referir a un uso ligado a sus competencias representativas y que no interfiera en la actividad productiva o laboral en la empresa. Se regula el uso del correo corporativo en cuanto a origen y destinatarios (internos o externos a la empresa) y su contenido laboral o social, y se regula particularmente el supuesto de envío masivo de correos: comunicación y autorizaciones de la empresa y procedimiento al efecto.

Son escasas las cláusulas que abordan la regulación del contenido y uso que puede llegar a tener el tablón virtual. Respecto al uso de Internet, en la mayoría de los casos se limita a permitir su utilización por parte de la representación unitaria y de las secciones sindicales, a través del servidor de la empresa y para fines ligados a su actividad representativa, con aplicación de las normas generales previstas por la empresa para la utilización de Internet.

10. BREVE REFERENCIA A LA *LOI TRAVAIL* FRANCESA DE 2016 Y EL USO DE LA MENSAJERÍA ELECTRÓNICA

Me parece de interés concluir mi estudio con una referencia a las recientes novedades legislativas en Francia. Allí existe una regulación legal del uso de la correspondencia electrónica a través de la red corporativa empresarial (art. L 2142-6 CT), que ha sido revisada recientemente por el legislador francés a través de la Ley 2016/1088, de 8 de agosto (*Loi Travail*),

El art. L 2142-6 CT ha sido modificado por la *Loi Travail* con el objetivo de flexibilizar su regulación. Hasta este momento sólo un acuerdo de empresa permitía reconocer un derecho a los sindicatos para el uso de la mensajería electrónica en la empresa (norma avalada por la sentencia 27-9-2013 del Consejo Constitucional) y la práctica francesa en este sentido ha sido escasa³¹.

Por este motivo, la nueva versión, que ha entrado en vigor en enero de 2017, modifica y flexibiliza la regulación:

³¹ CFDT, “Loi Travail: la communication syndicale à l’ère du numérique”, 10/11/2016 Service juridique-CFDT.

- Las condiciones y modalidades de difusión de informaciones sindicales mediante los medios electrónicos disponibles en la empresa pueden establecerse mediante un acuerdo de empresa.
- De no existir acuerdo, las organizaciones sindicales presentes en la empresa (legalmente constituidas, con al menos dos años de antigüedad y que respeten los “valores republicanos y de independencia”) pueden distribuir publicaciones o folletos sindicales desde una página web sindical que sea accesible desde la intranet de la empresa, siempre que ésta exista.

Dos son las novedades de esta reforma. La primera novedad está en que se refuerza el alcance del acuerdo colectivo³². Por un lado, la norma amplía los contenidos que el sindicato puede difundir, que se delimitan genéricamente como “informaciones sindicales”. Por otro, el pacto puede afectar a todos los “medios electrónicos” disponibles en la empresa para la difusión o comunicaciones sindicales.

La segunda novedad, sin duda la más relevante, consiste en que, de no existir acuerdo de empresa, los sindicatos tienen reconocido un derecho a servirse de la intranet empresarial (aunque no del servicio de mensajería electrónica de la empresa, que sigue requiriendo el acuerdo).

La utilización de medios electrónicos de la empresa por los sindicatos será posible si se dan las siguientes condiciones:

1. Que sea compatible con las exigencias del buen funcionamiento y seguridad de la red informática de la empresa.
2. Que no tenga consecuencias perjudiciales para la buena marcha de la empresa
3. Que se preserve la libertad de elección de los trabajadores de aceptar o rechazar los mensajes electrónicos.

Un documento de la Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés (CNIL), de 22 de marzo de 2017, sobre *L’utilisation de l’intranet et de la messagerie électronique de l’entreprise par les organisations syndicales*, establece las siguientes recomendaciones a partir de esta nueva versión normativa.

En primer lugar, la norma se refiere únicamente a los sindicatos y no a los representantes unitarios o elegidos en la empresa (comités, delegados de personal miembros del comité de seguridad y salud). No obstante, la CNIL recomienda que se reconozca en los mismos términos que a los sindicatos.

³² CFTD, “Loi Travail: la communication syndicale à l’ère du numérique”, cit.

En segundo lugar, respecto del derecho reconocido a los sindicatos en el art. L 2142-6 CT:

- Debe respetarse la finalidad que justifica el derecho sindical, es decir, que se trate del envío de información sindical.
- Que los trabajadores estén claramente informados con antelación de este derecho sindical y puedan manifestar su acuerdo o su oposición a la recepción de estos correos.
- El carácter sindical de la mensajería electrónica debe especificarse sistemáticamente en cada mensaje al objeto de que el trabajador esté informado de su origen y naturaleza.

Finalmente, la CNIL estima que, conforme a la regulación legal, el acuerdo colectivo debería precisar:

- Los supuestos en que la empresa puede oponerse al uso de la mensajería electrónica.
- El deber de confidencialidad de empresarios y sindicatos. En particular, debe garantizarse la confidencialidad de los intercambios de mensajería electrónica entre asalariados y sindicatos.
- Debe garantizarse que el empleador no pueda ejercer un control de las listas de correos corporativos de los trabajadores a efectos de difusión, en la medida en que puede ser un dato sobre la simpatía o afiliación sindical de un trabajador.

TRABAJO ASALARIADO Y TRABAJO AUTÓNOMO EN LAS ACTIVIDADES PROFESIONALES A TRAVÉS DE LAS PLATAFORMAS INFORMÁTICAS

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Acción sindical, nuevas tecnologías, jurisprudencia, negociación colectiva, privacidad

La diferenciación entre trabajo asalariado y trabajo autónomo es una cuestión que puede calificarse como clásica tanto en la literatura jurídica. Distinción la que juegan un papel determinante relevante, más allá de la relevancia del elemento retributivo, el carácter subordinado y dependiente con el que se desarrolla la prestación.

Determinar estas nuevas formas de expresarse la ajenidad y la dependencia en relación con el trabajo profesional prestado a través de las plataformas informáticas es el objetivo de este trabajo que se articulará en los siguientes apartados: uno, mediante una exposición abreviada de la forma cómo se viene acometiendo esta tarea clasificatoria, partiendo de lo establecido en el art. 1.1 ET y del modo cómo, esencialmente la jurisprudencia, ha venido elaborando un repertorio de indicios o síntomas, y de la forma de interpretarlos, de cada uno de esos rasgos generales; y, dos, proyectando esos criterios sobre el trabajo prestado a través de las plataformas informáticas e intentando ofrecer una reelaboración de los mismos que sea útil y práctica a estos efectos clasificatorios.

ABSTRACT

Key words: Traditional worker, self-employment, digital platforms

The differentiation between paid work and self-employment is an issue that can qualify as a classic both in the legal literature. In this play a determinate role, beyond the relevance of retribution, the subordinate and dependent character that develops the provision.

Determine these new ways of expressing the proved and dependence in relation to professional work through the computing platforms is the goal of this work which will be articulated in the following sections: one, through an exhibition abbreviated form how it comes rushing this qualifying task, on the basis of provisions of article 1.1 ET and the way how, essentially the jurisprudence, has been preparing a repertoire of signs or symptoms, and how to interpret them, each of these general features; and, two, projecting those criteria on labour through the computing platforms and trying to give a reprocessing them is useful and practical for these qualifying purposes.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. UN ENFOQUE GENERAL: LOS RASGOS CARACTERIZADORES DE LA RELACIÓN LABORAL Y LOS CRITERIOS RELEVANTES PARA ESTABLECER LA DIFERENCIA ENTRE TRABAJO ASALARIADO Y TRABAJO AUTÓNOMO
 - 2.1. El acercamiento interpretativo a los indicios de la ajenidad y la dependencia como rasgos centrales de la prestación laboral
 - 2.2. Las manifestaciones específicas de la ajenidad y la dependencia en la jurisprudencia
 - 2.2.1. *En cuanto a la ajenidad*
 - 2.2.2. *Respecto de la dependencia*
 - 2.3. Algunas conclusiones metodológicas
3. LOS CRITERIOS DELIMITADORES EN RELACIÓN CON LAS ACTIVIDADES PROFESIONALES REALIZADAS A TRAVÉS DE LAS PLATAFORMAS INFORMÁTICAS
 - 3.1. La variedad de plataformas informáticas que articulan prestaciones de servicios
 - 3.2. Las nuevas y viejas formas de manifestarse la ajenidad y la dependencia en relación con el trabajo prestado a través de las plataformas informáticas
 - 3.2.1. *Las manifestaciones de la ajenidad en el mercado*
 - 3.2.2. *Las manifestaciones de la ajenidad en el control de la organización productiva*
 - 3.2.3. *La ajenidad en los beneficios y en los riesgos*
4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La diferenciación entre trabajo asalariado y trabajo autónomo es una cuestión que puede calificarse como clásica tanto en la literatura jurídica como en las resoluciones judiciales y, desde luego, en la práctica empresarial. Y es lógico que así sea ya que, al menos hasta hoy¹, la calificación como laboral o autónoma

¹ Se introduce esta cautela temporal para dar acogida a las opiniones que sostienen que la diferencia entre trabajo asalariado y trabajo autónomo, si alguna vez fue nítida, es progresivamente impracticable a causa de la cada vez más intensa confusión e imprecisión de sus fronteras debido al debilitamiento de los rasgos que tradicionalmente han caracterizado a uno y otro como consecuencia de las transformaciones de las empresas, de la forma de organizarse, de los procedimientos y métodos de trabajo así como de la implantación masiva de las tecnologías de la información y de la comunicación. De forma que, entre el asalariado clásico y el autónomo genuino, aparecen formas contractuales que es difícil asignar de manera indubitada y clara a uno u otro ya que mezclan rasgos que, hasta el momento, han servido precisamente para diferenciarlas; siendo justamente el ámbito de las empresas tecnológicas, de las plataformas informáticas y de la economía digital un espacio proclive a su aparición y generalización. Así lo pondrían de manifiesto incluso figuras legales como el llamado TRADE (trabajador autónomo económicamente dependiente regulado por los arts. 11 y ss. de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, LETA en adelante) en el que se combinan la autonomía que exige el art. 11 LETA con una dependencia muy acentuada que, si bien en principio solo se manifiesta en el terreno económico, tiene una evidente proyección práctica sobre otras dimensiones del trabajo del TRADE como pueden ser la libertad de elección de encargos o la independencia técnica y organizativa, absolutamente condicionadas por esa dependencia económica; hasta el punto de que puede decirse que el TRADE es un autónomo dependiente no solo económicamente o, si se quiere, que es un trabajador subordinado con algún margen de autonomía. Esto es, una figura mixta en la que, más allá del criterio económico que la prefigura,

de una determinada prestación personal de servicios supone esencialmente el que se apliquen a la misma diferentes y contrapuestos conjuntos normativos: el ordenamiento jurídico laboral cuando de un contrato de trabajo se trata; los ordenamientos civil o mercantil en los casos en los que esa relación se considere articulada en torno a un contrato de esa naturaleza. Algo que, obviamente, no es indiferente para las partes afectadas ya que su ubicación en uno u otro ámbito determina un distinto cuadro de obligaciones y derechos y, en términos empresariales, que la utilización de ese esfuerzo productivo esté sometida a diferentes límites y condicionamientos, pueda ser más o menos flexible y productiva, determine o no unas concretas responsabilidades para la empresa, o esta deba afrontar mayores o menores cargas de diverso tipo entre las que no pueden olvidarse las sindicales, las sociales o las fiscales.

Calificar esa diferenciación como una cuestión clásica significa que, prácticamente desde los inicios del Derecho del Trabajo, ha sido necesario reflexionar acerca de los criterios que sirven para establecerla. Algo que, por razones que ahora se verán, se ha planteado siempre en términos muy casuísticos; de manera que, más allá de referencias generales o abstractas, finalmente es el modo y las circunstancias en las que se presta el trabajo, entendidos de la manera más amplia posible, lo que va a decantar la calificación en uno u otro sentido. En todo caso, se trata de una operación interpretativa y práctica que se hace imprescindible por la forma en que tales criterios de identificación están legalmente establecidos, es decir, con un carácter muy general y enunciados de forma extremadamente sintética. Así lo hace el art. 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre,

han tendido a encontrar acomodo supuestos dudosos de autónomos e, incluso, ejemplos de lo que suele denominarse como falso autónomo, propiciando el tránsito del trabajo asalariado hacia el trabajo autónomo que también simboliza lo que habitualmente se denomina como huida del Derecho del Trabajo, ahora considerada como algo inevitable. Lo dicho no sucede exclusivamente con el TRADE sino también con otras experiencias de trabajo a medio camino entre el asalariado y el autónomo y que toman elementos o características así como lógicas de regulación de uno y otro. Se volverá sobre este tema ya que constituye el eje de la reflexión del presente trabajo aunque dejando al margen las propuestas que, simbolizando el conflicto clasificatorio, afirman la necesidad de la construcción de un tercer género de trabajo, a medio camino entre la subordinación y la autonomía, que reclama una regulación propia que responda a este mestizaje, convirtiendo quizá al Derecho del Trabajo en un derecho de los trabajos o, en general, de cualquier actividad personal, profesional y productiva. Una alternativa que, no obstante, no elimina los problemas de clasificación que ahora se trasladan desde la diferenciación binaria entre asalariado y autónomo a la ternaria entre actividades asalariadas, autónomas y mixtas. Sobre estas cuestiones, puede verse el volumen *Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios*. XXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Edit. Cinca, 2016, especialmente la primera ponencia sobre “Los aspectos individuales de las actividades fronterizas: en particular el trabajo autónomo”, a cargo de GOMEZ CABALLERO, P. pp. 29/80, así como las variadas comunicaciones que versan sobre esta cuestión.

por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante) el cual, como es conocido, no incorpora tanto una definición de contrato de trabajo sino las características que deben concurrir para que una prestación de servicios deba calificarse como trabajo asalariado y, desde un punto de vista negativo u opuesto, lo que debe considerarse como trabajo autónomo, y que son las de voluntariedad, retribución, dependencia y ajenidad². Aunque, en puridad, a lo que el art. 1.1 ET recurre esencialmente es a los dos rasgos en los que mejor y de forma más clara se manifiesta la laboralidad de la relación de servicios como son la ajenidad (que se expresa con la genérica mención legal al trabajo “*por cuenta ajena*”) y la dependencia (que se pone de manifiesto en la algo más descriptiva referencia a que el servicio se presta “*dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica*”)³.

² Contrasta el laconismo del art. 1.1 ET con el art. 11 LETA que, para identificar al TRADE, además de señalar, en su apartado 1, que se trata de un trabajo personal y directo (sin lo cual no puede haber confusión con el trabajo asalariado), realizado a título lucrativo (es decir, remunerado como el trabajo subordinado) y de forma habitual (lo que manifiesta la profesionalidad con la que se desempeña la tarea, contrastando con otra de tipo marginal o puntual), añade, en su apartado 2, una serie de exigencias que facilitan la calificación como tales. Como son: no tener, salvo en casos excepcionales que la propia norma fija, trabajadores por cuenta ajena a su servicio (esto es, no ser a su vez empresario laboral); no prestar su trabajo de tal forma que se confunda con el que realizan otros trabajadores, en este caso asalariados, para el mismo empresario; tener y controlar una propia organización productiva y disponer de medios y material propios cuando sean relevantes (influyendo de forma decisiva su coste) para el ejercicio de la tarea contratada y percibir la retribución en función del resultado, asumiendo el riesgo y ventura de esa actividad. Especificaciones que, por cierto, no es incorrecto utilizar, para la operación calificadoria previa a la asignación de la naturaleza jurídica de TRADE que no es otra que la de partir de que el TRADE es, en todo caso, un trabajador autónomo y no un trabajador asalariado. Es imposible no ver en estas exigencias legales las trazas, en sentido negativo, de la ajenidad en la disposición, organización y control de la actividad así como en los beneficios y en los riesgos. Partiendo de que el TRADE es un trabajador autónomo auténtico, además, el art. 11.3 LETA excluye que sea tal TRADE, distinguiéndolo ahora del autónomo ordinario, quien sea titular de un establecimiento, local comercial, industria, oficinas y despachos abiertos al público, así como los profesionales que ejerzan su profesión con otros en régimen societario o similar. De manera que, en teoría, la única diferencia con el autónomo ordinario, aunque ya se ha señalado que tiene más alcance, es que el TRADE depende económicamente en gran medida (un 75 por 100 del total de sus ingresos) de un solo cliente. Sobre este tema, CAMAJI, L. “Le travailleur autonome économiquement dépendant en droit français”, *Documentación Laboral*, 98/2013, pp.41 a 43, donde reflexiona sobre la dependencia económica como indicio de la subordinación.

³ Derivándose de ello, aunque parezca una obviedad, que el trabajo autónomo es trabajo por cuenta propia tal y como sintéticamente lo define el art. 1 del LETA. Lo que pone en evidencia que el LETA se limita a establecer una definición por oposición, afirmando del trabajo autónomo que es por cuenta propia como el ET establece que el trabajo subordinado es por cuenta ajena. E igual sucede con la dependencia respecto de la autonomía que, frente a la transcrita frase del art. 1 ET, se describe por el art. 1 LETA como un trabajo desarrollado “*fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona*”. En todo caso, el paralelismo a través de la contraposición, así como la economía de la fórmula legal del art. 1 LETA, no hace sino reflejar lo establecido en el art. 1 ET a modo de imagen especular. Cuenta ajena/cuenta propia, dependencia/independencia son,

Los otros dos elementos, la voluntariedad y la retribución, son, por su parte, menos complejos y relevantes en cuanto circunstancias identificatorias⁴, aunque también contribuyan a esa calificación y no dejen de plantear a veces problemas interpretativos, particularmente respecto de la retribución cuando, por ejemplo, no existe formalmente. Una ausencia que no excluye automáticamente la calificación de laboralidad ya que puede ser valorada como una consecuencia de la misma de modo que su inexistencia práctica no implica que no deba abonarse cuando existen otros factores previos que la requieren necesariamente. Esto es así porque la retribución juega un doble papel en el sentido de que el trabajo subordinado, dependiente o asalariado es tal porque es retribuido (funcionando la retribución como un presupuesto o elemento determinante de la laboralidad), pero también debe ser necesariamente retribuido si se dan las circunstancias que permiten calificarlo como asalariado aunque esa retribución en principio no exista (actuando entonces la retribución como una consecuencia de la ajenidad y de la dependencia pero sin función caracterizadora).

En todo caso, la retribución, cuando no se duda de ella, sirve para identificar el carácter oneroso de la prestación de servicios, algo que es común a trabajadores asalariados y autónomos y, por tanto, no es útil para diferenciarlos. De otra parte, la compensación económica es la consecuencia inevitable de esa voluntad conjunta de suscribir un contrato, da igual si de trabajo o de otro tipo, en el que la prestación del servicio trae causa de la retribución comprometida tanto como la retribución trae causa del trabajo realizado; es decir, que se trata de un contrato sinalagmático. Por lo que, detectada esa intencionalidad onerosa, la retribución debe necesariamente existir y, de no suceder así, sería en todo caso una retribución debida como contrapartida al servicio prestado. Pero esto es algo que, como se acaba de indicar, tanto sirve para diferenciar un contrato de trabajo como otro de tipo civil o mercantil de una prestación de servicios gratuita o benevolente.

por tanto, las oposiciones legales, aunque, de forma general, se use hablar, como comprensivos de ambas parejas de rasgos, de trabajo asalariado y trabajo autónomo. Un repertorio terminológico en el que la subordinación no puede entenderse sino como equivalente a la dependencia y en el que la condición de asalariado expresa, como posiblemente lo exija su propio origen histórico, tanto la ajenidad simbolizada en el tipo de retribución (aunque la salarización implique mucho más que sólo una forma de compensación económica) como la dependencia, que se conecta inevitablemente a la ajenidad ya que es conceptualmente imposible un trabajo asalariado que sea autónomo o independiente ya que, quien recibe un salario, no participa, por la forma de retribución, en los riesgos, gastos y beneficios de la actividad productiva; y, al no hacerlo, igualmente será un trabajo inserto en una organización que es de otro.

⁴ Tan es así que el propio TS (STS de 26 de noviembre de 2012, RJ/2013/1076) habla de “notas genéricas” en relación con la voluntariedad y la retribución, para referirse luego a las “notas específicas de ajenidad y dependencia”; diferenciando las que sirven para considerar sin más una actividad como onerosa (en cuanto profesionalizada al margen de las de tipo voluntario y gratuito) y las centrales para calificarla como laboral.

Justamente a las que se refiere el art. 1.3,d) ET respecto de la relación laboral excluyéndolas de su ámbito y que se acogen a la genérica denominación de trabajo donado, sometido las reglas particulares de este tipo de negocio jurídico más o menos formalizado⁵.

Lo anterior no quiere decir que la retribución no pueda cumplir también una función diferenciadora entre el trabajo asalariado y el autónomo, solo que lo hace en el contexto de la ajenidad y como una de las manifestaciones de la misma en función de la forma que adopte. Así lo pone de manifiesto, como se ha indicado ya, el art. 11.2 LETA respecto del TRADE cuando exige que la retribución esté vinculada al resultado (es decir, que tiene elementos de aleatoriedad dependiendo de forma directa de la cantidad y de la calidad del servicio prestado) como contraposición al salario que es fijo, permanente y garantizado al menos en una cuantía mínima, e independiente del riesgo de empresa que el autónomo soporta al asumir el riesgo y ventura de la actividad. En todo caso, mientras que la voluntariedad y la retribución son más bien datos de hecho (el trabajo se presta o no de manera jurídicamente voluntaria y la retribución existe, o debe existir, y tiene como función recompensar el trabajo prestado en unas determinadas condiciones) lo singular de la ajenidad y la dependencia es que son conceptos jurídicos mucho más imprecisos y abstractos que requieren un proceso interpretativo que les otorgue concreción y aplicabilidad.

Nada de esto es nuevo ya que es una tarea que vienen realizando de forma habitual doctrina y jurisprudencia, teniendo en cuenta que las formas de

⁵ La donación de trabajo más institucionalizada está regulada en la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, si bien los casos de trabajo donado, ni asalariado ni autónomo por tanto, son múltiples y se extienden hoy día más allá de los ejemplos tradicionales de ayuda mutua entre amigos, parientes o vecinos, abarcando figuras más complejas favorecidas, por cierto, por la alta conectividad que proporcionan las nuevas herramientas digitales. Es lo que se denomina propiamente como *sharing economy* o economía colaborativa y que, aunque se aplica con carácter muy general, impreciso y seguramente con una intención mixtificadora incluso a supuestos de intercambios y de colaboración concebidos como negocio, debe limitarse a las hipótesis en las que quienes colaboran lo hacen sin intención de lucro y con una finalidad básicamente de consumo. Los ejemplos de las plataformas como *neighboursgoods* (préstamo entre vecinos de productos domésticos), *nightswapping* (intercambio gratuito de alojamiento en casas particulares de los usuarios de la plataforma), *fon* (compartir redes wifi), *workaway* (intercambio entre colaboración con determinados proyectos a cambio de alojamiento y manutención) o los llamados bancos de tiempo, son una manifestación de este tipo de consumo colaborativo respecto del cual en ningún caso se pretende calificar a quienes intervienen en esos intercambios ni como empresa ni como trabajadores, sean asalariados o autónomos, careciendo muchas veces incluso de esa intencionalidad lucrativa las propias plataformas informáticas mediante las cuales se establecen los contactos e intercambios (sobre estos temas, cfr. GINÈS i FABRELLAS A. y GÁLVEZ DURÁN, S. “Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, enero, 2016, pp. 4/11).

expresarse la ajenidad y la dependencia dependen directamente, en primer lugar, de la manera de organizar el proceso productivo por parte de las empresas: más rígida o más flexible, con horarios fijos o variables, sobre la base de una estructura jerárquica piramidal u horizontal, dotando de menor o mayor autonomía a los trabajadores, centralizando o descentralizando las decisiones, respetando en diverso grado la autonomía funcional y la independencia técnica, estableciendo sistemas más o menos rigurosos de control y de supervisión, permitiendo en dosis diferentes la iniciativa de los trabajadores y la asunción de responsabilidades por parte de éstos. También del grado de fragmentación y de exteriorización de la actividad productiva, que abre la puerta a una colaboración profesional externa a la empresa articulada no tanto a través de otras empresas, donde la prestación de servicios es claramente laboral aunque no respecto de la empresa principal sino de la contratada o subcontratada, sino mediante el recurso al trabajo personal y directo de los autónomos.

Igualmente dependen esas formas de manifestarse la ajenidad y la dependencia del tipo concreto de trabajo que en muchos casos puede realizarse, en incluso es inevitable que se haga así, en circunstancias que lo alejan de los rasgos típicos del asalariado clásico; contraponiendo un trabajador sometido a horario y lugar concreto de trabajo a otro que carece de él o que presta su trabajo en un lugar fuera del control directo del empresario, o un trabajo sin margen de autonomía a otro en el que la iniciativa del trabajador alcanza relevancia repercutiendo en las condiciones de trabajo, las funciones y en la retribución salarial; o, en fin, un trabajo sin margen alguno de riesgo ni de ganancia especial frente a otro en el que el prestador del servicio asume cuotas relevantes de uno y otra. Es lo que sucede con muchas actividades profesionales como los representantes de comercio, mediadores y agentes, consultores y asesores, técnicos y profesionales, trabajadores itinerantes o del transporte, teletrabajadores, prestaciones de servicios a domicilio de los clientes o trabajos sin un lugar físico concreto pero que, cada vez más, se está extendiendo a otros sectores y actividades hasta el momento claramente anclados en la figura del trabajo asalariado.

Como consecuencia de lo dicho, la tarea clasificatoria y de aplicación de los conceptos de ajenidad y dependencia ha debido variar y adaptarse al compás de este tipo de cambios, identificándolos en otro tipo de manifestaciones o síntomas que se encuentran en estas nuevas formas de trabajar. Y, sin duda alguna, la revolución tecnológica es una fase más de esa evolución constante de la forma de producir bienes y servicios que obliga, de manera permanente, a adaptar, conservando esta estructura que se ha calificado como binaria⁶, los criterios

⁶ MERCADER UGUINA, J. *El futuro del trabajo en la era de la robotización y la robótica*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 111-112

clasificatorios habitualmente utilizados para diferenciar entre trabajo asalariado y trabajo autónomo. Es la conectividad inmediata superando las limitaciones de espacio y de tiempo, la introducción de las tecnologías de la información y de la comunicación en todas las dimensiones del proceso productivo (diseño, programación, formación, producción, supervisión, gestión en todas sus dimensiones, publicidad, comercialización, relación con los clientes, transporte, etc.), así como la incrementada velocidad en el tratamiento de un volumen ingente de datos con aplicación directa a los efectos de dicho proceso es lo que ha generado formas de trabajar muy variadas y singulares en las que muchas las tradicionales maneras de expresarse la ajenidad y la dependencia dejan de tener actualidad debiendo ser sustituidas por otras nuevas, si es que se pretende seguir actuando dentro del esquema binario descrito.

Determinar estas nuevas formas de expresarse la ajenidad y la dependencia en relación con el trabajo profesional prestado a través de las plataformas informáticas es el objetivo de este trabajo que se articulará en los siguientes apartados: uno, mediante una exposición abreviada de la forma cómo se viene acometiendo esta tarea clasificatoria, partiendo de lo establecido en el art. 1.1 ET y del modo cómo, esencialmente la jurisprudencia, ha venido elaborando un repertorio de indicios o síntomas, y de la forma de interpretarlos, de cada uno de esos rasgos generales; y, dos, proyectando esos criterios sobre el trabajo prestado a través de las plataformas informáticas e intentando ofrecer una reelaboración de los mismos que sea útil y práctica a estos efectos clasificatorios.

Por el contrario, no se explorarán otras alternativas de ordenación de las diversas modalidades del trabajo en relación con las cuales la necesidad clasificatoria, que siempre existe, exigirá criterios de aplicación particulares y tendrá determinadas consecuencias. Se trata de una alternativa que va adquiriendo nuevos adeptos y que implica la afirmación de un tercer tipo de trabajo, a medio camino entre el laboral y el autónomo ordinario y que, en la medida en que comparte rasgos de uno y otro en el mismo sentido que ya se ha expuesto en relación con el TRADE, requerirá una nueva definición, una revisión de sus elementos identificadores así como de su régimen jurídico con el fin de proporcionar a estos trabajadores una protección razonable de sus condiciones de trabajo y de protección social⁷.

⁷ Muy completa a estos efectos, con un análisis de las experiencias en otros países europeos, la aportación de GÓMEZ CABALLERO, cit. pp. 29-76. También, MERCADER UGUINA, cit. pp. 111-120, y los trabajos sobre el trabajo autónomo económicamente dependiente de SANTORO PASSARELLI, G., CRUZ VILLALÓN, J. y CAMAJI, L. contenidos en el número 98/2013 de la revista *Documentación Laboral*, pp. 9-48.

2. UN ENFOQUE GENERAL: LOS RASGOS CARACTERIZADORES DE LA RELACIÓN LABORAL Y CRITERIOS RELEVANTES PARA ESTABLECER LA DIFERENCIA ENTRE TRABAJO ASALARIADO Y TRABAJO AUTÓNOMO

2.1. El acercamiento interpretativo a los indicios de la ajenidad y la dependencia como rasgos centrales de la prestación laboral

En una primera aproximación conceptual, la ajenidad significa, desde una perspectiva positiva, que el servicio se presta por cuenta de otro diferente del que lo realiza, por lo que no es, ahora desde la contraria perspectiva negativa, ni para sí, ni por cuenta propia; aunque esto obligue a diferenciar entre alteridad (entendida como trabajar “para” otro) y ajenidad (trabajar “por cuenta” de otro) atribuyendo a ésta última un significado específico y distinto donde lo decisivo es el contexto, la forma concreta y las condiciones en las que se presta a otro dicho trabajo. Por su parte, la dependencia supone que ese trabajo se hace bajo las órdenes de otro, sometido a sus directrices, de una forma por tanto subordinada y no de manera independiente o autónoma, como sucedería si el prestador solo estuviera sujeto a su criterio y a la organización productiva que él mismo establezca con plena libertad respecto de quien lo contrata.

Este primer escalón interpretativo es esencialmente correcto y sirve para empezar a dar contenido a los dos elementos que son indispensables para calificar un determinado trabajo como asalariado o autónomo. Pero no es suficiente porque la imprecisión que acompaña a los conceptos jurídicos indeterminados en cuestión es aún muy notable y no es posible todavía, y solo con esta explicación ampliada de los conceptos en cuestión, afrontar con solvencia y, sobre todo, con seguridad jurídica el proceso de calificación de una concreta prestación de servicios. Por esta razón se hace imprescindible un esfuerzo de concreción que jurisprudencia y doctrina han realizado mediante un abordaje indirecto de la cuestión, renunciando a un debate exclusivamente conceptual que sería sin duda interminable, irresoluble y seguramente insatisfactorio en torno a las diferentes definiciones de ajenidad y dependencia. Un esfuerzo que se materializa en una aproximación realista a ambos conceptos a través de sus manifestaciones prácticas. De manera que, si existe o no ajenidad y dependencia, se detecta a través de los síntomas o indicios a través de los cuales se materializan. Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 9 de diciembre de 2004 (RJ 2005/875), simbólica de la postura del TS, tratándose de una afirmación muchas veces repetida:⁸ “...*la dependencia y la ajenidad (...) son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos*

⁸ Habitualmente reproducida por otras muchas sentencias posteriores como la STS de 25 de marzo de 2013 (RJ/2013/4757)

de producción (...). 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 indicios o hechos indiciarios de una y otra... ”.

Ahora bien, operar con indicios tampoco resuelve plenamente la cuestión y supone plantearse inevitablemente tres preguntas cruciales como son: cuáles son los síntomas que constituyen la manifestación, respectivamente, de la ajenidad y de la dependencia; cómo y a través de qué actuaciones, contextos, medidas, acuerdos, modos de organización y de trabajo y comportamientos de los contratantes pueden identificarse esos síntomas; y, finalmente, qué valor tiene cada uno de ellos a la hora de decantar la calificación en favor de la laboralidad o de la autonomía de la prestación de servicios. Preguntas frente a las que las respuestas pueden sintetizarse de la siguiente manera:

En primer lugar, y en relación con la primera pregunta, se trata de identificar y hacer un repertorio abierto de las manifestaciones de ajenidad y dependencia, recurriéndose así, por un lado a las diferentes dimensiones de la ajenidad (tales como la ajenidad en los riesgos, en los beneficios, en el mercado, en la organización productiva y en el control de la actividad), y por otro a las de la dependencia (por ejemplo, sujeción a horarios, al sometimiento a órdenes e instrucciones, a la existencia de un espacio físico de trabajo impuesto y controlado por la empresa, al sometimiento al poder disciplinario como forma de corrección de los comportamientos desviados de quien realiza la prestación o a la exclusividad). Por otra parte, y por lo que hace a la segunda pregunta, la tarea consiste en precisar, con el mayor detalle y teniendo presente las características de cada trabajo y su forma de insertarse en el proceso productivo, cuáles son, a su vez, lo que podrían llamarse indicios de los indicios. Para lo que sirven cualquiera de las expresiones, no limitadas a unas concretas sino abiertas a cualquier otra que pueda cumplir ese papel, de esas manifestaciones de la ajenidad y de la dependencia.

Asumir el coste de la inversión productiva o desplazarlo hacia la contraparte, soportar el riesgo del negocio o establecer una retribución fija al margen del mismo, obtener o no un margen especial de beneficio como contrapartida a la ausencia de un mínimo garantizado, no tener la capacidad de establecer una organización y un procedimiento propio de trabajo, relacionarse con compradores y consumidores a través de la empresa y no de forma directa, en cuanto a la ajenidad. Estar sometido tanto a órdenes generales como particulares del empresario y estar obligado a obedecer estas órdenes en tanto sean legítimas y operen en el contexto de lo pactado, someterse a las instrucciones concretas de trabajo en cuanto a la forma de desarrollarlo y a los posibles cambios y modificaciones, estar obligado a trabajar en el lugar indicado por el empresario, estar disponible durante todo el tiempo de trabajo, tener el empresario de herramientas contractuales de corrección

del comportamiento del trabajador más allá de la mera facultad resolutoria en caso de incumplimiento, trabajar de forma exclusiva para la empresa, para la dependencia⁹.

En cuanto a la tercera pregunta, la respuesta es que se deja al arbitrio judicial, que deberá tener en consideración las particularidades del supuesto juzgado, el determinar en cada caso concreto el valor que deba atribuirse a cada una de las manifestaciones de tales síntomas, aceptando tanto que no siempre pueden existir

⁹ Como puede fácilmente comprobarse las manifestaciones de la dependencia son habitualmente más específicas y concretas que las de la ajenidad, tanto es así que, en relación con ella, se pasa del nivel conceptual al de las manifestaciones concretas, sin el paso, propio de la ajenidad, por el segundo escalón, todavía conceptual aunque algo más preciso. Así, mientras desde la ajenidad como trabajo por cuenta de otro (primer escalón interpretativo) se transita a la consideración de si existe en el caso, por ejemplo, una ajenidad en el beneficio económico de la actividad (segundo escalón interpretativo), para finalmente llegar a las manifestaciones de esta dimensión concreta de la ajenidad (como es la existencia de un salario fijo y periódico independiente de los resultados de la empresa), en la dependencia el salto es directo desde el criterio (trabajar de forma subordinada, primer escalón interpretativo) al tercero constituido por los que se han calificado como indicios de los indicios y, por tanto, más específicos (tener un horario fijo). Ello es debido al hecho de que, en realidad, la dependencia es una expresión particular de la ajenidad (en la organización productiva y por tanto en la forma de insertarse el trabajador en ella) y se mueve más bien en el terreno, algo más preciso, del segundo de los escalones interpretativos descritos. De aquí su materialización más plástica y visible que la de la ajenidad que, como tal criterio general y por tanto más difícilmente aprehensible, es más complejo y opera en los tres niveles señalados. Por decirlo de otra forma, cuando se señala que es una manifestación de la dependencia la sujeción directa a las órdenes del empresario el discurso se mueve en el mismo nivel que cuando se subraya que el coste de la infraestructura productiva está a cargo de la empresa (manifestación a su vez de la ajenidad en los riesgos). Esta mayor visibilidad y contingencia de los indicios de la dependencia es seguramente la que la ha convertido en un rasgo relevante que, incluso para algunos, es más definitorio que la propia ajenidad. Aunque es cierto que, debido a la particular prestación de servicios de que se trata en algunos casos (mediadores mercantiles a través de un contrato de agencia, por ejemplo) sea la dependencia (o, si se quiere, esa peculiar forma de la ajenidad) la que adquiere el valor de criterio decisivo. Esto es así porque la ausencia de responsabilidad por el buen fin de la operación (criterio expresivo de la ajenidad en los riesgos) dejó de ser a partir de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del contrato de agencia, un elemento determinante del carácter laboral del contrato ya que la norma permite que se consideren como autónomos a representantes de comercio que tampoco asuman el riesgo y ventura de la operación, pese a la identidad sustancial del tipo de trabajo, de la forma de prestarlo e incluso de la remuneración en relación con los representantes de comercio laborales. Quizás porque todos estos elementos, debido a la singularidad del tipo de trabajo, no expresan una ajenidad nítida y decisiva. Por eso se afirma que *“...la nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral antes citada, de quien asume el papel de agente como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia, radica esencialmente en la dependencia”* (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 25 de julio de 2007, RJ/2152/2007). No obstante, y al margen de los representantes de comercio debido a su singularidad laboral, la asunción del riesgo y ventura del negocio como criterio de autonomía se ha revalorizado en cuanto a los TRADE a tenor del art. 11 LETA y, por extensión, en cuanto a los autónomos ordinarios. De forma que quien no lo asuma será considerado, en principio, trabajador asalariado.

todas o que pueden hacerlo con forma e intensidad variable. Se trata de una técnica interpretativa por acumulación y por asignación a cada manifestación de ajenidad o dependencia (y también a las que son contrarias a ella, es decir, favorables al trabajo por cuenta propia y autónomo) de un valor relativo que puede ser variable según cada supuesto concreto, y que, sumado a los de las demás manifestaciones del mismo género (si es que existen o se consideran relevantes a esta finalidad) y contrapesados con los de sentido contrario, llevan a un dictamen final mediante una especie de juicio de ponderación. Así lo señala la STS de 19 de julio de 2010 (RJ/2010/7131) al indicar que *“es la proyección de la acumulación de indicios de dependencia y ajenidad sobre la relación concreta que se analiza la que permite la calificación”*¹⁰.

¹⁰ Aceptando, en todo caso, que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otras figuras contractuales *“no aparece nítida, ni en la doctrina científica y jurisprudencial, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social”*, hasta el extremo de que *“es un lugar común en las resoluciones judiciales que versan sobre la calificación del contrato en virtud del cual se prestan unos servicios que, con el mismo contenido, pueden derivarse de un contrato de trabajo o de un arrendamiento de servicios (...) de forma que la diferencia ha de encontrarse en las circunstancias concurrentes, en la relación que une a las partes y en el desarrollo y contenido de la relación, siendo indiferente la denominación que los interesados hubiesen dado a su contrato”* (STS de 26 de noviembre de 2012, RJ/2013/1076 y STS de 23 de marzo de 2013, RJ/2013/4757). Un ejemplo de ello son las STS de 17 de mayo de 2012 y de 26 de noviembre de 2012, ambas referidas a la relación de servicios entre un perito tasador y una aseguradora, dictaminando en el primer caso que se trata de una relación laboral y en el otro no. En razón, como justifica la segunda de las sentencias, de la dificultad de la calificación y del hecho de que algunas circunstancias sean diferentes. Como, en el primer supuesto, la utilización por parte del trabajador de medios de trabajo de la empresa, mientras que en el segundo recurre a medios propios (lo que conecta con el dato de la inversión productiva, con su coste y riesgo aparejado el trabajador asume). Y también el que, en el segundo caso, la destinataria de las prestaciones sea una sociedad que, a su vez, contrata con la aseguradora, mientras que en el primer ejemplo la prestación se hace directamente a ésta. Y ello pese a que, en otras ocasiones, la interposición de una sociedad entre trabajador y usuaria efectiva de los servicios se haya considerado de nula relevancia entre otras razones porque se trata de un artilugio que puede organizarse sin particular esfuerzo (como es fácil y por ello irrelevante el que el trabajador se dé de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Autónomos o a efectos fiscales como el alta en el Impuesto de Actividades Económicas o en relación con el pago del IVA) con el objetivo precisamente de crear una pantalla, más formal que real, entre el trabajador y la empresa destinataria final de los servicios. Sobre todo cuando se trata de sociedades de muy pocos socios, cuando no unipersonales, y de escasa entidad económica, creadas exclusivamente con una finalidad instrumental tanto frente a la empresa cliente como a otras instancias como la Agencia Tributaria. Así lo ha entendido, entre otras, la STS de 19 de febrero de 2014 (RJ/2014/2075). Al final, parece que la única distinción relevante en el ejemplo descrito es la aportación o no de los medios de trabajo por parte del trabajador que, en el caso, consistían poco más que en un ordenador portátil, en la carencia de un espacio físico en la empresa y en la no exigencia de presencia en la misma, sustituida por la conexión mediante la pertinente herramienta informática, algo por cierto habitual incluso en actividades de cuya laboralidad no se duda (un ejemplo es el de las STS de 16 de julio y de 19 de julio de 2010, RJ 2010/5014 y 2010/7131, en relación con los profesionales del doblaje).

2.2. Las manifestaciones específicas de la ajenidad y la dependencia en la jurisprudencia

En este punto de la reflexión es conveniente hacer un listado, en ningún caso exhaustivo y ejemplificado en supuestos de hecho reales, de manifestaciones concretas tanto de la ajenidad como de la dependencia (o de sus contrarios en la medida en que también cabe una definición por oposición) que así han sido consideradas por la jurisprudencia laboral. Aunque deba advertirse de la versatilidad y ductilidad de estas manifestaciones y de que, en la mayoría de los casos, no se acepta su valor como indicio necesario e imprescindible si se consideran de forma aislada. De manera que el indicio puede no existir o estar muy debilitado pero no por este motivo deja de ser posible calificar la relación como laboral ya que esta carencia o debilidad puede quedar compensada, a juicio del tribunal, por otras manifestaciones que se consideran suficientes para contrapesar esa ausencia. Esto es, que esos síntomas pueden existir, y ser considerados decisivos, o no concurrir, y no obstante no volcar necesariamente la calificación hacia la autonomía o el trabajo por cuenta propia; o presentarse de manera muy matizada y servir sin embargo y pese a ello para decantar el juicio a favor de la laboralidad de la relación; o que, pese a probarse otros, contrarios a la laboralidad, no se concluya necesariamente que se trata de un trabajo por cuenta propia debido a otros síntomas de ajenidad o de dependencia que se entienden que anulan la trascendencia calificatoria de los primeros. Un enfoque, por tanto, absolutamente casuístico y siempre relativo, como lo ya ponía de manifiesto la STSJ de las Islas Baleares, de 30 de mayo de 1995 (AS/1995/1790) en un caso de especialistas en el tratamiento de información empresarial, siendo su trabajo la realización de informes de solvencia y de verificación de datos registrales.

2.2.1. En cuanto a la ajenidad

Uno de los síntomas más habituales de la ajenidad es la transferencia originaria, mediante el contrato de trabajo, de los frutos del trabajo que es, justamente, lo que implica el término salario en cuanto indicativo de que el trabajador no asume ni el riesgo ni la ventaja vinculados al resultado, a la utilidad o al beneficio patrimonial del fruto de su trabajo; lo que se materializa en que la compensación económica obtenida por el trabajador se establezca al margen de los beneficios que pueda obtener quien utiliza dicho trabajo (STS de 12 de febrero de 2008, RJ/2008/3473 y STS de 26 de noviembre de 2012, RJ/2013/1076).

Más concretamente, la ajenidad se aprecia en que el trabajo prestado se retribuye con independencia del resultado del mismo mediante una compensación económica fija de tipo periódico. Es el caso de las STS de 19 de julio de 2010, RJ/2010/713, para el supuesto de los profesionales de doblaje cuya retribución coincide con la prevista en el convenio colectivo; de la STS de 19 de febrero de

2014, RJ/2014/2075, respecto de un periodista tertuliano al que la emisora de radio abonaba una cantidad fija y periódica por su participación en un programa; de la STS de 26 de noviembre de 2013, RJ/2013/1076, en el supuesto de los peritos tasadores; de la STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015, AS/2015/1442, en relación con médicos oftalmólogos que trabajan en una clínica privada los cuales tienen garantizado por la clínica un mínimo retributivo según tarifa o en función de un coeficiente de los pacientes atendidos; de la STS de 22 de julio de 2008, RL/2008/7056, en el caso de profesores de enseñanzas no regladas cuya retribución se fija por hora de docencia impartida; o de un abogado que trabaja para un despacho de titularidad de otro, siendo retribuido mediante cantidades regulares, fijas y mensuales (STSJ de Cataluña, de 5 de diciembre de 2003, AS/2004/43).

De todas formas, también este criterio puede presentarse atenuado o no existir y, sin embargo, la prestación de servicios no por ello debe necesariamente entenderse como autónoma: es el caso de la prestación de servicios técnicos para un centro de arte e imagen (STS de 25 de marzo de 2013, RJ/2013/4757, donde se afirma que la inexistencia de un salario fijo tampoco es un dato decisivo para negar la condición de trabajador al afectado, y en el mismo sentido la STS de 19 de febrero de 2014, RJ/2014/2075). Aunque, en otros casos, la inexistencia de una retribución fija y periódica se considere un factor determinante, es verdad que junto a otros, del carácter autónomo del trabajo (STS 17 de junio de 2010, RJ/2010/2707, en relación con una maquilladora contratada por TVE). Y que también se acepte pese a todo que existe salario, y en consecuencia un síntoma de laboralidad, cuando la retribución se calcula en función de la actividad o del resultado como sucede en la STS de 26 de noviembre de 2012 (RJ/2013/1076) relativa a los peritos tasadores; en la STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015 (AS/2015/1442) sobre los médicos oftalmólogos, cuya laboralidad no queda afectada porque el salario se fije a comisión o incluso bajo la forma de iguala (en el mismo sentido la STS de 19 de noviembre de 2007, RJ/2008/1013, sobre el asunto Vitaldent); o cuando la remuneración se calcula conforme a un porcentaje del consumo de los clientes (STSJ de Galicia, de 3 de febrero de 2015, RJ/2015/53212, en el tema de las señoritas de alterne). Añadiendo la STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015 que se acaba de citar líneas antes que no existe ajenidad en el terreno de la retribución si los honorarios se calculan por actuaciones médicas y conforme a las tarifas corporativas, si los médicos cobran directamente de los clientes, sea en términos de honorarios por intervención o si se trata de igualas (ejemplo que también se utiliza en la STS de 19 de febrero de 2014, antes citada, sobre el periodista tertuliano).

Una referencia singular, muy habitual cuando se aborda la cuestión de la ajenidad en los beneficios del trabajo, es la que se hace al llamado “lucro especial”

(a él se refieren, entre otras muchas, las dos STS relativas a los peritos tasadores, ya mencionadas, de 26 de noviembre de 2012 y de 9 de julio de 2013), en el sentido de que, si existe, la prestación de servicios ha de entenderse realizada en régimen de autonomía. Sin embargo, apenas hay explicaciones acerca de en qué consiste tal lucro especial, dándose por sobreentendido su significado. En este sentido, cuando se habla de lucro especial parece estar haciéndose referencia a una ganancia particular y diferente a la que se obtiene mediante la prestación laboral, de forma que esa singularidad del lucro es lo que la convierte (o al menos colabora fuertemente a ello) en una prestación por cuenta propia. Partiendo, pues, del carácter lucrativo de todas las prestaciones que se analizan, en la medida en que todas persiguen la obtención de una ganancia económica, la diferencia se encuentra, sin embargo, en la distinta naturaleza de ese lucro: especial frente al normal que es como se califica, implícitamente, al que constituye la finalidad económica clásica de la prestación de trabajo asalariado en la que el lucro se concreta, justamente, en la obtención del salario a cambio del trabajo prestado. Un lucro prefijado y que no está sujeto a la vicisitudes de la inversión productiva hecha.

En cambio, el lucro especial es equivalente al lucro empresarial en el entendido de que el trabajador autónomo es, aun cuando carezca de trabajadores asalariados a su servicio (si los tuviera no se duda de esa condición de autónomo siempre que trabaje de forma personal y directa), una estructura empresarial y que, como tal, tiene la posibilidad de obtener ventajas económicas que se asocian al riesgo de empresa. De forma que el lucro especial es una manera de indicar que la ganancia que obtiene el trabajador es normalmente mayor que la que obtendría el trabajador asalariado, y ello en correspondencia con el riesgo que asume y que le puede suponer incluso que ese lucro no exista o que deba soportar pérdidas. El lucro especial es, por tanto, la recompensa por el riesgo, siendo diferente de las retribuciones salariales asociadas a la productividad o los resultados; y pone de manifiesto, cuando no existe, que no se participa en él, tanto en su versión positiva (mayores ganancias) como negativa (asunción de pérdidas). Esta idea del lucro especial como mayor margen de ganancias es lo que ha llevado a veces a la jurisprudencia a valorar como autónomo el trabajo de quien recibe una compensación económica particularmente elevada en comparación con lo que ganan trabajadores asalariados que realizan tareas semejantes pero en condiciones de subordinación o dependencia (así lo hace la STS de 25 de noviembre de 2012, RJ/2013/1076, en cuanto a los peritos tasadores; o los votos particulares de la STS de 19 de febrero de 2014, RJ/2014/2075, en relación con un periodista tertuliano).

Otra de las manifestaciones específicas de la ajenidad, expresiva de la asunción de la carga económica y de los riesgos de la actividad productiva es el dato de si la infraestructura y los medios y herramientas de trabajo pertenecen o

no al trabajador, considerando que si es así se trata de un trabajador autónomo. Es decir, el riesgo de la inversión productiva, inexistente para el trabajador cuando las herramientas de trabajo, sobre todo cuando tienen un coste de cierta relevancia, pertenece a quien encarga el trabajo y no a quien lo realiza. Así se establece en la STS de 19 de julio de 2010 en relación con los profesionales de doblaje; en la STS de 26 de noviembre de 2012 por lo que hace a los peritos tasadores, considerándolos trabajadores autónomos; en la STS de 25 de marzo de 2013 por lo que se refiere a un trabajador de un centro de artes de la imagen de la comunidad gallega; o, en fin, en la STSJ de Galicia, de 3 de febrero de 2015, por lo que respecta a las señoritas de alterne. Por el contrario, calificándola como autónoma por este motivo aunque entre otros factores (STS de 17 de junio de 2010) en el caso de la maquilladora de TVE. Aunque obviamente, la relevancia de este síntoma está en relación directa con el tipo, volumen y cantidad de los medios y de la infraestructura necesaria para desarrollar la actividad y con el valor económico de los mismos.

También se considera una expresión relevante de la ajenidad, la que se suele denominar como ajenidad en el mercado¹¹. Hace referencia al hecho de que el trabajador no se relaciona directamente, en el plano comercial, con los compradores o clientes de los bienes y de los servicios a los que ese trabajo se incorpora, sino que es la empresa que contrata tales servicios quien lo hace, al haberlos adquirido a un precio previamente pactado. El contrato se convierte entonces en el instrumento de adquisición originaria de los frutos del trabajo, convirtiéndolo, junto con el trabajo acumulado de otros trabajadores, a un mercado de bienes y servicios en el que la empresa oferente recupera dicho gasto además del margen de beneficio empresarial consecuencia directa de la productividad o del rendimiento de la inversión realizada, actuando la empresa como intermediaria entre el trabajador y clientes, compradores o consumidores. Esta forzosa o aceptada intermediación implica que es la empresa receptora de los servicios la que toma decisiones, sustraídas al trabajador, como la selección de los clientes y la fijación de precios o tarifas; o la establece una relación directa con el público, excluyendo al trabajador que, a estos efectos, puede permanecer en un total anonimato.

Así lo establecen como fundamento de sus decisiones las STS de 26 de noviembre de 2012 sobre peritos tasadores, de 19 de febrero de 2014, sobre el periodista tertuliano, la STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015, sobre los médicos oftalmólogos, la STS de 22 de julio de 2008, en el caso de profesores de enseñanzas no regladas respecto de los cuales es la entidad formativa la que

¹¹ ALARCÓN CARACUEL, M.R. “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”. *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 28/1986, pp. 499 y ss.

dispone de la organización académica necesaria y la que oferta los cursos al público cobrando el precio directamente de los clientes, o la STSJ de Cataluña, de 5 de diciembre de 2003, en el caso de una prestación de trabajo de un abogado a un despacho profesional, donde la oferta del servicio del trabajador se hacía en el contexto del despacho y de su publicidad y el trabajador se relacionaba con los clientes no como abogado independiente sino formando parte del mismo.

A efectos conclusivos, como señala la STS antes mencionada de 26 de noviembre de 2012, con afirmaciones que recoge de otras anteriores que cita y que también las posteriores reiteran: “...son indicios comunes de la nota de la ajenidad, 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 de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de las personas a atender, el carácter fijo y periódico de la remuneración del trabajo; y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracteriza la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones...”.

En consecuencia, no habrá ajenidad sino trabajo por cuenta propia si existe asunción del riesgo por parte del trabajador, si hay participación directa del mismo en el beneficio económico de la actividad, si existe una oferta directa de los servicios a una serie indeterminada de clientes o consumidores eliminando la intermediación empresarial, o si, como se verá ahora en el contexto de la dependencia, la estructura productiva en la que el trabajo se inserta es propia y no está bajo el control de otro¹².

2.2.2. Respecto de la dependencia

Como se ha dicho ya, la dependencia puede considerarse como una manifestación más de la ajenidad, en este caso, respecto de la organización productiva a la que se incorpora el trabajo que es titularidad de otro; lo que significa que el trabajo se realiza en las condiciones establecidas por ese otro que recibe el esfuerzo laboral. Sin embargo, el hecho de que el art. 1.1 ET la establezca como un rasgo diferenciador justifica su tratamiento separado como, por otra parte, es habitual en la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido, la misma STS de 26 de noviembre de 2012 que se acaba de citar enumera también los que califica como indicios comunes de dependencia, mencionando los siguientes: “...

¹² Acerca de estos indicios GÓMEZ CABALLERO, cit. pp. 24 a 29 y SELMA PEÑALVA, A. *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 129-157.

la asistencia al centro de trabajo 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 y sustituciones, la inserción del trabajador en la organización del trabajo del empleador o empresario que se encarga de programar su actividad y, reverso de lo anterior, la ausencia de una organización empresarial propia del trabajador”.

De la misma forma como se ha operado en cuanto a la ajenidad, es adecuado hacer un repertorio algo más desarrollado de este conjunto de manifestaciones o síntomas de la dependencia teniendo en cuenta las mismas sentencias que se han manejado en el apartado anterior ya que constituyen un conjunto de resoluciones judiciales suficientemente representativas de las posiciones jurisprudenciales. Aunque hay que advertir que, como en relación con la ajenidad y puede que con mayor intensidad, tiene lugar en cuanto a la dependencia una fuerte relativización de sus manifestaciones. De modo que tanto pueden no existir algunas de las consideradas básicas, como presentarse de forma particular o atenuada debido a las peculiaridades del trabajo de que se trate. De manera que puede decirse que, cuando las características de la forma de prestar el trabajo no implican necesariamente ninguna singularidad en relación con la dependencia, ésta debe manifestarse con plena intensidad a través de sus síntomas habituales. Pero, cuando el trabajo no hace factible esas expresiones, se acepta, so pena de calificarlo siempre por el contrario como autónomo, que la dependencia se manifieste de forma debilitada o singular. En esta línea debe subrayarse que la forma como la mayoría de las resoluciones judiciales entiende que existe dependencia en la medida en que el trabajador está adscrito, sometido o dentro del “círculo rector y disciplinario del empresario” (STS de 27 de diciembre de 1999, RJ/2000/1427, y de 26 de noviembre de 2012). Una forma de definir la dependencia que, por su amplitud, generalidad y labilidad, corre el riesgo de carecer de cualquier utilidad clasificatoria y requerir precisiones. Que son las que a continuación se incluyen.

Una de las manifestaciones clásicas de la dependencia es la sujeción a horario concreto, sea impuesto por la norma o el acuerdo colectivo, sea por el contrato, y mucho más si es de forma unilateral por parte del empresario. En este sentido hay dependencia si existe un horario como lo indican la STS de 19 de febrero de 2014, respecto del tertuliano radiofónico que participa en el programa en los días y horas fijados por la emisora, aunque exista una cierta flexibilidad y no esté fijado el tiempo de las vacaciones; la STSJ de Galicia del País Vasco de 16 de abril de 2015, en el caso de los oftalmólogos que prestan sus servicios en el espacio horario determinado por la clínica; la STSJ de Galicia, de 3 de febrero de 2015, en el supuesto de las señoritas de alterne, que deben estar presente en el centro de trabajo durante unas determinadas horas; la STS de 26 de noviembre de 2012, si

hay obligación de justificar las ausencias, siendo la empresa la que organiza los descansos y las vacaciones; o la STSJ de Cataluña, de 5 de diciembre de 2003, en la que se constata que el abogado que presta su trabajo a través de un despacho profesional carecía de autonomía no sólo para elegir los clientes (manifestación de ajenidad) sino para fijar los horarios, estando sujeto a la obligación de realizar guardias, disfrutando de un mes de vacaciones retribuidas. Y no hay dependencia si ese horario no existe o si no hay fijación de jornada ni vacaciones o si el tiempo de éstas se elige por el propio trabajador (STS de 26 de noviembre de 2012 y de 9 de julio de 2013, en relación con los peritos tasadores).

Otra manifestación de la dependencia es la realización del trabajo en el lugar designado por la empresa, sea en sus propias instalaciones o fuera de ellas (como lo declaran las STS de 19 de julio de 2010 para el caso de los profesionales del doblaje); aunque, en virtud de las tecnologías de la información y de la comunicación, puedan igualmente realizar su tarea desde su domicilio o en el lugar elegido por el trabajador remitiéndose obviamente al llamado trabajo a distancia regulado por el art. 13 del ET (en similar sentido las STS de 26 de noviembre de 2012 y de 19 de febrero de 2014 y la STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015). La STSJ de Galicia de 3 de febrero de 2015 subraya por su parte, en relación con las señoritas de alterne, la relevancia calificadoria del lugar de trabajo impuesto por el empresario en el sentido de apreciar la dependencia en el hecho de que las trabajadoras deban acudir al club, adonde son trasladadas por el empresario, club que es su lugar de trabajo y en el que, además, tienen a su disposición medios de trabajo como taquillas, la música o el servicio de bebidas. En otros casos, el hecho de tener que acudir al centro de trabajo de la empresa para reuniones informativas y de programación del trabajo (STS de 9 de julio de 2013). Aunque, a veces, según el tipo de trabajo, su desempeño en las instalaciones de la empresa deriva de su propia naturaleza y del tipo de servicio de que se trate (STS de 17 de junio de 2010, en relación con la maquilladora contratada por TVE que ha de prestar su trabajo necesariamente en las instalaciones de la empresa) sin que de ello se derive necesariamente el carácter asalariado de la trabajadora. Por el contrario, son indicadores de autonomía el que el trabajador pueda realizar su trabajo en el lugar que estime conveniente y efectuarlo con entera libertad organizativa, si bien, como se ha señalado, la aplicación de las tecnologías digitales hace que esta manifestación de la dependencia haya perdido relevancia en relación con ciertas actividades cada vez más numerosas que pueden hacerse en el lugar elegido por el trabajador.

La sujeción directa a órdenes e instrucciones por parte del empresario o de las personas en las que éste delega es también una expresión de la dependencia (característica que concurre en el trabajo de los profesionales de doblaje que están sometidos a las órdenes del director de doblaje, STS de 19 de julio de 2010). Como

también lo es la asignación de zonas concretas de actuación, el envío telemático de órdenes e instrucciones, el señalamiento diario de encargos o la obligación de seguir las indicaciones de la empresa (STS de 26 de noviembre de 2012, respecto de los peritos tasadores); el someterse a las órdenes del director del programa radiofónico, fijando la empresa los temas de debate respecto de los que ha de tener lugar la intervención del tertuliano radiofónico (STS de 19 de febrero de 2014); o el que el trabajador esté sometido y obligado a obedecer órdenes directas del titular del centro (STSJ de Galicia de 3 de febrero de 2015). Sujeción a las órdenes que hace que el trabajador no tenga libertad para aceptar o rechazar los encargos (STS de 26 de noviembre de 2012, STS de 19 de febrero de 2014, STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015 y de Cataluña, de 5 de diciembre de 2003). También expresa subordinación el hecho de realizar los informes conforme a las estrictas y rigurosas indicaciones de la empresa, efectuarlos mediante un específico programa informático proporcionado por la empresa siendo ésta la que adiestró a los trabajadores para su uso, la fiscalización y control de la actuación, la fijación de plazos para la evacuación de informes y la asignación de zonas geográficas concretas, todo lo cual hacía que los trabajadores tuvieran una autonomía muy relativa, actuando bajo el poder de organización y dirección de la empresa (STSJ de Islas Baleares, de 30 de mayo de 1995, AS/1995/1790).

Esta sujeción al poder de dirección y de organización empresarial no es incompatible con la independencia técnica debida al obligado respeto por parte del empresario de la *lex artis* del oficio, o por razones vinculadas a las exigencias deontológicas, máxime cuando la tarea requiere determinadas competencias profesionales de carácter cualificado (el caso, por ejemplo, de unos profesores de enseñanzas no regladas, quienes tenía libertad para elaborar el contenido de los cursos, impartir la docencia conforme a sus criterios metodológicos y para evaluar a los alumnos, STS de 22 de julio de 2008). Pero se pone de manifiesto en la determinación del método de trabajo, en la programación de la actividad del trabajador (lo que expresa su inserción en la organización productiva empresarial y en la ausencia de una organización propia), en la sujeción a vigilancia directa, en el control de los resultados, en la supervisión del trabajo o en el sometimiento al poder disciplinario de la empresa (STS de 26 de noviembre de 2012 y de 19 de febrero de 2014 y STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015). Una dependencia que no existe cuando la empresa se limita a dar indicaciones generales necesarias para la determinación del trabajo que se contrata (STS de 17 de junio de 2010), o se limita a imponer modelos e instrucciones para la realización de los informes (STS de 9 de julio de 2013).

Finalmente, son síntomas que ponen de manifiesto la existencia de dependencia el que el trabajador lo haga en exclusiva para la empresa, aunque, en realidad, la exclusividad cualifica la tarea como dependiente pero no la hace

necesariamente autónoma si no existe (STS de 19 de julio de 2010, STS de 19 de febrero de 2014 y STSJ de Cataluña de 5 de diciembre de 2003); si se trata de una prestación personalísima que sólo se cumple cuando es el trabajador contratado el que la realiza sin que sea posible su sustitución, aunque ésta no obstante quepa en supuestos excepcionales (el caso de los peritos tasadores, STS de 26 de noviembre de 2012; el de los oftalmólogos, STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015; o el ya clásico de las tareas de limpieza en beneficio de una comunidad de propietarios). Si bien, cuando esta sustitución queda al libre arbitrio del trabajador, la balanza se decanta hacia el lado del trabajo autónomo (STS de 17 de junio de 2010, respecto de la maquilladora de TVE). Finalmente, como ya se ha indicado, el que el trabajo se facture a través de determinado tipo de sociedad de carácter frecuentemente unipersonal no convierte necesariamente al trabajo en uno de tipo autónomo (STS de 19 de febrero de 2014 y STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015).

En resumen. Existirá dependencia cuando haya sujeción a un horario concreto que especifica el tiempo de puesta a disposición del trabajador durante el cual el esfuerzo laboral realizado no le pertenece ni siquiera en cuanto a la forma de desarrollarlo o aplicarlo, plasmándose la dependencia en la entrega del propio tiempo y del trabajo realizado durante él. O también se apreciará en la obligación de acudir a un concreto lugar de trabajo, durante la jornada, precisamente donde la empresa ha establecido su organización productiva, no pudiendo decidir el trabajador el espacio físico donde debe cumplir su prestación. Y, como complemento de lo anterior, se detectará la dependencia en el deber de someterse, a las órdenes del empresario, tanto en lo que se refiere a reglas generales de trabajo como a instrucciones concretas respecto de las tareas a desarrollar; o en el hecho de quedar sujeto a mecanismos de supervisión y control de quien contrata y retribuye el trabajo; o, en fin, en su sujeción a las medidas disciplinarias de corrección del cumplimiento que la empresa puede imponerle, de forma directa e inmediatamente ejecutiva.

Y, de la misma forma que respecto de la ajenidad, serán indicios contrarios de autonomía, aunque no decisivos cada uno de ellos por sí mismos, si el trabajo se hace sin un horario predeterminado quedando a la discreción del trabajador su fijación que es, en todo caso, una fijación autónoma; si éste también decide libremente el lugar donde realizar la tarea contratada; si, lejos de una intromisión organizativa particularmente intensa mediante órdenes e instrucciones concretas, quien encarga el trabajo sólo tiene la facultad de establecer, mediante el contrato pero no a lo largo del desarrollo de la relación, indicaciones generales que responden a la necesidad de precisar, más por el resultado que por la actividad, lo que se espera del trabajador; o, en fin, si la única reacción contractual que está a disposición del comitente en los casos de incumplimiento o de frustración del

objeto del contrato es la de la rescisión o resolución del mismo por permanecer el trabajador al margen de lo que se ha denominado como el círculo rector y disciplinario de la empresa¹³

De cualquier modo hay que recordar, entre otras muchas, lo dicho por la STS de 8 de octubre de 1992 (RJ/1992/7622) la cual ya establecía que: “...*en el actual sistema productivo, caracterizado por una gran variedad de prestaciones de servicios, esta nota no se manifiesta necesariamente a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar o modo de realización del trabajo, como jornada u horario preestablecido, puesto de trabajo en fábrica u oficina, ordenación y control continuos, etc., sino que se refleja también en otros aspectos de la ejecución del trabajo que están en función del tipo de trabajo prestado en cada caso...*”.

Es decir, que la dependencia puede manifestarse igualmente a través de otros indicios adecuados al tipo de actividad y, en consecuencia, los llamados clásicos pueden no existir en absoluto o estar muy debilitados al haber sido sustituidos por otros más adaptados a las nuevas y diferentes formas de trabajo, habiendo sufrido un constante y significativo proceso de depreciación. Esto es así quizá porque, mientras la ajenidad se remite a conceptos abstractos (beneficio, pérdida, riesgo, lucro especial, control de la organización productiva) que soportan mejor la adaptación a las nuevas y cambiantes formas de trabajo, los de la dependencia se conectan más con hechos (tener un horario y un lugar fijado de trabajo, estar permanentemente sometido a las órdenes e instrucciones del empresario, sometido a supervisión, control y sanciones). Y, en cuanto se trata de hechos estrechamente vinculados a la forma, diríamos física, de prestar el trabajo, en la medida en que ésta cambia fácticamente, los síntomas tradicionales de la dependencia dejan de tener valor.

Esto es lo que viene sucediendo desde hace tiempo habiendo culminado en la frase-resumen del TS, tantas veces repetida, entendiendo la dependencia, como “encontrarse el trabajador en el círculo rector y disciplinario de la empresa”¹⁴. Lo que, si bien se piensa, vuelve a llevar a la dependencia desde el que se ha calificado como tercer escalón de los indicios al segundo de las manifestaciones generales de la dependencia. Pero de un modo en el que, a diferencia que con la ajenidad, los indicios tradicionales de lo que hemos calificado como tercer escalón interpretativo manifiestan, por su prescindibilidad, una práctica renuncia a su papel calificador en supuestos dudosos. Algo que no sucede con la ajenidad que ha soportado mejor los cambios de las estructuras productivas y de las formas de trabajo.

¹³ GÓMEZ CABALLERO, cit. pp. 24 a 29 y SELMA PEÑALVA, cit. pp. 129-157.

¹⁴ Señala la STSJ de Asturias, de 15 de julio de 2011 (AS/2011/2742): “...*en definitiva, la dependencia es un concepto relativamente vago, en cuanto debe entenderse en sentido amplio y flexible, no sujeto a la aplicación de criterios rígidos...*”.

2.3. Algunas conclusiones metodológicas

Teniendo en cuenta lo descrito a lo largo de las páginas que anteceden, es posible obtener una serie de conclusiones metodológicas acerca de la forma cómo ha de afrontarse la tarea de calificar una relación de prestación de servicios, si laboral o autónoma en el contexto específico de los trabajos que se realizan en relación con las empresas tecnológicas que gestionan las plataformas informáticas.

En primer lugar, que los criterios que han de manejarse son, por imposición legal, los de ajenidad y dependencia, si bien interpretados de forma muy flexible a través de sus manifestaciones genéricas (las diversas dimensiones de la ajenidad, por ejemplo) y específicas (la forma en que cada una de esas dimensiones suele manifestarse). Unas manifestaciones que, constituyendo un corpus bastante consolidado, pueden perder virtualidad o ser sustituidas por otras nuevas como consecuencia de los cambios en la forma de trabajar que la prestación del trabajo con la mediación de las plataformas informáticas simbolizan de manera muy significativa. Lo que obliga a explorar en esas nuevas o transformadas formas de trabajo en qué medida la esencia de los criterios delimitadores se expresa y a través de qué síntomas propios. Es decir, que identificándose la ajenidad y la dependencia por sus manifestaciones, éstas ni son siempre las mismas, ni se evidencian siempre con la misma nitidez, ni tienen siempre el mismo peso, por lo que es atendiendo a las características del trabajo como han de descubrirse cuáles son en él los ejemplos propios de ajenidad y dependencia, y en qué medida y con qué intensidad los reflejan.

En segundo lugar, que todo el esfuerzo de concreción que se contiene en el párrafo anterior sólo lleva a una acumulación de indicios, con su propia valoración separada, que luego han de juzgarse de forma conjunta, derivando de ello una conclusión, siempre aproximativa, en la que los factores de subjetividad juegan un papel relevante. Tanto en el proceso de identificación de los indicadores de ajenidad y dependencia, como en la valoración de cada uno de ellos, cuanto en la asignación de un peso global al conjunto, que ha de contrastarse con los resultados de una operación interpretativa paralela en cuanto a los indicadores de autonomía que justamente niegan la laboralidad. Al final el juicio es uno de ponderación en el que vence el conjunto de indicios que más parecen decantar la calificación hacia uno u otro lado. Sin que ello haga imposible que, al final, la calificación se establezca exclusivamente por uno o dos indicios de los posibles que, a juicio del intérprete, tiene la potencia suficiente como para eximir la presencia de otros o para anular a los contrarios.

En tercer lugar, que toda la operación interpretativa anterior se realiza sobre un substrato no explicitado pero presente cual es la relevancia que se conceda al papel, aún hoy protector, de la norma laboral o a la conveniencia de un marco de

prestación de servicios más liberalizado, abierto a actividades autónomas (el moderno emprendimiento) donde la opción personal, el margen de autonomía que se quiera asumir y el acuerdo individual sean criterios a tener en cuenta en la adscripción de una prestación de servicios a un ámbito u otro. En definitiva, un contexto en el que la huida del Derecho del Trabajo no sea algo vergonzante e ilícito sino una legítima opción personal y empresarial, o incluso social. Aceptado esto es claro que la operación interpretativa de clasificación de los servicios prestados no estará ya guiada por una tensión expansiva de las normas laborales sino por otra lógica más cercana a los valores empresariales de flexibilidad, productividad, rendimiento y beneficio económico¹⁵. Una reflexión que se mezcla con la que se relaciona con la trascendencia que quiera atribuirse a la debilidad contractual de los trabajadores, haciendo referencia no sólo a los trabajadores asalariados sino también a los propios trabajadores autónomos.

3. LOS CRITERIOS DELIMITADORES EN RELACIÓN CON LAS ACTIVIDADES PROFESIONALES REALIZADAS A TRAVÉS DE LAS PLATAFORMAS INFORMÁTICAS

La problemática interpretativa que se ha descrito hace referencia a la totalidad de los trabajos personales que se realizan a cambio de una retribución. Pero es indudable que sólo alcanza intensidad cuando los criterios e indicios anteriores se confrontan con prestaciones de servicios en las que los signos típicos de ajenidad y dependencia no existen y no pueden, por tanto, proporcionar una respuesta segura e indubitada. Lo anterior no debe llevar a ignorar que en una gran cantidad de trabajos, todavía mayoritarios, no se plantea duda alguna ya que en ellos casi todos los indicios anteriores pueden detectarse con mayor o menor facilidad llevando de forma natural a una calificación que no se discute. Aunque en muchos de ellos se hayan producido importantes cambios en la forma de organizar el trabajo y se hayan incorporado tecnologías digitales como sucede, por ejemplo, con el teletrabajo y con el recurso a las herramientas y plataformas informáticas. Así acontece, por ejemplo, en muchos servicios de instalación, revisión, mante-

¹⁵ Un debate de fondo que adquiere relevancia si se tiene en cuenta que, en las nuevas manifestaciones de la actividad de prestación de servicios lindante con la autonomía, muchos de los que los realizan pertenecen al llamado mercado de trabajo secundario, fuertemente caracterizado por la precariedad y las deficientes condiciones de trabajo, e integrado fundamentalmente por trabajadores temporales, trabajadores a tiempo parcial, desempleados, discapacitados, jóvenes, mujeres, emigrantes, personas en situación de marginalidad o de exclusión social, prejubilados, teletrabajadores, etc. De forma que la propuesta de un tercer género intermedio puede funcionar, y éste es su riesgo, como la consolidación de peores condiciones de trabajo para personas que, en otro caso y en muchas ocasiones, serían calificados como asalariados y, en consecuencia, protegidos de forma más amplia por las normas laborales.

nimiento, de moderación de páginas web, de atención a clientes, de mensajería o de entrega de productos en los que la conexión del trabajador con la empresa se realiza a través de estas plataformas, haciendo innecesaria la presencia física en el centro de trabajo, que puede incluso no existir como tal, y sirviendo como soporte a las comunicaciones de todo tipo de carácter bidireccional entre empresa y trabajador y mediante la cual se imparten órdenes e instrucciones, se asignan trabajos, se establecen itinerarios, se alteran los encargos o, en ocasiones, se recibe el pago de los servicios por el cliente a la vez que el trabajador pone en conocimiento de la empresa las diversas incidencias del trabajo así como los partes de finalización de las tareas y sus características concretas.

Pero es indudable que el uso productivo, y con una intensidad cada vez más frecuente, de las plataformas informáticas introduce factores de inseguridad en el proceso de calificación de los trabajos en la medida en que sus características de funcionamiento afectan de forma determinante al modo de trabajar y, en consecuencia, a las maneras de manifestarse la ajenidad y la dependencia¹⁶. Con ello, por ejemplo, se favorece la virtualización como contraposición a la presencia física en el desempeño del trabajo con lo que supone de ausencia control y supervisión tradicional que ahora puede sustituirse por un tipo de control más sofisticado, operado precisamente a través de tales aplicaciones. También se incentiva la flexibilización en cuanto al momento y al tiempo de la prestación frente a horarios fijos y regulares, y la descomposición, que también se califica de molecularización, de los servicios, dotando a los mismos de una apariencia de

¹⁶ Esto es así en la medida en que las plataformas informáticas son sistemas dotados tanto de una arquitectura de hardware o elementos físicos como de herramientas de software mediante las que es posible procesar y almacenar la información así como ejecutar programas y aplicaciones diseñados para facilitar la realización de una serie de tareas cuyas características son basarse en el conocimiento y en la información, utilizada y transmitida a una altísima velocidad. Su uso masivo hace que coordenadas como el lugar y tiempo de trabajo y la sumisión física a órdenes e instrucciones dejen de tener relevancia, sustituidas por el control de la oferta y del producto del trabajo y por una intensa organización y coordinación de la actividad que se ejerce por la empresa tecnológica. Por eso, la STSJ de Asturias, de 15 de julio de 2011 (AS/2011/2742), en relación con un trabajo de moderación on line de una página web de un hotel que había creado un espacio virtual para la interacción de los clientes, señala, en relación con los indicios de ajenidad o de dependencia que “... muchos de tales indicios sirven como criterios orientativos, pero no con un carácter determinante o excluyente de la relación laboral, pues dentro del concepto de relación laboral pueden tener cabida otras novedosas manifestaciones de trabajo que difieren de las tradicionales y que son debidas a la incidencia de las nuevas tecnologías que pueden dar lugar a una actividad laboral prestada mediante el uso fundamentalmente de instrumentos informáticos o de telecomunicaciones, de tal forma que la prestación de trabajo se realiza desde un lugar distinto del centro de trabajo o unidad productiva de la empresa, e incluso el horario laboral pasa a ser una figura de contornos más difusos hasta en ocasiones inexistente, pero en cuya relación, en cualquier caso, las prestaciones son las mismas que si el trabajo fuera presencial, al asimilarse la presencia física a la presencia virtual”.

autonomía y haciendo derivar la retribución hacia una compensación económica por resultado y no por tiempo de trabajo. De la misma forma, las plataformas informáticas facilitan, en muchos casos de forma inequitativa, el desplazamiento del riesgo de la empresa perceptora de los bienes y servicios que luego ofrece al mercado hacia el prestador de los mismos a los que, en virtud de la mayor independencia de que disfrutan, frecuentemente sólo teórica, se obliga a asumir costes, inversiones, gastos y posibles pérdidas como contrapartida, a la igualmente teórica, posibilidad de participar en los beneficios o de la utilidad patrimonial de la actividad en mayor medida que si se fijara un salario.

3.1. La variedad de plataformas informáticas que articulan prestaciones de servicios

Antes de emprender la tarea reconstructiva de los criterios delimitadores entre trabajo asalariado y trabajo autónomo, hay que indicar que, dentro de la economía colaborativa (también llamada *sharing economy*, economía digital, o economía 4.0), que se apoya en el uso intensivo de plataformas informáticas, existen diversas modalidades¹⁷. Ya se ha hablado antes de la economía colaborativa de consumo o consumo colaborativo y participativo en sentido estricto¹⁸, donde la

¹⁷ Sobre estas variedades puede verse, ÁLVAREZ CUESTA, H. “La prevención de riesgos psicosociales en la economía colaborativa: los e-nómadas”, en el volumen *Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores*, Edit. Bomarzo, 2017, pp. 56-58. También la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Una agenda europea para la economía colaborativa” (SWD /2016) 184 final) y PÁRAMO MONTERO, P. “Las nuevas formas emergentes de trabajo, Especial referencia a la economía colaborativa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 128/2017, pp. 183 y ss.

¹⁸ A este respecto puede consultarse el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (2014/C 177/01), donde, haciendo referencia a valores como la ecología, la lucha contra el hiperconsumo, el despilfarro y la infrautilización de los bienes y recursos, el acceso de los menos favorecidos a determinados bienes, y, en general, a la participación y la colaboración entre ciudadanos, se incentiva este tipo de consumo como una manera de compartir, intercambiar, prestar y regalar bienes y servicios a través de la tecnología moderna y las comunidades digitales. El documento recoge un abanico de manifestaciones de este tipo de consumo en relación, por ejemplo, con la movilidad (*carsharing*: alquiler y uso compartido de vehículos, taxis, bicicletas y plazas de aparcamiento; *carpooling*: rellenar asientos vacíos de coches con otros pasajeros que vayan en la misma dirección), con la eficiencia energética (uso compartido de equipamiento doméstico y de herramientas), con la habitabilidad y los espacios de cultivo (uso compartido de viviendas y de huertos urbanos y rurales), con los negocios (*coworking* o compartir locales para oficina), con la cultura (*bookcrossing* y trueque de libros, promoción de intercambios culturales de jóvenes de diferentes países), con la educación (comunidades digitales para aprender idiomas), con el tiempo y las habilidades (bancos de tiempo), con la alimentación (compartoplato y *shareyourmeal*), con el ocio (compartir contenidos digitalizados y archivos, *peer to peer*), con las finanzas (*crowdfunding* o financiación colectiva,), con el turismo (experiencias gastronómicas en casas particulares), o, en fin, con el arte (mercadillos de intercambio y regalo de ropa y objetos para niños, reparación y

ausencia de una finalidad lucrativa o de obtención de una recompensa o beneficio económico excluye todas estas actividades tanto del ámbito del trabajo asalariado como del trabajo autónomo e incluso de la misma actividad empresarial¹⁹.

Junto a este consumo colaborativo, también se apoyan en plataformas informáticas otras actividades en las que, de una parte, el vendedor de bienes o el prestador de servicios persigue una evidente finalidad económica (obtener una retribución por el servicio o un pago por los bienes que proporciona), si bien la plataforma no tiene otra función, que en sí misma es una actividad de negocio, que la de poner en contacto a proveedores y consumidores o clientes, percibiendo una comisión o precio por el servicio que presta. En estos casos tampoco se plantean problemas de calificación desde la perspectiva que se está analizando aquí ya que el servicio se realiza por proveedor al cliente de forma directa y la plataforma se limita a ponerlos en contacto funcionando solamente como intermediaria aunque para ello pueda establecer, como es lógico, determinadas exigencias a los ofertantes de los servicios como una manera de garantizar la imagen de fiabilidad y la confianza en la propia plataforma (lo que constituye la base de su negocio), y cobrar un precio por la prestación de esa tarea de puesta en relación entre prestadores y usuarios.

Como en el caso anterior, esta intermediación puede funcionar respecto de una amplia diversidad de bienes y servicios como en lo que se refiere al alojamiento (*airbnb*, alquiler de viviendas o de parte de ellas), el transporte (*bluemore*, plataformas para el alquiler de coches; *getaround* o *relay rides*, para el alquiler de coches entre particulares, *blablacar*, para compartir gastos de viaje), el vestido (*therup*, para la compraventa de ropa de segunda mano), la financiación (*lendingclub*, *crowlending*, *kickstarter*, *verkami*), préstamos entre

reciclaje de objetos). En todas estas manifestaciones lo característico es que no existe una finalidad lucrativa más allá del ahorro de costes o del hecho de compartir gastos, del intercambio no monetizado o de la puesta en común de bienes, objetos o habilidades sin pretensión alguna de beneficio económico directo.

¹⁹ Solo si, bajo la apariencia de un consumo colaborativo, quienes individualmente participan buscan un beneficio económico (por ejemplo, en el caso de compartir gastos de transporte, si el titular del vehículo desplaza el total del coste del mismo hacia quienes en teoría lo comparten con él, obteniendo un beneficio económico y no sólo un ahorro de gastos) es cuando el servicio de transporte invade otras esferas de la actividad económica debiendo, normalmente, calificarse como autónoma ya que el conductor ha establecido una pequeña organización productiva en la que el trabajo personal y la puesta a disposición del vehículo como medio de trabajo son las herramientas centrales. Y, en consecuencia, sin que se planteen dudas acerca de la calificación jurídica de los servicios, con independencia de los problemas que puedan suscitarse respecto de su tratamiento administrativo (la cuestión de las licencias de transporte) o fiscal (la tributación de los ingresos así obtenidos como trabajador autónomo); o del impacto que a estos efectos, o incluso de la aplicación de la LETA, tenga la marginalidad o excepcionalidad de esos servicios respecto de un desempeño permanente y continuado, propiamente profesionalizado de ellos.

particulares (*crowdfunding for crowdbenefit*), las actividades bancarias (*kantox*, para el préstamo de divisas entre empresas), viajes (*hipmunk*), la reparación de aparatos electrónicos, la limpieza y las tareas del hogar u otras semejantes (*getyourhero*, *zarli*), la educación (*sharing academy*), o el cuidado de perros en el domicilio a cambio de una compensación económica por horas (*dogvacay*) entre otras muchas²⁰.

Cuando la plataforma actúa meramente como intermediaria (por decirlo de forma coloquial, como una página amarilla aunque especializada, más eficiente, mejor organizada y con un grado de intervención en el proceso algo más relevante que la mera información comercial) tampoco se plantean problemas de calificación de los trabajos realizados por los prestadores de servicios a los clientes o usuarios ya que, desde la perspectiva de éstos, se trata de trabajo puntuales o aislados que se retribuyen por un determinado precio, y, desde la perspectiva del proveedor del servicio, es una actividad que, sea marginal o aislada o sea profesionalizada y permanente, puede calificarse, si es retribuida, como equivalente a la del trabajador autónomo. Así es como el proveedor se presenta en el mercado de bienes y servicios con el que se relaciona directamente si bien utilizando el apoyo, en términos de gestión de la oferta, que le proporciona la plataforma, siendo absolutamente independiente en cuanto a la organización del servicio, sus condiciones y el precio que requieren a los consumidores, controlando su propia actividad y el tiempo de disposición, asumiendo la inversión y los costes necesarios para desarrollarla y pudiendo aceptar o rechazar libremente la solicitud del cliente. El que la plataforma, como se ha dicho antes, exija ciertas condiciones mínimas para incluir al proveedor en su oferta como garantía de su solvencia, aptitud y adecuación, y el que el pago del servicio se haga a través de la propia plataforma que luego, reteniendo una parte de dicho precio como compensación por el servicio prestado, lo abona al proveedor, no son elementos lo suficientemente significativos como para excluir la naturaleza autónoma de la actividad.

Otras dimensiones, como se ha señalado para el consumo colaborativo en sentido estricto, como la legal, administrativa, fiscal o económica de tales plataformas son irrelevantes en relación con la calificación como laboral o no de esas actividades. Lo que hace singular a este tipo de organización de la prestación de servicios es la enorme potencialidad de las plataformas informáticas para conectar a un número ilimitado de posibles proveedores que dirigen su oferta de servicios a un número igualmente indeterminado de posibles clientes (de aquí la utilización habitual del término *crowd*: multitud) y el hecho de que los servicios contratados son para actividades muy específicas y concretas. Por eso también el uso de la expresión *gigeconomy* o economía de los pequeños encargos o de las

²⁰ GINÉS i FABRELLAS y GÁLVEZ DURÁN. cit. p.5

pequeñas cosas, esto es la molecularización de que se hablaba páginas antes, que implica una relación contractual puntual, de corta duración, para la obtención de un servicio muy concreto que se retribuye con una cantidad a tanto alzado previamente pactada por las partes. Lo que es el escenario clásico del trabajo autónomo²¹.

La cuestión, no obstante, se complica, en lo que aquí interesa, cuando la empresa tecnológica titular de la plataforma informática, más allá de realizar una función de mera intermediaria, adquiere un protagonismo especial transformando una relación que es bilateral entre proveedor del servicio y cliente en otra de carácter triangular o, mejor, igualmente bilateral pero entablada entre la propia plataforma y el cliente. De modo que la plataforma desplaza al proveedor, que se relaciona, y ya no solo se conecta, con el cliente justamente a través de la plataforma cuyas facultades de determinación de la prestación en sí y de las condiciones en las que se realiza el trabajo se amplían extraordinariamente. No hay mejor plasmación del criterio de la ajenidad en el mercado del que se ha hablado anteriormente que esta ampliación de las facultades de la empresa que gestiona la plataforma ya que muchas de ellas, que se añaden a la de mera intermediación, dan cuerpo a la presencia de la plataforma que, finalmente, se interpone entre el cliente y el trabajador, asumiendo funciones que desplazan al proveedor del servicio hacia un lugar secundario, inserto en la estructura productiva que la plataforma ha diseñado en sus elementos esenciales, y que ella misma ofrece de forma directa al cliente, con características que poco espacio dejan a la autonomía del prestador del servicio. Justamente lo que se plantea con algunas plataformas informáticas que simbolizan este tercer tipo de la, mal llamada, economía colaborativa como son, entre otras, *uber.com*, *care.com*, *postmate.com*, *deliveroo.es*,

²¹ Sólo si la plataforma actuara, sin mayor grado de implicación como tal, como proveedora de trabajadores que presten servicios permanentes o estables para un cliente concreto podría suscitarse, pero es otro tipo de problema diferente de los que se analizan aquí, si en realidad está actuando como una agencia de empleo o, incluso, como una empresa de trabajo temporal encubierta ya que, al estabilizarse la prestación del servicio a un mismo cliente, en realidad hasta la propia calificación del trabajo como autónomo podría ponerse en discusión. Aunque, como se sabe, es posible la prestación de un trabajo de forma permanente para un mismo cliente sin que se entienda necesariamente que se trata de una relación laboral como lo ponen de manifiesto, no solo la figura del TRADE, sino las llamadas igualas que son la retribución estable y periodificada del trabajo independiente de profesionales tales como abogados o médicos, sin que por ello pierdan necesariamente la condición de trabajadores autónomos que les viene dada por otras circunstancias de la prestación del trabajo. Ejemplos similares pueden encontrarse en sector del transporte cuando un cliente habitual del servicio de taxis pacta con un taxista concreto ciertos servicios permanentes y periódicos (transporte diario a la oficina o con una cadencia semanal al aeropuerto o a la estación de ferrocarril) a cambio de un precio fijo, diferente al que cobraría si se tratara de transportes aislados. Una fijación especial del coste del servicio que corresponde decidir al propio taxista en virtud de su condición de autónomo, si es que es el caso.

lift.com, taskrabbit.com, myfixspert.com, o amazon mechanical turk, respecto del transporte, los servicios domésticos, los cuidados personales, la reparación de aparatos eléctricos, el reparto y entrega de objetos o comidas a domicilio o las llamadas microtarefas²².

3.2. Las nuevas y viejas formas de manifestarse la ajenidad y la dependencia en relación con el trabajo prestado a través de las plataformas informáticas

Si algo ha quedado claro del análisis de los criterios delimitadores entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo, y que es a la vez su mayor valor y su talón de Aquiles, es su versatilidad y adaptabilidad constante a las nuevas formas de prestación de servicios. De forma que son capaces de mantener su utilidad práctica pese al radical cambio de los modos productivos siempre que se reformulen y se identifiquen sus manifestaciones teniendo en cuenta el nuevo escenario empresarial. Por esta razón y antes de sucumbir a la tentación, que tiene mucho de esnobismo, de declarar la ineficiencia de los criterios tradicionales y propugnar la refundación del Derecho del Trabajo sobre unas nuevas bases que los excluyan o marginen, parece adecuado intentar al menos su reconstrucción. Para lo que el tipo de trabajos que aquí se consideran puede ser un banco de pruebas muy pertinente.

En esta revisión de los criterios se parte de la idea que se ha expresado ya repetidas veces en este trabajo cual es la reconducción de la dependencia al ámbito de la ajenidad, como expresión de la ajenidad en el control y dirección de la organización productiva en la que el trabajo se inserta. De forma que, junto a ella, se recurrirá al elenco de las manifestaciones tradicionales de la ajenidad cuales son, como se ha indicado: en el mercado, en los beneficios y en los riesgos, utilizando al respecto los documentos y trabajos, bastante numerosos, que se han ocupado del tema²³. Con la sola finalidad de evidenciar que la ajenidad (y la

²² Tales como categorizar productos o artículos, búsquedas en web, procesamiento de datos, selección de fotos e imágenes, etiquetados, traducciones, descripciones de productos, consultorías breves, marketing, encuestas, ventas, localización, información, atención a clientes, etc., PÁRAMO MONTERO, cit. p. 185.

²³ . Una cita no exhaustiva comprendería los siguientes: PÁRAMO MONTERO, cit. pp. 193-195; GINÉS i FABRELLES y DURÁN GÁLVEZ, cit. pp. 11-28; MERCADER UGUINA, cit. pp. 86-110; AUVERGNON, P. “Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al derecho laboral”, DAGNINO, E, “Labour and law in the time of the on-demand economy”, y GINÉS Y FABRELLES, “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo: el caso de amazon mechanical turk”, trabajos todos ellos en la *Revista de Derecho Social y Empresa*, 6/2016, pp. 25-41, 43-65 y 66-85, respectivamente; ÁLVAREZ CUESTA, cit. pp. 65-76; TODOLI SIGNES, A. “El impacto de la “Uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IusLabor* 3/2015pp. 8-15del mismo autor, “El trabajador en la UBER economy: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario, *Trabajo y Derecho*, 25/2017, págs. 43-60; HERNÁNDEZ BEJARANO, M. “El

dependencia si todavía se considera como criterio independiente) siguen siendo útiles para establecer las fronteras entre trabajo asalariado y trabajo autónomo. Porque hay que recordar que se trata de una adscripción, con toda su carga de fundamento y fines que son los propios del Derecho del Trabajo, que no puede quedar sujeta a las ventajas e inconvenientes que la misma represente para la empresa como sucedería si el abandono del uso de tales criterios, ignorando sus posibilidades de adaptación, estuviera determinado por el coste o el rendimiento económico de la actividad. Aunque esto sea algo que, con la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tienda a convertirse en un valor supremo, se diría casi (y sin casi) superior a los de justicia material, igualdad y protección del trabajo. Pero estos son discursos más profundos que puede que no sea pertinente hacer aquí.

3.2.1. *Las manifestaciones de la ajenidad en el mercado*

Lo primero que hay que considerar es de qué forma se articula la tradicional relación triangular entre el trabajador, la empresa y el cliente, usuario o comprador de los servicios. En una economía de mercado que acepta como legítimo el objetivo del lucro empresarial, este beneficio se obtiene merced a la diferencia entre el coste de la producción y el rendimiento final de la actividad empresarial derivado de la venta en ese mercado de los productos o servicios que la empresa oferente fabrica o crea. Sin duda que en ese margen de beneficio influyen muchos factores como la iniciativa empresarial, la creatividad, la habilidad en detectar necesidades no satisfechas, la capacidad para suscitar la demanda y mantenerla, la disposición de medios financieros o de inversión, la predisposición permanente a la innovación y al cambio, el tipo de proceso productivo que se aplique y su adecuación constante a los cambios de la demanda, la flexibilidad y la adaptación

apoyo europeo al modelo de economía colaborativa: algunas cuestiones propuestas para afrontar una regulación laboral y de Seguridad Social”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 192/2016, pp. 170 y ss; TRILLO PÁRRAGA, F. “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, 76/2016, pp. 59-82. CAVAS MARTÍNEZ, f. “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas”, *CEF. Trabajo y Seguridad Social*, 406/2017, pp. 23 y ss. También los documentos: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, cit; la Agenda Europea para la economía colaborativa (COM 2016, 356 final); el Informe de la Inspección de Trabajo de Barcelona, de 9 de marzo de 2015, reproducido y comentado en el trabajo de HERNÁNDEZ BEJARANO; y los documentos tanto judiciales como administrativos de los tribunales y la administración norteamericana, en GUTIÉRREZ ARRANZ, R. “Las relaciones laborales en la economía colaborativa: el caso Uber en Estados Unidos”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 187/2016, pp. 161-188, respecto de los asuntos *Barbara Ann Berwick v. Uber Technologies*, case no. INC 11-46739 EK (2015) y *O’Connor et al. v. Uber Technologies, Inc.*, No C-13-3826 EMC (2015), incluyendo referencias a las directrices establecidas por el Departamento de Trabajo estadounidense en relación con el asunto UBER; igualmente la Sentencia del London Employment Tribunal de 28 de octubre de 2016, *Aslam, Farrar and Others v. Uber case 2202551/2015*).

y la calidad final del producto, entre otros. Pero también, y sobre todo, el uso productivo de la fuerza de trabajo. De manera que, para apropiarse de la rentabilidad del trabajo, la empresa lo adquiere a un determinado coste en virtud del cual lo que el trabajo produzca será desde el principio propiedad de la empresa y ésta lo ofrecerá al mercado como algo propio a lo que podrá fijar el precio que estime más adecuado teniendo en cuenta las circunstancias de dicho mercado.

Se entabla en consecuencia una peculiar relación, que más que triangular es de doble bilateralidad, ubicándose siempre en uno de los polos de ambas relaciones la empresa que se vincula contractualmente, aunque con herramientas jurídicas de diversa naturaleza, con los otros dos protagonistas. De esta forma, se descarta una relación directa entre trabajador y comprador o cliente los cuales, al margen de una conexión fáctica, solo se relacionan jurídicamente a través de la empresa. Es ésta la que vende al consumidor el producto que incorpora el trabajo del trabajador y es ésta también la que hace posible esa incorporación mediante el contrato de trabajo. Aquí reside justamente la diferencia entre el segundo y el tercer tipo de economía colaborativa que se han descrito antes, es decir entre un supuesto de relación triangular auténtica en la que la empresa tecnológica es meramente intermediaria ya que en serlo consiste su negocio (para el que necesitará sin duda trabajadores propios), lo que no impide que exista, y es lo que la plataforma propicia, una relación contractual directa entre prestador del servicio y cliente. De modo que el trabajador se emancipa de la tutela y del control empresarial, evita su desplazamiento hacia una posición subalterna integrada en la propia de la empresa y se relaciona directamente con el mercado de bienes y servicios. Y cuando esto sucede no puede hablarse de trabajador asalariado, subordinado o dependiente sino de trabajador autónomo o por cuenta propia. Por el contrario, cuando esa emancipación no tiene lugar, es la empresa, como se ha dicho, la que oferta el bien o el servicio al mercado ya que el trabajador permanece ajeno al mismo.

Esta dimensión de la ajenidad tiene muchas manifestaciones y pueden identificarse en el hecho de que es la propia plataforma, más que los singulares prestadores de los servicios, la que se oferta en el mercado como si se tratara, y ésta es además la imagen que perciben los consumidores, un servicio propio que realiza mediante los trabajadores a los que encarga la tarea concreta; que igualmente aparecerán ante los usuarios como vinculados, dependientes o controlados por ella. Y no es sólo que la plataforma sea la que centraliza las solicitudes de servicio (algo que también hacen las plataformas que son meramente intermediarias), sino que, como consecuencia de ello, es también la que adopta las decisiones estratégicas y comerciales que configuran esa imagen y la manera cómo y en qué condiciones actúa, imponiéndolas a los trabajadores. En consecuencia, es la empresa tecnológica la que establece qué tipo de servicio va a ofrecer al

consumidor y en qué condiciones, la que establece y controla la publicidad del mismo, la que selecciona a los clientes y gestiona las peticiones, la que determina el coste o precio (incluso variándolo, sin consentimiento del trabajador, según la evolución de la demanda) y gestiona el pago, la que asume las garantías y responsabilidades por el servicio, la que suscribe pólizas de aseguramiento para cubrir las responsabilidades, la que establece algún tipo de servicio de apoyo a los proveedores, o la que atiende las quejas de los usuarios.

Puesto que es la empresa la que oferta el servicio también es importante determinar qué parte del mismo desempeña la prestación personal del proveedor y cuál el soporte tecnológico que la plataforma utiliza ya que, si lo fundamental es esto segundo, podría alegarse la marginalidad del trabajo y, en consecuencia, que éste no es sino un complemento de menor entidad, de tipo asalariado, de la prestación informática. Pero no es siempre así ya que las proporciones de uno y otra pueden ser inversas. Es el caso de las prestaciones profesionales a través de las plataformas informáticas donde lo esencial sea precisamente el trabajo o servicio realizado por los proveedores, mientras que la plataforma es una herramienta, indispensable ciertamente, pero herramienta al cabo para la satisfacción de la demanda como puede serlo la tradicional maquinaria industrial. Y, si es así, lo que sucede es que lo que la plataforma ofrece es la prestación de un trabajo autónomo.

3.2.2. Las manifestaciones de la ajenidad en el control de la organización productiva

Como es lógico, la ajenidad en el control de la organización productiva está estrechamente vinculada a la ajenidad en el mercado ya que, si es la empresa tecnológica titular de la plataforma la que monopoliza la relación con los consumidores o clientes, es evidente que ese monopolio tiene que fundarse en la titularidad de la gestión de la organización productiva y en un control significativo de la misma que permite esa oferta al mercado del concreto servicio de que se trate.

La primera manifestación de ese control es la que se refleja en el propio sistema de trabajo, asignando los servicios²⁴, imponiendo reglas de obligado seguimiento respecto de itinerarios, tiempo medio, tipo de vehículo y su mantenimiento (si se trata del sector del transporte), o de alcance de los cuidados o la naturaleza de actividades así como su duración (si se trata de sectores como los de atención personal o de reparaciones) o el formato y características de los trabajos (si

²⁴ A estos efectos, el que la asignación del servicio se produzca mediante el algoritmo que gobierna el funcionamiento de la plataforma no convierte esta asignación en una especie de decisión sin dueño ya que la misma es sin duda imputable a la empresa tecnológica que, por razones de eficacia, rapidez, adecuación y rentabilidad, ha optado por organizarse productivamente de esta manera, siendo en consecuencia una típica decisión empresarial (cfr. al respecto, MERCADER, cit. p. 91).

son tareas relacionadas con el tratamiento informático de la información), o las herramientas que deben utilizarse (determinados móviles, programas informáticos concretos, sistemas de localización y de control incluidos en los dispositivos). Esto es, incluso la forma y el tiempo de prestación del servicio se diseña por la empresa, expropiando a los trabajadores de toda capacidad de influencia y sin que pueda considerarse tal el que puedan emitir opiniones acerca de su actividad. Algo que, por muy sofisticadamente que quiera articularse a través de encuestas y otros sistema de base informática, no deja de ser el tradicional buzón de sugerencias anónimas de tan amplia, y frecuentemente inútil, existencia en muchas empresas.

Ni siquiera la singularización de las opiniones pondría de manifiesto esa participación, aunque sea del grado ínfimo ya que, en la medida en que la identificación del opinante pueda reportarle consecuencias negativas en su relación con la empresa, el condicionamiento es tan intenso que puede afirmarse que la individualización del emisor de la opinión es igual a pérdida de la libertad de emitirla. Una falta de libertad que es trasunto de la debilidad negociadora de los proveedores frente a la plataforma (lo que es el auténtico fundamento de la ajenidad) que es la llave y el filtro de su acceso a la prestación lucrativa del servicio. En consecuencia, el papel del trabajador en esa organización del trabajo es subalterno, constituyendo una pieza más del engranaje productivo, correspondiendo a la empresa decidir su ubicación en el mismo. De modo que el trabajador se inserta en una organización productiva que ni es suya, ni la controla, ni tiene la capacidad de determinarla: en esto justamente consiste la ajenidad en la dimensión organizativa del trabajo hacia donde se reconduce la vieja dependencia.

Otras manifestaciones de este concreto tipo de ajenidad se remiten a dimensiones concretas de la organización del trabajo cuales son, por ejemplo, la relativa a la selección del personal, absolutamente característica del control empresarial que se extiende, como no podía ser de otra forma, al personal que recluta y que vehicula su imagen ante el consumidor. De nuevo aquí hay grados: desde plataformas meramente intermediarias que se limitan a dar difusión a la oferta de servicios sin garantizar ningún aspecto del mismo, a otras que, con esa misma función intermediaria, imponen ciertos estándares mínimos que repercuten directamente en la fiabilidad (y, en consecuencia, en el uso más frecuente) de la propia plataforma, basada, como tantas actividades empresariales actuales de relación con consumidores o usuarios, en la calidad del servicio y en el que responda adecuadamente a las expectativas que la plataforma suscita. En ninguno de estos dos casos puede decirse que exista ajenidad en el control de la organización, pero sí cuando el dominio sobre la oferta final llega a extremos tan específicos como son los de una intervención directa y decisiva en la selección de los trabajadores, supuestamente autónomos, que se convierten en candidatos a prestadores del servicio, avalados por tanto por la plataforma.

En consecuencia, cuando los trabajadores han de solicitar a la empresa ser incluidos en el rol de los posibles proveedores (y aparecer, por tanto, como tales en la página de la empresa); cuando la empresa debe autorizar esa inclusión incluso generando una licencia específica o forma de identificación ante el cliente, con datos concretos relacionados con el servicio; cuando impone un examen o test de conocimientos o aptitudes; cuando culmina la selección a través de entrevistas, conservando finalmente la libertad de decidir o no esa inclusión; o cuando, en fin, es la empresa la que asume la tarea de formar a los trabajadores que acepta incorporar a su nómina, es claro que hay una organización del trabajo ajena a la que precisamente se accede por la vía de la aceptación o consentimiento de su titular que no es otro que la empresa tecnológica.

También hay ajenidad en el control de la organización productiva si, junto a estos procedimientos unilaterales de inclusión, existen otros igualmente unilaterales de exclusión del servicio. Si se vinculan a supuestos incumplimientos contractuales, es preciso ver de qué tipo de reglas se trata y si, más allá de las exigidas por las normas vigentes y los estándares mínimos de la plataforma, son reglas impuestas por la empresa afectando a cuestiones que, en principio, deberían corresponder a la autonomía de los proveedores como lo relativo al modo de trabajar y a las herramientas de prestación del trabajo, invadiendo por tanto la empresa un espacio que sólo podría ocupar si tuviera, como sucede, el control de la organización productiva. Se trata, por ejemplo, de las exigencias de un rendimiento mínimo en línea como se exige a los trabajadores en el marco del contrato de trabajo.

Por otra parte, es frecuente que la exclusión la realice la empresa en razón de los resultados de la evaluación del servicio por parte de los consumidores, lo que no es sino una forma de control de calidad que es lógico que realice la empresa ofertante. El que la evaluación de los consumidores juegue un papel tan decisivo no es también sino una manifestación de una regla, impuesta por la empresa, donde se da prioridad a un valor comercial, el de la imagen de la marca frente a la realización correcta del servicio, que más que reforzar la autonomía del trabajador, lo que hace es subordinarlo aún más, condicionando sus expectativas de trabajo a los intereses económicos a los que esas evaluaciones, debido a su publicidad, pueden afectar. En realidad, el basarse en la evaluación externa del servicio sirve para dar una pátina de objetividad a la decisión excluyente de la empresa, aparentando que esta decisión no es propia sino inducida por la opinión de los clientes los cuales da la impresión de que son finalmente los que deciden no contar con el trabajador para futuros servicios. Un tipo de selección que el cliente siempre podría hacer, y de forma menos inducida, si se relacionara con auténticos autónomos y que la empresa impide recurriendo a lo que no puede considerarse sino como el ejercicio del poder disciplinario. Al margen de que, en un enfoque estric-

tamente laboral, difícilmente el despido podría basarse en juicios que no pueden por menos que calificarse como subjetivos, salvo si estuvieran confirmados por otros datos y pruebas.

Otra habitual causa de exclusión del trabajador de la plataforma es debida al ejercicio por su parte de una libertad que teóricamente le correspondería si se tratara de un autónomo en sentido propio pero de la que prácticamente carece. Se trata de la exclusión basada en el rechazo de propuestas concretas de servicio cuya reiteración implica esa obligada desconexión impuesta por la empresa tecnológica. Al respecto no puede argüirse que la desconexión es lógica si el rechazo de los servicios es repetida o se produce una inactividad durante un largo periodo de tiempo en la medida en que la plataforma, aunque fuera solo intermediaria, basa su prestigio comercial en la disponibilidad para satisfacer la demanda de forma inmediata. Pero para esta satisfacción sirve precisamente el rasgo que caracteriza a estas plataformas y es el que asocian a una multitud de oferentes de servicios con otra multitud de solicitantes de los mismos por lo que la amplitud del número de los que estarían dispuestos a trabajar a la demanda hace que el rechazo por parte de algún trabajador de la propuesta de servicio o su inactividad durante un cierto periodo de tiempo sea irrelevante. Lo que no sucede cuando esos trabajadores pertenecen a una organización productiva cuya inserción en la misma exige su disponibilidad (por cierto, mucho más acentuada en cuanto a su amplitud temporal, ahora con el pretexto de la libre decisión autónoma del prestador del servicio, que en el caso del contrato de trabajo), o mejor, su sujeción a las órdenes de trabajo que es lo que en realidad son tales propuestas de servicio. Por no hablar de otras hipótesis de exclusión del trabajador de la plataforma frente a comportamientos concretos que se asemejan plenamente, por su rigidez y su invasión en los ámbitos de autonomía del trabajador, al tradicional régimen disciplinario de las empresas.

La ajenidad en el control y la sujeción a las decisiones del titular de la organización productiva también se evidencia en la intromisión que tiene lugar en la autonomía del trabajador en virtud de la existencia de reglas, instrucciones, códigos de comportamiento y normas de conducta respecto de distintos aspectos del trabajo como el atuendo, los modales, las pautas informativas, la obligación de confidencialidad o los servicios y atenciones complementarias, aunque esa imposición se disimule bajo el rótulo de sugerencias o recomendaciones aparentemente no obligatorias. No solo porque, donde existe desigualdad contractual, las recomendaciones juegan el papel indudable de órdenes implícitas, sino porque habitualmente la desatención a tales supuestas recomendaciones tiene de nuevo el efecto de la desconexión del trabajador de la plataforma que finalmente funciona en la práctica como un despido pero sin las limitaciones y cargas de éste.

3.2.3. *La ajenidad en los beneficios y en los riesgos*

En cuanto al pago de los servicios prestados es la plataforma la que lo percibe del cliente sin intervención del trabajador tanto en la fijación del precio como en la mecánica de pago (ejemplo, como se ha dicho, de ajenidad en el mercado) y la que, detrayendo un porcentaje (teóricamente destinado a retribuir el servicio informático), abona la compensación económica al trabajador. Pero el precio del servicio que se abona al proveedor viene impuesto por la empresa, con carácter fijo, sin que quepa en realidad margen alguno de negociación, una vez más debido a la evidente desigualdad contractual de las partes. No hay, pues, participación alguna del trabajador en los beneficios de la empresa más allá de su retribución que no está determinada por los rendimientos obtenidos sino en función del tiempo y la cantidad del trabajo utilizado; mucho menos cuando es también la empresa la que incluso establece distintas modalidades de retribución en relación con el tiempo empleado, con el horario o los días de que se trate, o incluso en los casos de no aceptación del servicio por parte del cliente. De cualquier modo, cuando, como sucede habitualmente, el pago que recibe el proveedor, supuestamente autónomo, es por horas o por servicios concretos, se está en presencia de un salario y, como tal, ante una forma de retribución en la que la participación en los beneficios es, de existir, solo marginal.

Pero es que el trabajador ni siquiera se beneficia de su hipotética condición de empresario, en la medida en que el sistema de trabajo aplicado ni pone en juego las habilidades de gestión empresarial del proveedor del servicio (algo que le reportaría un mayor margen de ganancias merced a su propia iniciativa) ya que la plataforma no le concede espacio alguno para ello, reclamándole en exclusiva el trabajo a realizar en las condiciones impuestas por la empresa. No hay ocasión ni oportunidad para obtener ese lucro especial del que se hablaba páginas atrás que sólo la empresa puede obtener merced a la combinación de la inversión productiva (la propia plataforma informática) y el trabajo comprado en condiciones de ajenidad.

El que el beneficio de la actividad pertenezca a la empresa que utiliza la plataforma informática es, por su parte, la consecuencia lógica del riesgo que asume emprendiendo el negocio y soportando la carga económica de la inversión productiva. Es justamente lo que sucede ya que, aun aceptando una cierta inversión por parte del trabajador, sin duda alguna que la mayor parte de ella, y desde luego la más significativa y relevante a los efectos de la rentabilidad del negocio, es la que realiza la empresa tecnológica ya que el coste de la creación, diseño y mantenimiento de la plataforma es mucho más alto que el que puedan afrontar los trabajadores aportando algunas herramientas de trabajo (vehículos, ordenadores) cuando así se les exige, que no es siempre. Un riesgo económico que existe y pesa

sobre la empresa aunque en el caso de las plataformas informáticas se esté en presencia de una operación evidente de desplazamiento del riesgo como sucede cuando las prestaciones laborales evolucionan hacia los territorios de la autonomía. Así es frecuente que las empresas impongan a los trabajadores determinados costes como los de autorizaciones, permisos y licencias, de adquisición de las herramientas de trabajo, de reparación y mantenimiento de las mismas, el pago de impuestos y costes sociales, el autoaseguramiento frente a los accidentes de trabajo o el aseguramiento frente a las responsabilidades por daños a terceros. Un seguro que, por cierto y redondeando el negocio, la propia empresa ofrece, como sucede en el caso de Uber a los teóricos trabajadores autónomos.

Pero la asunción de esta real, aunque comparativamente irrelevante, cuota de inversión y riesgo no puede servir para excluir a estos trabajadores de la calificación de laboral cuando existen otros muchos indicios de lo contrario. Si se actuara así se estaría convirtiendo una imposición, en virtud de la evidente desigualdad contractual, de condiciones desventajosas para una de las partes del contrato en la propia justificación para excluir al trabajador de una protección más sólida como puede ser la laboral. Sería como si el hecho de soportar peores condiciones que las de un trabajador asalariado en cuanto al riesgo de la actividad, pero sin la contrapartida de la participación en los beneficios, fuera lo que impidiera precisamente esa asimilación: algo que, cuando menos, resulta sarcástico.

4. CONCLUSIONES

Como ha podido apreciarse, la opinión que se sustenta en este trabajo consiste esencialmente en afirmar la capacidad, y la conveniencia, de los indicios tradicionales de la ajenidad y de la dependencia para seguir diferenciando entre el trabajo por cuenta propia o ajena, naturalmente mediante la revisión y reformulación de su contenido y de sus manifestaciones y síntomas, adaptándolos a las nuevas realidades productivas. Lo que lleva a entender que normalmente el trabajo prestado a través de las plataformas informáticas puede calificarse sin problemas como laboral en cuanto se den los indicadores que se han descrito y de la forma en que se han precisado. Rechazando en consecuencia otras alternativas que propugnan una renuncia a la laboralidad de estas situaciones aplicando a las mismas reglas híbridas de condiciones mínimas de trabajo, una especie de tercer género entre lo laboral y lo autónomo, que siempre implicarían una degradación si comparadas con las equivalentes laborales.

Esta conclusión no ignora, sin embargo, una circunstancia que este tipo de plataformas han generalizado y que se confronta no sólo con el trabajo asalariado sino, incluso más, con el trabajo autónomo. Que no es otra que la inestabilidad,

el carácter ocasional y saltuario, irregular, discontinuo, de escasa entidad tanto económica como productiva, de muchas de las tareas que se realizan mediante este tipo de herramientas informáticas. Lo que habitualmente se llaman microtarefas o empleos de poca entidad económica y temporal realizado por personas cuya dedicación al trabajo es sólo parcial o discontinua en la medida en que su desarrollo se concibe como una actividad ocasional, marginal, o de complemento de ingresos. Un rasgo que llevaría, curiosamente, a excluir su condición de autónomos ya que basta con recordar la exigencia de habitualidad, entendida como profesionalidad, que se exige al trabajo autónomo y que está medida, sea por tiempo sea por ingresos mínimos, tomando como referencia precisamente el salario mínimo interprofesional.

Es verdad que el Derecho del Trabajo acoge sin problemas a este tipo de prestaciones profesionales en la medida en que dispone de mecanismos contractuales muy flexibles. Como la carencia de una duración mínima de los contratos temporales que pueden, por hipótesis y en la realidad, abarcar sólo unos días o, incluso unas horas, ya que su duración está determinada por la obra o servicio o por el incremento de las tareas o las circunstancias del mercado en los contratos eventuales. O también como expresión de flexibilidad, las modalidades de contratación a tiempo parcial o de fijos discontinuos. En consecuencia, en el ámbito laboral esas singularidades del trabajo prestado a través de las plataformas informáticas podrían tener acogida y tratamiento. Lo que, como se ha dicho, no sucede con el trabajo autónomo de muy escasa entidad y duración.

Quizás es este el momento de abrirse a la consideración de una relación laboral de carácter especial que acogiera, antes que excluirlos absolutamente (lo que es sin duda otra opción), a este tipo de trabajos marginales concediéndoles una protección mínima; algo que habría de extenderse también a los autónomos marginales para los que previsiones como las de los TRADE no sirven, ya que se basan igualmente en la profesionalización y la habitualidad del trabajo. Pero no puede dejar de advertirse que esta regulación especial, seguramente menos tuteladora que la laboral o incluso que la del TRADE, no puede quedar abierta a actividades productivas sin mínimo grado de profesionalidad. De no ser así sería una nueva hipótesis de falsedad y simulación, tan habituales lamentablemente en el Derecho del Trabajo, en este caso, la de los “falsos trabajos autónomos marginales”. Pero, como suele decirse, esta ya es otra historia.

LA AGENDA REGULADORA DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA: ASPECTOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla
Senior Counsellor, PwC

EXTRACTO

Palabras clave: Economía colaborativa, trabajo asalariado, regulación laboral, autorregulación

El imparable avance del trabajo en plataformas está poniendo en el centro del debate laboral diversos temas relacionados con esta nueva realidad económica. La Comisión Europea publicó un importante documento en el que hablaba de la existencia de una “Agenda Europea para la Economía Colaborativa”; y aunque desde algunos sectores se defiende la autorregulación del sector, hoy se acepta que existe una necesidad clara de adaptar el Derecho de la economía para ofrecer una respuesta adecuada a esta nueva realidad. Hay una “agenda reguladora” para la economía colaborativa; y dentro de ésta, una “agenda laboral”, porque es en las prestaciones de servicios que se realizan con estos soportes donde se identifican algunas de las mayores carencias, fruto de la obsolescencia del Derecho del Trabajo tradicional.

Desde varias instancias se han realizado contribuciones, identificando las materias prioritarias para esta nueva regulación. A juicio del autor, esta identificación debe guiarse por dos parámetros: la existencia de problemas reales en la situación actual; y el cumplimiento de las finalidades tradicionales del Derecho del Trabajo.

Siguiendo estos criterios se señalan este trabajo los siguientes riesgos de los trabajadores digitales que deben ser confrontados: los peligros de informalidad; la delimitación del empleo asalariado y del autónomo; la calidad del empleo; la protección social; y la situación de los trabajadores en el mercado de trabajo digital.

ABSTRACT

Key words: collaborative economy, employment contract, labour regulation, self-regulation

The unstoppable progress of the work on platforms is putting at the center of the labor debate various issues related to this new economic reality. The European Commission published an important document in which the existence of a "European Agenda for the Collaborative Economy" was declared; notwithstanding the fact that some sectors defend self-regulation of the sector, it is now accepted that there is a clear need to adapt the law of the economy to provide an adequate response to this phenomenon. There is a "regulatory agenda" for the collaborative economy; within it there is a "labour agenda", because it is in the services provided through these digital channels that major shortcomings are found, resulting from the obsolescence of traditional labor law.

Several actors have contributed to this debate, identifying these priority areas for the new regulation. According to the author, two guidelines should guide this task: the existence of real problems in the current situation; and the fulfillment of the traditional purposes of Labor Law.

Following these criteria, the following risks of the digital workers are pointed out: the problem of informal economy; the delimitation of dependent employment and self-employment; quality of employment; social protection; and the situation of workers in the digital labor market.

ÍNDICE*:

1. PRESENTACIÓN: LOS DESAFÍOS DE LA REGULACIÓN EN UNA REALIDAD CAMBIANTE
2. EL DEBATE SOBRE LA REGULACIÓN DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA
 - 2.1. De la utopía del mercado autorregulado a la agenda reguladora
 - 2.2. Una agenda reguladora para el derecho digital
3. LA AGENDA LABORAL: PROPUESTAS PARA REGULAR EL TRABAJO EN PLATAFORMAS
4. IDENTIFICANDO LAS CUESTIONES PRIORITARIAS
 - 4.1. Trabajo en plataformas y economía informal
 - 4.2. Economía colaborativa y deslaboralización de las prestaciones de servicios
 - 4.3. Economía colaborativa y precarización del empleo
 - 4.4. La desprotección social
 - 4.5. El trabajador en el mercado de servicios on-line
 - 4.6. La economía verdaderamente colaborativa
5. ALGUNAS PROPUESTAS EN CIRCULACIÓN
6. CONCLUSIÓN

1. PRESENTACIÓN: LOS DESAFÍOS DE LA REGULACIÓN EN UNA REALIDAD CAMBIANTE

Cuando la política norteamericana Hillary Clinton inició su carrera para ser candidata del Partido Demócrata en las elecciones a la presidencia de Estados Unidos anunció la existencia de un “problema de la economía de la próxima década”; éste no era otro que *“la llamada economía ‘Gig’, o ‘On-demand’ como también se la llama” que a su juicio estaba “creando emocionantes oportunidades y puede desatar la innovación”, pero también planteaba “preguntas difíciles sobre la protección del puesto de trabajo y sobre cómo se verá lo que es un buen trabajo en el futuro”*. Esta cita nos pone de manifiesto la actualidad y la relevancia de una realidad que, aunque se aparición todavía reciente, se ha extendido hasta obtener unas grandes dimensiones; y hasta convertirse, también, en uno de los temas que más preocupa a los juristas del trabajo en esta segunda década del siglo XXI: la economía colaborativa mediante el trabajo en plataformas¹.

La aparición de nuevas realidades sociales que ponen a prueba la capacidad del marco regulatorio para adaptarse y darles respuestas adecuadas es un fenómeno conocido, que está en el núcleo de los procesos de transformación y evolución del Derecho. La innovación tecnológica ha estado presente en una mayoría

¹ Los miembros del proyecto de investigación Der 2015-63701-C3-3-R ha publicado un portal sobre esta materia, en el que se reproducen sus resultados científicos y se incluye numerosa información sobre el impacto de la economía colaborativa. Este portal se denomina “Trabajo, Persona, Derecho y Mercado”, y se localiza en la siguiente dirección electrónica: <http://grupo.us.es/iwpr/>

de estos momentos transicionales, particularmente en el Derecho del Trabajo, porque la tecnología determina la forma en que se trabaja, y ésta a las reglas de aquél. Hoy estamos inmersos en un proceso que, aunque tiene un componente tecnológico, presenta unas particularidades que lo distinguen de los anteriores. La innovación ha alcanzado niveles muy intensos, generalizándose en poco tiempo y produciendo efectos verdaderamente disruptivos. Ha coincidido, además, con otros fenómenos como la “revolución free-lance” o las estrategias de “downsizing”, con los que se ha retroalimentado. El resultado es potente, un ritmo de cambios de un alcance con pocos precedentes.

En el año 2016 la Comisión Europea publicó un importante documento en el que hablaba de la existencia de una “Agenda Europea para la Economía Colaborativa”²; y aunque desde algunos sectores se defiende la autorregulación del sector, hoy se acepta que existe una necesidad clara de adaptar el Derecho de la economía para ofrecer una respuesta adecuada a esta nueva realidad. Hay una “agenda reguladora” para la economía colaborativa, que está diseñándose en estos momentos, e implantándose mediante algunas experiencias pioneras localizadas. Pues bien, dentro de ésta existe una “agenda laboral”, una serie de cuestiones generadas por estas formas de empleo que se perciben como verdaderos problemas laborales que requieren una respuesta normativa; respuesta que, en el estado actual del ordenamiento jurídico, no se encuentra.

La relevancia de esta agenda laboral dentro de la general es fácil de entender. Es en las prestaciones de servicios que se realizan con estos soportes donde se identifican algunas de las mayores carencias, fruto de la obsolescencia del Derecho del Trabajo tradicional. Carencias que generan problemas reales y actuales tanto para los trabajadores, destinatarios primarios de la protección de la norma laboral; como para el propio Derecho laboral, que ve limitada su efectividad para cumplir sus fines esenciales. También, porque el Derecho del Trabajo acusa con particular fuerza el impacto de los cambios tecnológicos que afectan a la forma de trabajar y al modo en que operan los mercados, el de trabajo pero también el de bienes y servicios.

El objetivo de este trabajo es estudiar esta agenda laboral, que es antes que nada una agenda reguladora, una propuesta de intervenciones que adapten el Derecho del Trabajo. Para ello se trabajará con las propuestas que están circulando desde distintas instituciones y posiciones doctrinales, con el objetivo de encontrar las materias consideradas merecedoras de una intervención prioritaria. También se aportará una propuesta propia, que, apoyándose en otros trabajos, toma como referencia la necesidad de tratar los problemas más relevantes que se están produciendo en este sector económico.

² COMISIÓN EUROPEA, “*A European agenda for the collaborative economy*”, (COM(2016) 356). Bruselas, 2016.

La hipótesis de partida es que existe una necesidad objetiva de adaptación del Derecho del Trabajo para poder encauzar adecuadamente el desarrollo de este nuevo modelo económico. Esta necesidad excede de la capacidad de los mecanismos ordinarios de evolución del ordenamiento jurídico, y exige intervenciones de los actores con capacidad reguladora en el mercado de trabajo.

2. EL DEBATE SOBRE LA REGULACIÓN DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

2.1. De la utopía del mercado autorregulado a la agenda reguladora

No obstante la hipótesis de partida no existe un consenso total sobre esta exigencia de intervención en el sector, y son también numerosas las voces que propugnan lo contrario. Desde diversos sectores, incluyendo a las propias empresas que aplican este modelo, se defiende que una regulación la economía colaborativa no se justifica, y que la situación actual resulta perfectamente sostenible.

El arsenal argumental en contra de tal intervención es amplio y variado. A diferencia de cuanto ha ocurrido en debates laborales anteriores, estos argumentos no se centran en una determinada posición o visión del mundo, sino que convergen ideas de diversas posturas que concurren en la defensa de este modelo de la economía colaborativa³. A veces éstas son de alguna manera contradictorias: para unos el modelo ideal es uno en el que se opere sin ningún tipo de normativa impuesta por sujetos externos; para otros debe aspirarse a la inexistencia de normas, autónomas o heterónomas; y hay también quien defiende una idea de normalidad, aceptando la aplicación de las que rigen las actividades económicas a las que se dedican (como el transporte o el alquiler residencial), pero rechazando cualquier especialidad por el tipo de soporte digital con el que se trabaja.

Para muchos la economía colaborativa debe una “economía autogestionada”, un sector cuya única regulación debe partir de sus propios operadores. Para justificar esto se acude a las ideas que basaban el consumo colaborativo, legitimando así la ausencia de toda heterorregulación de estas actividades, y presentando la intervención estatal como un atentado a las libertades económicas de los sujetos que optan por estos modelos económicos.

En esta visión se enfatiza su carácter original y rompedor, justificando que la legislación no pudiera contemplarlo, y por lo tanto regularlo. Estaríamos ante

³ Un interesante documento que analiza el fenómeno de la economía colaborativa desde este punto de vista es el Dictamen exploratorio del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “La economía colaborativa y la autorregulación” (2016/C 303/03), de 25 de mayo de 2016 (DOUE serie C 303/36, de 19 de agosto de 2016).

una laguna jurídica, que se solucionaría mediante la voluntad de las partes que contratan en estos entornos digitales. El resultado es la defensa de una “utopía autoregulada” para referirse a este sector de la economía, en la que la ordenación debe hacerse por sus propios protagonistas.

Se alega también que todo intento regulador sería negativo al ahogar la iniciativa particular que está detrás de este sector, impidiéndole cumplir sus expectativas en cuanto al crecimiento económico y el empleo. Destruiría todo su potencial, y sería por ello contraproducente.

Desde otras perspectivas se defiende la ausencia de regulación, a partir de visiones sobre el libre acceso a las actividades económicas. Son las posiciones más proclives a la libre competencia las que promueven el abstencionismo legislativo respecto de la economía colaborativa, cuya aparición se celebra como una reacción natural del mercado a un nuevo entorno tecnológico. Estas posturas se apoyan sobre todo en la normativa europea que defiende el libre acceso a los mercados de todos los operadores económicos de la Unión, interpretando todo intento de regulación como una restricción ilegítima e injustificable.

La existencia de estas críticas no debe ocultar la realidad de que es mayoritaria la opción a favor de la opción reguladora. Ésta encuentra cada vez más apoyos desde diversas posiciones, que consideran que los problemas detectados y los riesgos identificados de la anomía actual son lo suficientemente relevantes como para exigir una nueva regulación que los resuelva, permitiendo una adaptación de nuestro Derecho para que pueda mantener su capacidad de regular el trabajo individual dentro de unos esquemas de decencia y dignidad. A partir de este acuerdo, sin embargo, subsisten los debates sobre cómo desarrollar este tratamiento legal de la economía colaborativa.

Las dificultades para tratar adecuadamente estas cuestiones son considerables; algunas de estas cuestiones son nuevas; otras afectan a los problemas tradicionales y connaturales a los mercados. Desde otro punto de vista, y como es común en este tipo de situaciones, se plantea un problema de técnica de regulación. Hay que definir los términos del “mix regulatorio”, los espacios que deben corresponder a la ley, a los convenios, a la autorregulación por las plataformas y a los acuerdos individuales con éstas y sus clientes.

De la misma manera existe cierto nivel de debate es el de los objetivos a lograr con esta nueva regulación: si el legislador se debe limitar a regular su funcionamiento o si por el contrario debe promoverla para facilitar su desarrollo. Otro objetivos que debe perseguirse, y sobre el que sí existe en general un alto grado de consenso, es el de la seguridad jurídica, asumiendo que la aparición de este formato de intercambios económicos genera inseguridad por su carácter rupturista frente a un Derecho diseñado para otro tipo de operaciones. Tampoco hay

consenso sobre si el objetivo debe ser el de adaptar la regulación de los distintos sectores y aspectos del trabajo colaborativo actualmente en vigor⁴, o si en cambio debe elaborarse una normativa distinta, y propia, para estos operadores.

Se discute, finalmente, cuáles deben ser los contenidos concretos de esta regulación del trabajo digital. De esto me ocuparé en mayor detalle en el apartado siguiente.

2.2. Una agenda reguladora para el Derecho digital

Aunque hay variaciones en cuanto al elenco de cuestiones que se consideran de atención legislativa preferente, podemos encontrar un alto nivel de coincidencia en muchos de los documentos elaborados con esta finalidad; fiscalidad, régimen de responsabilidad, protección de consumidores, cumplimiento de regulaciones sectoriales, protección social de los prestadores de servicios, naturaleza jurídica del vínculo entre prestadores, usuarios y plataformas, control del mercado, determinación de la legislación aplicable... Menos homogéneas son, lógicamente, las soluciones concretas que se plantean, que dependen de la postura de cada entidad respecto de la economía colaborativa.

De las muchas propuestas que se han elaborado en los últimos pocos años me voy a centrar en algunas, que me parecen especialmente interesantes⁵. Comenzando con la Comunicación de la Comisión de 2016, a la que ya me he referido, en su agenda reguladora se contemplan las siguientes “cuestiones clave”:

- ¿Qué tipo de requisitos de acceso al mercado pueden fijarse?
- ¿Quién es responsable en caso de que surjan problemas?
- ¿Cómo protege a los usuarios la legislación de la UE?
- ¿Cuándo existe una relación de empleo?
- ¿Qué fiscalidad se aplica?

El Comité Económico y Social Europeo aprobó en su 517º Pleno, celebrado los días 25 y 26 de mayo de 2016, un Dictamen sobre el tema “La economía colaborativa y la autorregulación”, en el que concluye también afirmando la

⁴ Ésta es, por ejemplo, la postura de la Comisión Europea, que en su ya citada Comunicación indica que “*the collaborative economy raises issues with regard to the application of existing legal frameworks*”; op.cit., pg. 2.

⁵ También entidades privadas han realizado su aportación. En España, y desde sectores de la economía colaborativa se han identificado los siguientes “retos legales” que deben ser resueltos por las autoridades ante el crecimiento de ésta: consumidores y usuarios; fiscalidad; legislación laboral; protección de datos; régimen de responsabilidad; y licencias y autorizaciones. Accesible en <https://ecolaborativa.com/2014/05/06/6-retos-legales-para-la-economia-colaborativa/comment-page-1/#comment-124>.

necesidad de un marco regulador: “*en efecto, desde el momento en que las prácticas puramente espontáneas entre particulares adquieren la importancia de una actividad económica y los derechos y obligaciones recíprocos de las partes revisten carácter contractual, deben estar sujetos a un marco normativo, nacional o europeo, que encuadre legalmente los derechos y obligaciones de unos y otros*”. Para el Parlamento Europeo este marco jurídico abarca, en particular, los siguientes “ámbitos prioritarios”:

- a) la protección de los derechos de todos los socios que intervienen en la economía colaborativa, incluido el prosumidor, con la adaptación a estas relaciones de todo el acervo de la UE en vigor en materia de derechos de los consumidores, en especial las disposiciones sobre las cláusulas abusivas, las prácticas comerciales desleales, la salud y la seguridad y el comercio electrónico;
- b) los derechos fundamentales de los «consumidores» que se le deban hacer extensibles (información, transparencia, protección de los datos y la privacidad, salud y seguridad);
- c) la protección de los datos y la privacidad de los intervinientes (tracking and profiling), que garantice la portabilidad de sus datos;
- d) el Derecho de la competencia, en la medida en que este tipo de actividades compita en el mercado con empresas que persigan idénticas finalidades y actividades, y en la medida en que deba garantizar una competencia leal, combatir los monopolios y las prácticas anticompetitivas y abordar otros retos que plantee la economía colaborativa;
- e) la legislación fiscal, ya que los beneficios de estas actividades no pueden quedar exentos de una tributación adecuada, a fin de luchar contra el fraude y la evasión fiscal;
- f) la responsabilidad de las plataformas en los negocios, en función de los servicios que presten y de su nivel de intervención en los negocios que se concreten a través de ellas, y garantía del respeto de la legalidad de sus ofertas;
- g) su repercusión en el mercado laboral y en la propia definición del concepto y las formas de trabajo en el entorno digital;
- h) la protección de los trabajadores afectados, distinguiendo las situaciones de los trabajadores que no mantienen una relación laboral efectiva con la plataforma, protegiendo a estos últimos de acuerdo con los principios aplicables a los trabajadores autónomos, y aplicando los principios de protección de los trabajadores a aquellos que puedan considerarse en

efecto trabajadores por cuenta ajena, en particular en el caso de los «falsos» autónomos o del trabajo precario;

- i) la protección de los derechos e instrumentos sociales de los trabajadores, como el derecho de asociación, el derecho de huelga y el derecho a la negociación colectiva y al diálogo social;
- j) la protección de los modelos sociales y de la capacidad de los Estados miembros para mantener de forma sostenible esos modelos en el futuro;
- k) la dimensión ambiental, con vistas a controlar el impacto ambiental de la economía colaborativa y prevenir sus repercusiones negativas
- l) los derechos de autor y de propiedad intelectual, que deben tenerse en cuenta en la revisión de la Directiva 2001/29/CE.

Por las mismas fechas en que la Comisión Europa publicó su Comunicación en España la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) hizo públicas las conclusiones preliminares de una consulta pública acerca de la economía colaborativa⁶. El punto de partida es la afirmación de que *“la economía colaborativa constituye un fenómeno innovador de alcance global y transversal, que está generando importantes cambios estructurales en el funcionamiento de los mercados”*. A partir de ahí, y tras realizar un estudio del fenómeno desde su perspectiva particular (la de la defensa de la competencia), se realizan una serie de recomendaciones sobre el marco normativo del que debemos proveernos para ordenar adecuadamente este sector económico⁷:

- Regulación económica eficiente por la administración
- Colaboración de la CNMC con los órganos judiciales
- La administración debe incorporar a las estadísticas oficiales la economía colaborativa
- Portabilidad de las reputaciones entre plataformas
- Recomendación a las asociaciones de consumidores y usuarios

⁶“Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa”, accesible en la siguiente dirección electrónica: <https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTIlqyWvobVqreR-iApsz1mhxy2y0/edit?pref=2&pli=1#>

⁷Estas conclusiones deben valorarse en su justa medida, porque están condicionadas por dos factores: en primer lugar, el centrarse particularmente en dos aspectos de esta realidad, las plataformas de transporte de viajeros y de alquiler de viviendas turísticas; en segundo lugar, el adoptar como punto de partida una valoración muy positiva de estas actividades económicas, centrándose sobre todo en su potencial impacto económico. Hay que resaltar también que no han sido bien recibidas por todos los sectores implicados, provocando serias críticas en la hostelería y el transporte terrestre.

- Mayor libertad de acceso al mercado de viviendas de uso turístico
- Mayor libertad en la actividad de las viviendas turísticas
- Seguimiento estadístico a la vivienda turística
- Mayor libertad de acceso al mercado de taxi y VTC
- Mayores libertades en el ejercicio de la actividad de taxi y VTC
- Eliminación de las tarifas reguladas en el sector del taxi
- Limitar la participación de las organizaciones el sector antes de tomar decisiones administrativas
- Mayor libertad de acceso al mercado de transporte regular de viajeros en autobús
- Creación de una mesa de seguimiento de la economía colaborativa

También en España la Fundación FIDE organizó durante el curso académico 2015-2016 un grupo de trabajo denominado “Conexión colaborativa: Oportunidades en un presente continuo”, integrado por juristas y economistas, con el objetivo declarado de *“avanzar en una propuesta que contribuya a la definición de unos principios de actuación y que sirvan de base para conseguir que la regulación sea un instrumento que fortalezca la competitividad”*⁸. Este informe identifica siete claves, que según sus autores *“deberían estar en cualquier regulación o análisis que se pretenda hacer de la materia”*; son éstas:

1. No parece razonable abordar una regulación general de la economía colaborativa como tal porque abarca sectores y actividades muy diferentes
2. Las normas deberían basarse más en principios que en reglas muy detalladas, que corren el riesgo de quedarse obsoletas por la pura evolución de la tecnología y/o de los modelos de negocio.
3. La regulación, en el caso de que sea necesaria, debería ser proporcionada y no incluir más restricciones a la actividad que las que sean estrictamente imprescindibles.
4. Se debería fomentar la autorregulación de las actividades que se desarrollan dentro de la sharing economy.
5. La necesidad y proporcionalidad de las normas debería alcanzar las materias fiscales. Principalmente a nivel de obligaciones formales.

⁸ Accesible dentro del portal de FIDE, en la dirección electrónica siguiente: <http://www.fidefundacion.es/docs/Sesiones2016/Conclusiones%20grupo%20de%20trabajo%20Fide%20Conexion%20Colaborativa.pdf>

6. Empieza a ser imprescindible que los juzgados y tribunales nacionales interpreten cuál es la naturaleza jurídica de los marketplaces y bajo qué premisas y circunstancias les es de aplicación la exención recogida en el art. 14 de la Directiva de e-commerce
7. Antes de adoptar cualquier regulación relacionada con esta materia, con vendría conocer a fondo su problemática así como analizar las “mejores prácticas” que ya se estén aplicando en otras ciudades o países.

3. LA AGENDA REGULADORA LABORAL: PROPUESTAS PARA REGULAR EL TRABAJO EN PLATAFORMAS

Si aceptamos que existe una “agenda reguladora” para la economía colaborativa, entonces debemos aceptar también que dentro de ésta debe encontrarse, necesariamente, una “agenda laboral”, porque como se ha dicho antes en las prestaciones de servicios que se realizan con estos soportes se identifican algunas de las mayores carencias del Derecho tradicional. Es indudable que los trabajadores pueden verse especialmente afectados por las plataformas colaborativas⁹. Algunos efectos se adivinan positivos, como la creación de empleo o su capacidad para activar profesionalmente a determinados colectivos. Otros, sin embargo, se anuncian como nocivos, entre los que destaca la generalización de un trabajo autónomo de escasa cuantía y calidad, el deterioro de las condiciones de trabajo, la insuficiencia de rentas, la desprotección social, la falta de desarrollo profesional...¹⁰.

En consecuencia el Derecho del Trabajo tiene su propia agenda reguladora respecto del trabajo en plataformas, unas cuestiones prioritarias que se identifican a partir de dos parámetros: la existencia de problemas reales o potenciales, desde la perspectiva que le ocupa, la de los trabajadores; y las prioridades de este sector del ordenamiento en su actividad reguladora, que incluyen desde luego (y todavía) la protección de los ciudadanos en el mercado de trabajo. Existe consenso un considerar este fenómeno “un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo”¹¹.

⁹Véanse al respecto las reflexiones de A. TODOLI, “*El trabajo en la era de la economía colaborativa*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, *passim*, en lo que fue un estudio monográfico pionero en la materia. Otros estudios generales de interés sobre este tema son los P. PÁRAMO MONTERO, “Las nuevas formas emergentes de trabajo, Especial referencia a la economía colaborativa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº128, 2017, pg. 183; y F. TRILLO PÁRRAGA, F. “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, nº 76, 2016, pg. 59.

¹⁰Un estudio muy completo sobre estas consecuencias puede encontrarse en G. VALENDUC & P. VENDRAMIN, “*Work in the digital economy: sorting the old from the new*”, European Trade Union Institute Working Paper 2016.03; Bruselas, 2016.

¹¹Entre otros muchos, F. CAVAS MARTÍNEZ, “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 CEF*, nº 406, 2017, pg.23.

Teniendo en cuenta la fase en que nos encontramos del tratamiento de esta materia, en la que se identifican y denuncian los problemas y se constata en una mayoría de los casos la falta de respuestas válidas del ordenamiento, es lógico que hayan sido numerosas las aportaciones de instituciones y personas interesadas, promoviendo cambios legislativos. Cada una de éstas presenta, a su modo, su propia agenda reguladora para solventar las cuestiones laborales de la economía colaborativa.

Son muchos, como se ha dicho, los documentos que analizan el impacto de esta realidad en el mundo del trabajo. De éstos son también numerosos los que identifican los aspectos que requieren una atención preferente del legislador.

Comenzaremos con la ya citada Comunicación de la Comisión sobre “Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa. Ésta contiene un punto 2.4 titulado “Trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia en la economía colaborativa”. En su análisis de este fenómeno se parte de que *“la economía colaborativa crea nuevas oportunidades de empleo, genera ingresos más allá de las relaciones de empleo lineares tradicionales y hace posible que las personas trabajen con arreglo a modalidades flexibles”*. Ahora bien, se constata también que esto *“puede crear incertidumbre en cuanto a los derechos aplicables y el nivel de protección social”*. Y ello porque *“las modalidades de trabajo en el contexto de la economía colaborativa se basan a menudo en tareas individuales realizadas de manera ad hoc, más que en tareas realizadas regularmente en un entorno y un marco temporal preestablecidos”*.

La Comisión, a mi juicio acertadamente, no analiza este fenómeno de manera aislada, sino que considera que forma parte de un cambio más estructural: *“la frontera entre trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena es cada vez más difusa, y hay un aumento del trabajo temporal y a tiempo parcial, y del pluriempleo”*. Sin embargo, la Comisión no entra a fondo en esta cuestión, y se centra tan sólo en un problema concreto de los detectados en este sector: la identificación del tipo de relación de trabajo que se genera en la plataforma, si subordinada o por cuenta ajena. Este enfoque se justifica por lo limitado de las competencias unioneuropeas en materia laboral, y el escaso desarrollo de la legislación europea en la materia.

Partiendo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, identifica los elementos fácticos que determinan la laboralidad de una relación, y los analiza desde la perspectiva del tipo de servicios que se prestan a través de las plataformas digitales. La recomendación que de esto deduce la Comisión para los Estados miembros se queda en un plano muy general:

A fin de ayudar a las personas a aprovechar todo su potencial, aumentar la participación en el mercado de trabajo y fomentar la competencia, al tiem-

po que se garantizan una condiciones de trabajo justas y una protección social adecuada y sostenible, los Estados miembros deberían:

- *evaluar la adecuación de su normativa nacional en materia de empleo, considerando las diferentes necesidades de los trabajadores por cuenta propia y ajena en el mundo digital, así como la naturaleza innovadora de los modelos de empresa colaborativa;*
- *ofrecer orientación sobre la aplicabilidad de su normativa nacional en materia de empleo a la luz de modelos laborales de la economía colaborativa*

La misma Comisión Europea promovió la elaboración de un estudio monográfico sobre los aspectos laborales, en el que se incluían propuestas concretas para los legisladores¹². Estas propuestas promueven crear una Estructura de Apoyo Justa y Digna (“Fair and Dignified Support Infrastructure, FDSI), basada en una serie de “pilares” que permitiría un desarrollo adecuado de las plataformas:

- Establecimiento de un salario mínimo, junto con un máximo número de horas de trabajo al día; la aceptación de uno y otro no debería poder ser utilizado por las plataformas para desactivar o extinguir los contratos de los trabajadores
- Introducción de alguna forma mínima de protección social y de aseguramiento de la salud
- Estudio de alguna forma de aseguramiento por daños a terceros, así como algunas formas de medidas de protección de la salud y seguridad
- Regulación de tipo y frecuencia de las diversas formas de control tecnológico y de la utilización de los datos del trabajador para asegurar la protección de su intimidad
- Debe asegurarse que la clasificación algorítmica automática y las calificaciones reputacionales no producen, al maximizarse los volúmenes de las plataformas, discriminación por razón de género, origen étnico, raza y edad.

El mismo pleno del Comité Económico y Social Europeo (CESE) que aprobó el Dictamen sobre “La economía colaborativa y la autorregulación” aprobó otro sobre “La evolución de la naturaleza de las relaciones de trabajo y su impacto en el mantenimiento de un salario digno, así como la incidencia de los avances tecnológicos en el sistema de seguridad social y el Derecho laboral”¹³. Este docu-

¹² “*The future of work in the sharing economy. Market efficiency and equitable opportunities or unfair precarisation?*”; Bruselas, 2016.

¹³ “La evolución de la naturaleza de las relaciones de trabajo y su impacto en el mantenimiento de un salario digno, así como la incidencia de los avances tecnológicos en el sistema de

mento se centra en temas laborales, aunque no se ciñe al trabajo en plataformas sino que se refiere al impacto de los cambios tecnológicos en el mercado de trabajo. En la práctica, sin embargo, gran parte de sus conclusiones se refieren a la economía colaborativa, por lo que puede considerarse, de alguna manera, como el complemento laboral del informe anterior (que ya tenía sus propias referencias al trabajo en plataforma). Es un documento que tiene a mi juicio un gran interés a los efectos de este trabajo, porque contiene su propia delimitación de prioridades para los gobiernos en relación con esta modalidad de economía.

El punto de partida es que la naturaleza de las relaciones de trabajo y empleo está evolucionando con suma rapidez, lo que hace necesario *“evaluar las consecuencias de esta evolución para el mercado y la normativa laborales, la economía, los sistemas fiscal y de seguridad social, y el salario digno”*. La apuesta por una intervención normativa es clara: *“Europa y sus interlocutores sociales tienen un papel clave que desempeñar para garantizar que este proceso conduzca a un resultado positivo, justo y sostenible, y que se afronten todas las zonas grises en materia de derechos y protecciones”*.

Los objetivos de esta intervención deben ser *“crear unas condiciones igualitarias y justas en el ámbito de la economía digital para los trabajadores y para las empresas de todos los tamaños y sectores, así como reforzar las competencias digitales”*.

En cuanto a los instrumentos para desarrollar esta iniciativa, el Comité recomienda que *“la Comisión Europea, la OCDE y la OIT trabajen en conjunción con los interlocutores sociales para desarrollar normas adecuadas sobre las condiciones de trabajo dignas y la protección de los trabajadores en línea y de los trabajadores acogidos a otras nuevas relaciones laborales”*. También considera que desarrollar un enfoque a escala de la UE sería beneficioso, siendo consciente de que la mayoría de las acciones deberán llevarse a cabo a escala nacional, sectorial o en el lugar de trabajo.

Las materias sobre las que debe producirse se señalan igualmente, y son (entre otras que no se refieren directamente a la economía colaborativa):

- proteger la calidad y la sostenibilidad financiera de los sistemas de protección social en toda la UE, incluyendo el desarrollo de *“modelos adaptados de protección social que abarquen más formas flexibles de empleo, garantizando que todos los trabajadores participan de unos niveles adecuados de protección social, incluidos los trabajadores autónomos que quedan al margen de las modalidades tradicionales del sistema del bien-*

seguridad social y el Derecho laboral”; Dictamen exploratorio (2016/C 303/07) (DOUE serie C nº 303, de 19.8.2016).

estar”. Esto debería tenerse en cuenta en el desarrollo del pilar de derechos sociales de la UE.

- disponer de más datos y análisis en el nivel de la UE sobre “*la extensión del empleo en régimen de externalización abierta (crowd employment), las características de los trabajadores que participan en este tipo de empleo (crowd workers), la variedad de las nuevas formas de empleo como son los contratos «de cero horas» y «según demanda» y las nuevas profesiones, los contratos de Derecho civil, la envergadura de la «economía de plataformas», los sectores en los que opera y su distribución geográfica en la UE*”¹⁴. Esto debe incluir cambios en las estadísticas sobre el mercado de trabajo
- aclarar la situación jurídica de los nuevos intermediarios del mercado laboral, como las plataformas en línea, “*para poder identificarlos en las estadísticas oficiales, hacer un seguimiento de su crecimiento y establecer qué normas, obligaciones, responsabilidades y reglas de funcionamiento deben aplicarse, y qué órganos reguladores deben ser responsables de la inspección y el control del cumplimiento, reconociendo a la vez que estas plataformas pueden ser una fuente de innovación, oportunidades de empleo y crecimiento económico*”.
- abordar, en relación con las plataformas en línea, el trabajo en régimen de externalización abierta (*crowdsourcing*), el empleo por cuenta propia económicamente dependiente y otras nuevas formas de empleo por cuenta propia, las cuestiones relacionadas con la regulación de la actividad de los intermediarios, la responsabilidad por accidentes, daños y deficiencias del servicio, a fin de proteger a los trabajadores, los consumidores y el público en general.
- aclarar si las normas de la UE vigentes en materia de seguridad y salud en el trabajo son aplicables a estas nuevas formas de empleo, así como los procedimientos para tratar el incumplimiento de dichas normas, la responsabilidad de las inspecciones y los seguros de responsabilidad para trabajadores, consumidores y terceros
- atribuir a las inspecciones de trabajo la función de incluir estas formas de empleo en su ámbito de actividad, de acuerdo con las prácticas nacionales, y los inspectores deben recibir la formación, las competencias y los recursos adecuados.

¹⁴Esto, según el CESCE, “*contribuirá a evaluar las necesidades de las empresas y los trabajadores cuando se recurre a esas formas de empleo*”.

- analizar la incidencia en el alcance de la negociación colectiva en los sectores afectados, teniendo en cuenta que muchos trabajadores pueden quedarse fuera de las estructuras de negociación colectiva y de la representación sindical¹⁵.
- disponer de orientaciones en torno a la aplicación de las normas de competencia para los trabajadores autónomos en una situación similar al trabajo por cuenta ajena¹⁶.
- investigar el estatuto contractual de los trabajadores que participan en plataformas de trabajo en régimen de externalización abierta (*crowd workers*) y en otras nuevas formas de relaciones de trabajo y empleo, así como las obligaciones de los intermediarios, teniendo en cuenta la capacidad de estos trabajadores para negociar el pago, las horas, las condiciones, las vacaciones, las pensiones, los derechos de maternidad, los seguros de salud a cargo del empleador y otros derechos relativos al empleo, y la titularidad de la propiedad intelectual producida.
- Disponer de directrices para aclarar posibles zonas grises vinculadas al estatuto laboral en lo que respecta a la fiscalidad y la seguridad social

Uno de los aspectos más interesantes de esta propuesta es su amplitud, pues se refiere no sólo a aspectos laborales sino también de protección social (algo común en estas propuestas) y de políticas de empleo, lo que es menos frecuente. Desde el punto de vista de éstas, el CESE también tiene sus propias ideas. Por un lado, propugna analizar la incidencia de estos cambios en las competencias y que se evalúe qué programas de formación continua, actualización y mejora de las cualificaciones están a disposición de los trabajadores acogidos a estas nuevas relaciones. Por otro, recomienda a la Comisión Europea que planifique su agenda política en esta materia de un modo que facilite la transformación digital de las economías y los mercados de trabajo. Al mismo tiempo, le pide que intente maximizar la calidad de las oportunidades de empleo que puedan surgir como consecuencia de la digitalización de nuestras economías. En su opinión, las políticas del mercado laboral también deben tener por objeto proteger y reciclar

¹⁵ En relación con esta materia el CESE expresa su preocupación por la posibilidad de que, en el caso de los trabajadores que se consideran trabajadores autónomos, pueda cuestionarse su derecho de libre asociación al considerar la asociación como la formación de un cártel, corriendo el riesgo de que entren en conflicto con las normas de competencia de la UE. Es necesario abordar y solventar estas preocupaciones, que podrían suponer una amenaza a un derecho tan fundamental.

¹⁶ En este contexto el CESE considera que aplicar lo que la OIT entiende por «trabajador» en lugar del término más restrictivo de «trabajador asalariado» podría resultar útil para entender mejor cómo deben aplicarse los principios y derechos fundamentales en el trabajo, cuyo disfrute no deberían impedir las normas de competencia de la UE.

o actualizar las cualificaciones de aquellos que se verán afectados por la digitalización. Es por ello que el CESE recomienda que se establezcan a este respecto derechos y protecciones eficaces, así como medidas de supervisión y control del cumplimiento, a fin de evitar mayores desigualdades de ingresos y la reducción de la renta disponible, y para garantizar la gestión sostenible y el potencial de crecimiento económico en toda la UE.

La OCDE ha publicado también un documento sobre los cambios que está produciendo esta economía colaborativa, en el que señala una serie de “policy issues” a discutir en el tratamiento de estas formas de empleo. Se trata del informe “*New forms of work in the digital economy*” de 2016¹⁷. En concreto se identifican estos aspectos que requieren prioritariamente de atención por el regulador laboral:

- Estatus jurídico del proveedor
- Multiactividad (“multi-jobbing”)
- Competencia entre proveedores y reputación on-line
- Principios fundamentales y derechos de los trabajadores
- Tareas y capacidades de los proveedores
- Papel de las plataformas como reguladores y ejecutores
- Privacidad
- Evaluación de los marcos regulatorios
- Necesidades de medición

4. IDENTIFICANDO LAS MATERIAS PRIORITARIAS

Sin pretender corregir estas propuestas, corresponde en este trabajo que su autor elabore la suya propia, distinguiendo de todas las cuestiones que se plantean aquellas que justifican una intervención de los distintos agentes reguladores¹⁸. A

¹⁷ OECD, “*New forms of work in the digital economy*”. Se trata de un informe técnico presentado para el encuentro ministerial de la OCED sobre economía digital, celebrado en junio de 2016 en Cancún (México). Accesible en http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/new-forms-of-work-in-the-digital-economy_5jlwnklt820x-en.

¹⁸ No es la primera vez que he estudiado esta cuestión, realizando mis propias sugerencias para una regulación de la economía colaborativa. Así, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal”, *Creatividad y Sociedad*, nº 26, 2016; y “El jurista del trabajo ante la economía colaborativa”, en HERNÁNDEZ BEJARANO & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (dir), “*Economía colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos*”, Bomarzo, Albacete, 2017.

mi juicio, y para ser coherente con nuestra condición de laboristas, la agenda reguladora laboral la conforman aquellas cuestiones que deben ser tratadas de manera prioritaria por el Derecho del Trabajo; no porque no lo estén o lo estén defectuosamente, lo que podría ser también una metodología de trabajo, identificando las lagunas reguladoras; sino por otras consideraciones que no son estrictamente técnicas, porque nosotros definimos lo prioritario con nuestros propios parámetros. Un primer parámetro, ya que estamos hablando de prioridades, es la existencia de problemas reales, constatados en el trabajo en plataformas desde la perspectiva que le ocupa, la de los trabajadores. Un segundo parámetro debe ser la coherencia con las prioridades de este sector del ordenamiento, que incluyen desde luego (y todavía) la protección de los ciudadanos en el mercado de trabajo. A la hora de regular estas actividades ya se han identificado los numerosos objetivos que se puede plantear el legislador. En la agenda laboral debemos tener claros cuales son los nuestros, que no coinciden completamente con los que encontramos en otras ramas del Derecho.

4.1. Trabajo en plataformas y economía informal

Una cuestión fundamental, que concentra también una gran atención de quienes estudian este fenómeno, es el de su papel potencial para generar ilegalidad, ya que es fácil que su prestación se produzca al margen de las obligaciones legales. Esto afecta a los deberes laborales y de Seguridad Social, pero también a los fiscales, administrativos y en general a todo lo que tenga que ver con el cumplimiento regulatorio. Este riesgo se genera por la coincidencia de una serie de factores: la dispersión y la invisibilidad de su contratación, muy marcada en algunas plataformas; la inadecuación del marco regulador en muchos sectores; la escasa dimensión económica de las transacciones, en muchos casos; y la contaminación cultural de ideas de la economía colaborativa real, que se pretendía permaneciera al margen de los cauces oficiales.

De ahí que se señale que la economía colaborativa tiene un alto potencial de ser también economía sumergida. Y si no del todo, si en algunas partes fundamentales: una plataforma de transporte puede cumplir con deberes fiscales¹⁹, incluso con los laborales y de seguridad social, pero no hacerlo con las reglas propias de esta actividad cuando afecta a pasajeros.

Desde un punto de vista laboral este riesgo puede producirse en todas las maneras en que se manifiesta la huida del Derecho del Trabajo: ocultación del contrato de trabajo entre prestador y receptor por lo que no se identifica un em-

¹⁹M.A. HUETE, “Riesgo tributario y economía colaborativa”, en HERNÁNDEZ BEJARANO & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (dir), “*Economía colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos*”, Bomarzo, Albacete, 2017.

pleador que gestione las responsabilidades propias de esta condición; invisibilidad de una prestación de servicios objeto de regulación legal y convencional, por lo que la ordenación de éstos queda sometida tan sólo a la voluntad de las partes, con lo que ello supone; falsa calificación del trabajo, con elusión de la normativa correspondiente; de esto me ocuparé más adelante²⁰.

Respecto de este riesgo es necesario tener que cuenta que el incumplimiento de los diversos deberes legales no obedece siempre a una voluntad defraudadora, sino que en ocasiones es consecuencia de la falta de mecanismos adecuados para la tributación y cotización de trabajos de escasa duración y retribución. Fraude y vacío normativo producen sin embargo un mismo efecto.

Este incumplimiento, que como se ha dicho puede tener diferentes grados, es uno de los factores que más ha reforzado la resistencia frente a este modelo de prestación de servicios. En la experiencia de muchos países se ha comprobado que este efecto no era una amenaza hipotética, sino un riesgo real. Ahora bien, en este punto como en otros de este fenómeno hay que distinguir dentro de la enorme variedad de situaciones que podemos encontrar, fruto de la diversidad de modelos de negocio de cada una de las plataformas que operan en el mercado.

Desde otro punto de vista, no hay que olvidar que la utilización de plataformas puede ser también un instrumento útil para el control de actividades económicas y el afloramiento de economía sumergida, al quedar trazas de la contratación y prestación de estos servicios en los mismos canales tecnológicos que los soportan. Las plataformas no dejan de ser un canal de intercambio abierto y, hasta cierto punto, transparente. El soporte digital asegura una trazabilidad completa de las transacciones realizadas. Su punto fuerte está precisamente en la capacidad de transmitir información fiable al mayor número posible de destinatarios. Si esta información llega a los sujetos responsables del cumplimiento regulatorio de las distintas actividades económicas, este riesgo de ocultación se vería reducido. Si se involucra a estas entidades en tal cumplimiento, del que se haría depender su capacidad de operar, todas estas actividades aflorarían. Este tipo de colaboración se está produciendo ya en un sector que ha precedido por algunos años al que nos ocupa, el del juego on-line, que ha diseñado mecanismos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los jugadores que obtienen premios.

Se trataría, por ello, de un problema regulatorio, no uno estructural de estas formas de empleo. Cabría incluir, pues, dentro de la agenda laboral un capítulo

²⁰ Un estudio completo de los costes para los trabajadores y para la sociedad de los trabajos 3.0, en una perspectiva norteamericana, en B. ROGERS, "The Social Costs of Uber", *The University of Chicago Law Review*, n° 82, 2005, pg. 85.

dedicado a los mecanismos de control público de esta actividad, que podrían ser variados: obligaciones de información por parte de los intermediarios; exigencia de acreditación del cumplimiento de deberes administrativos para poder inscribirse en el listado de proveedores; control de los pagos para deducir las obligaciones fiscales y de aseguramiento social...

El problema para asegurar que estas obligaciones se asuman no viene sólo por el formato en que se prestan los servicios, sino que en una mayoría de los casos la escasa dimensión (económica y temporal) del servicio se constituye como una dificultad adicional para ello. Es por ello que se ha propuesto utilizar mecanismos alternativos de pago, que aseguren que estas obligaciones sean respetadas de manera automática. Se trata de medios del tipo “bono” o “voucher” con los que se pagaría al prestador del servicio; y que al cambiarlos éste por dinero efectivo tendrían una reducción por las cargas fiscales y de seguridad social, que se abonarían de manera automática a la administración correspondiente. Mecanismos de este tipo están siendo utilizados en algunos países vecinos, como Portugal o Italia, si bien al margen del caso particular de la economía colaborativa. A pesar de todas las críticas que han generado, suponen una posibilidad a explorar.

Desde el punto de vista de los instrumentos regulatorios, serían las condiciones de contratación de estas plataformas, las que deben respetarse para poder acceder a ellas como prestador o cliente, dónde debería incluirse el cumplimiento de estas obligaciones de todo tipo, sin las que se excluiría al usuario de éstas. Pero sería igualmente necesario arbitrar instrumentos para imponerles tal colaboración, de tal modo que ésta se hiciera requisito indispensable para poder funcionar legalmente. La imposición de una autorización para poder operar como intermediario tecnológico resultaría el vehículo más adecuado para este fin, con independencia del debate existente sobre la necesidad o adecuación de barreras de entrada en este sector.

4.2. Economía colaborativa y deslaboralización de las prestaciones de servicios

El trabajo en plataformas se presta en un contexto normativo basado todavía en una dicotomía laboral/no laboral que determina la aplicación o exclusión en bloque del Derecho del Trabajo. En la mayoría de los casos el trabajo en plataforma se basa en un paradigma de trabajador autónomo, al que se llama free-lance, carente de todo tipo de vinculación laboral ni con ésta ni con sus clientes. Otra cosa es que lo sea realmente, o por el contrario oculte prestaciones de trabajo asalariado. Una de las principales críticas que se hacen a la economía colaborativa desde el punto de vista que nos ocupa es que está forzando una calificación de actividad por cuenta propia a situaciones en las que lo que hay es trabajo por

cuenta ajena, provocando una huida del Derecho del Trabajo en detrimento de los prestadores de servicios²¹.

Los efectos de esta deslaboralización se producen en dos direcciones. De un lado, mina la eficacia reguladora del ordenamiento laboral, del que escaparían sectores enteros del mercado de trabajo. De otro, actúa como un factor de precarización para cada trabajador individual, al impedir la aplicación de sus mecanismos tuitivos.

Las dificultades para la calificación de los servicios prestados por estos canales es en estos momentos un aspecto central en los debates sobre los aspectos laborales de la economía colaborativa. La presencia de un trabajo monográfico sobre esta cuestión en este mismo número monográfico me exime de entrar a tratarlo con mayor extensión²². Esta cuestión se ha planteado, sin embargo, respecto de un número reducido de plataformas, de primera generación, que han concentrado los debates sobre el tipo de trabajo que generan: Uber, principalmente, que es un caso muy particular que no debe servirnos de pauta para enjuiciar lo que ocurre en otras plataformas. Y ello porque opera con un modelo que podemos calificar como, “extremo”, poco comparable con otras plataformas, por el grado de intervención y de control que retiene sobre los conductores; un grado que no es el común en este sector de la economía²³. Otras plataformas sí son en realidad intermediarios tecnológicos, actuando como canales avanzados de intercambio de información entre oferta y demanda de servicios. La verdadera relación jurídica puede establecerse entre el trabajador y el destinatario de los servicios, a través de los cauces de contrato de servicios, operando la plataforma sólo en el momento de la contratación, como mediador o agente. Uber es, en este sentido, un mal ejemplo. Debemos considerar por ello que las dudas sobre la laboralidad de la relación entre esta empresa y sus conductores pueden no resultar extensibles a otros negocios del sector²⁴.

²¹ Son numerosos los estudios que se han dedicado en España a la cuestión de la calificación de los servicios prestados a través de estas entidades. Entre otros, A. TODOLI SIGNES, “*El trabajo...*”, op.cit., pg.47 sigts.;

²² Me remito al trabajo de S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas”, en este mismo número de Temas Laborales.

²³ Por el contrario, un estudio de los distintos tipos de trabajos en plataformas nos indica que muchas de éstas se separan del modelo implantado por esta empresa de transporte. En pocos casos vamos a encontrar un nivel de control sobre los trabajadores, predeterminación de los servicios y precios e imagen exterior como las que Uber imponía a sus conductores.

²⁴ Sobre las relaciones laborales de los trabajadores de Uber, entre otros muchos, R. GUTIÉRREZ ARRANZ, “Las relaciones laborales en la economía colaborativa: el caso Uber en Estados Unidos”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, 187/2016, pg. 161; A.TODOLI SIGNES, “El impacto de la “Uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales

No es una cuestión técnica ni neutral: las propias plataformas pretenden excluir la condición de empleador intentando dirigir la relación jurídica que les une con las personas que prestan los servicios que proveen hacia otros modelos. Se presentan como meros intermediarios, que quedan fuera del nexo entre las partes reales del contrato, trabajador y cliente; “intermediarios tecnológicos”, más precisamente, para indicar que se limitan a suministrar el soporte técnico necesario para este intercambio. Esto es un elemento fundamental para el modelo de negocio de una mayoría de éstas, que no resultaría sostenible si asumieran la condición de parte empleadora en contratos de trabajo con estas personas. En las condiciones contractuales de algunas de estas plataformas se establece con claridad esta naturaleza; muchas de éstas llegan a imponer una terminología propia e inventada para evitar el uso de cualquier denominación que pudiera sonar a trabajo asalariado, y así recurren a expresiones como “turks”²⁵, “raiders”²⁶, conductores, “slashers”, “coworkers”, colaboradores, proveedores, prosumers...

Es claro que esta exclusión de la laboralidad es lo que más ha preocupado a los laboralistas, que afrontamos desde hace décadas fenómenos de huida del Derecho del Trabajo a través de la figura del falso autónomo²⁷. Está fuera de

en el contrato de trabajo”, *IusLabor* 3/2015 Pg.8; A.TODOLÍ SIGNES, “El trabajador en la UBER economy: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario”, *Trabajo y Derecho*, nº 25, 2017, pg. 43; CALVO GALLEGO, “Uberpop como servicio de la sociedad de la información o como empresa de transporte: su importancia para y desde el Derecho del Trabajo”, en HERNÁNDEZ BEJARANO & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (dir), “Economía colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos”, Bomarzo, Albacete, 2017 J. MOLINA, “Los retos laborales de la “on-demand economy”: el caso Über”, Cuatrecasasblog.com, 28 de octubre de 2015; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “El trabajo 3.0...”, op.cit. supra; E. ROJO TORRECILLA, “Uber (Uberpop): ¿Relación laboral entre la empresa y los conductores? ¿Economía colaborativa? Notas para un posible caso práctico del próximo curso académico (I y II)”, El Blog de Eduardo Rojo, agosto 2015, accesible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/uber-uberpop-relacion-laboral-entre-la_31.html.

²⁵ Así se hace en una de las plataformas más importantes para la prestación de servicios profesionales, Amazon Mechanical Turk. Lo de “turk” (turco) viene del nombre del servicio, que se inspira en el legendario “turco mecánico”, un robot ajedrecista y más o menos antropomorfo que recorrió Europa en el siglo XVIII. Un excelente y completo estudio de los aspectos jurídico-laborales de esta plataforma en A. GINÈS i FABRELLAS, “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso de Amazon Mechanical Turk”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº6, 2016.

²⁶ Este es el caso de Deliveroo, plataforma a través de la cual se contrata el transporte a domicilio de comidas de restaurantes; los que realizan el transporte, en bicicleta o motocicleta, reciben este nombre, “riders” (jinetes), inspirados en los clásicos jinetes del Pony Express norteamericano del siglo XIX.

²⁷ Entre otros muchos, J.C. GARCÍA QUIÑONES, “Desarrollo tecnológico y nuevas maneras de trabajar: ¿Hacia una reconfiguración en los contornos del derecho del trabajo?”; y A. TODOLÍ SIGNES, “El trabajador en la “Uber economy”: Ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario”; ambos trabajos son comunicaciones presentadas al XXVI Congreso de la AEDTSS; Córdoba, 2016.

discusión que algunos trabajadores digitales son verdaderos asalariados; también lo está que las particularidades de la forma de realizarse esta actividad complican la tarea, de por sí difícil, de determinar la presencia o ausencia de los criterios de laboralidad. Hasta ahora han sido los jueces y la administración laborales en diversas jurisdicciones los que han venido ocupándose de esta tarea. Ante las dificultades encontradas, se está promoviendo también que se produzca alguna intervención del legislador laboral que contribuya a aclarar la cuestión, declarando formalmente el carácter de trabajador asalariado de los prestadores de servicios a través de estas plataformas. Como alternativa, se ha propuesto también su conceptualización como una relación laboral especial²⁸, lo que supondría igualmente facilitar su inclusión dentro del ámbito regulador del Derecho del Trabajo.

No es común que el legislador adopte decisiones sobre integración de colectivos concretos dentro del ámbito laboral. La delimitación del trabajo asalariado no se hace con un método tipológico, enumerando los colectivos que reciben esta naturaleza, sino a través de la identificación de unos criterios definitorios, aplicados por los tribunales mediante indicios. Con todo no es descabellado ni inaudito que se identifiquen a grupos de trabajadores para aclarar o imponer su carácter laboral, y de hecho tenemos algunos precedentes en España²⁹.

Ahora bien, considero que no es bueno confiar demasiado a esta labor de identificación de la laboralidad. Porque hacerlo, además de las dificultades técnicas que supone, puede no resultar adecuado. La laboralización generalizada e indiscriminada del trabajo en plataformas no es una respuesta adecuada, ante la gran variedad de supuestos que podemos encontrarnos, para algunos de los cuales ésta resultaría del todo improcedente. Si mantenemos la dicotomía constituyente del Derecho del Trabajo, muchas de estas personas quedarían en los espacios del autónomo, no en los del asalariado.

4.3. Economía colaborativa y precarización del empleo

Otra gran preocupación que provoca el trabajo digital es el de la calidad del empleo que genera. Con independencia de su condición, si por cuenta propia o ajena, existen a estas alturas muchas evidencias que las condiciones en las que se prestan estos servicios suponen en una mayoría de los casos un empeoramiento respecto de las que reciben los trabajadores convencionales³⁰.

²⁸ Esta es la propuesta de F. CAVAS MARTÍNEZ, en op.cit., pg. 55; y de A.TODOLI SIGNES, expresada en varios de sus trabajos.

²⁹ Como muestra de inclusión expresa por el legislador podemos indicar el caso de los altos directivos y los empleados de servicio doméstico, a partir de la primera versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980. Como muestra de exclusión, los transportistas autónomos en 1994.

³⁰ Un estudio completo de los costes para los trabajadores y para la sociedad, centrado en

Esta pérdida de calidad se percibe en todas las dimensiones de ésta³¹. Al realizarse por lo general servicios de escasa entidad y duración, los ingresos que se obtienen pueden ser escasos e irregulares, insuficientes para cumplir su función de asegurar los ingresos suficientes para la economía doméstica. En esto la economía colaborativa se asemeja a otro de los grandes problemas de nuestro mercado laboral, la pobreza en el trabajo, que se ha aguzado tras las reformas laborales de la crisis financiera mundial³². El Estado del Bienestar está viendo erosionada una de sus bases, la integración social mediante el trabajo, por la pérdida de calidad de los empleos, que ya no bastan para producir este efecto integrador.

La irregularidad de los ingresos se acompaña de la inestabilidad de los empleos que se genera, que se agotan con la prestación del servicio contratado sin generar más compromiso para la plataforma que el aceptar la disponibilidad de la persona para otro encargo. Esto tiene consecuencias en cadena: falta de carrera profesional, mayor incidencia de los riesgos profesionales, ausencia de formación a cargo de la empresa...

Dentro de esta faceta presenta una especial gravedad la cuestión del tiempo de trabajo, uno de los campos de protección más avanzada del Derecho del Trabajo tradicional. El tipo de demanda que reciben estos proveedores no encaja en los módulos horarios tradicionales, y generalmente exige una inmediatez que haga imposible respetar los límites estándares de horario y jornada. Este no es un problema exclusivo del trabajo en plataformas, ni siquiera del empleo en sectores intensivos en tecnología³³. Tiene que ver más bien con otros factores como la situación del mercado de trabajo, las exigencias de flexibilidad, las presiones

la realidad europea, Un estudio muy completo sobre estas consecuencias puede encontrarse en G. VALENDUC & P. VENDRAMIN, “*Work in the digital economy: sorting the old from the new*”, European Trade Union Institute Working Paper 2016.03; Bruselas, 2016.

³¹ Para un estudio crítico sobre las consecuencias laborales de la gig economy, M.L. BIRGITTO, “El trabajo en la era de la gig-economy. Una aproximación desde una perspectiva internacional”, *Trabajo y Derecho*, nº 29, 2007.

³² Para un completo y actualizado estudio de esta cuestión me remito al trabajo de CALVO GALLEGO & GÓMEZ-ÁLVAREZ (dirs.), “*Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo*”, Laborum, Murcia, 2017

³³ El reciente debate sobre el llamado “derecho a la desconexión”, intensificado tras las reformas legales en Francia y las experiencias negociales en países como Alemania o España, es buena muestra de la actualidad de este problema. Las instituciones tradicionales de ordenación del tiempo de trabajo se han visto superadas por las exigencias de las empresas y de sus clientes, imponiendo jornadas excesivas y afectando a la vida laboral y personal de las personas que trabajan. Contamos ya con alguna publicación científica de calidad al respecto. Véanse en este sentido los trabajos de F. Alemán Páez, “El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail N° 2016-1088”, *Trabajo y derecho*, nº. 30, 2017, pg. 12; y de M. R. Vallecillo Gámez, “El derecho a la desconexión: ¿«Novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso?”, *Revista de trabajo y seguridad social CEF*, nº. 408, 2017, pg. 167.

competitivas o la internacionalización de las empresas. En el que nos ocupa se produce con especial virulencia, potenciado por el tipo de servicios y el canal de contratación. El frecuente carácter transnacional que tienen estos servicios puede incrementar este efecto, al coincidir los períodos de actividad del cliente con los de descanso del trabajador, que se ve obligado a renunciar a ellos.

Más aún, lo irregular de los servicios que se contratan y su escasa cuantía presiona a los trabajadores digitales a estar disponibles más tiempo, y ocuparse en un mayor número de encargos para poder incrementar sus ingresos; cuando no es la misma plataforma la que obliga a aceptar todos estos encargos so pena de quedar excluido del elenco de proveedores. El resultado es un alto nivel de autoexplotación, que se incrementa el nivel de precarización que muchas plataformas suponen.

Por todo ello la economía colaborativa puede convertirse en el próximo factor de precarización de las relaciones laborales, impidiendo a la legislación laboral cumplir su función histórica en un Estado social³⁴. La principal amenaza es que surjan bolsas de trabajadores excluidos de su regulación, con condiciones económicas y laborales deficientes, y víctimas de una serie de precariedades en su trabajo, su vida profesional, su situación económica y sus expectativas personales³⁵.

No es sólo esto: también se ha advertido de la posibilidad de que se produzca un efecto de sustitución de empleos tradicionales, con condiciones válidas, por otros generados por las plataformas que colocan a los trabajadores en situaciones mucho peores.

Lo cierto es que la preocupación por este impacto es evidente. Se ha planteado si su generalización supone “*market efficiency and equitable opportunities or unfair precarisation*”³⁶. Y se ha hablado de “angustias de uberización”, para describir las preocupaciones generadas entre la comunidad iuslaboralista³⁷.

³⁴ En extenso A. TODOLI SIGNES, “El impacto de la “UBER economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor*, nº3/2015

³⁵ Un estudio del trabajo en plataformas desde la perspectiva de estos efectos en A. GINÈS i FABRELLAS & S. GÁLVEZ, “Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, *InDret*, Vol. 1, 2016. También E. DAGNINO, “Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº3, 2015.

³⁶ CODAGNONE, ABADIE & BIAGI, “*The future of work in the Sharing Economy*”, JCR Science for Policy Report, Sevilla, 2016.

³⁷ P. AUVERGNON, “Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al Derecho Laboral”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, nº 6, 2016, pg.1.

4.4. La desprotección social

El Derecho Social afronta también el desafío de asegurar el acceso de las personas que trabajan en plataformas a la protección social³⁸. En general se considera que los trabajadores de la economía colaborativa están en una situación desfavorable desde el punto de vista de los sistemas de seguridad social, especialmente aquellos basados en esquemas profesionales o en la provisión de protección por parte de empresas empleadoras. Sean asalariados o autónomos, la forma en que se relacionan con el mercado, con sus clientes y con la administración no es la estándar y tradicional, lo que genera riesgos evidentes de desprotección.

Esta desprotección puede operar a diversos niveles. De manera inmediata, pueden quedar al margen del sistema público, bien porque sus servicios quedan en el espacio de la economía informal, bien porque, aun prestándose de manera legal, no alcanzan las dimensiones consideradas como relevantes para activar la cobertura del sistema. Así se ha denunciado en España, donde la definición de trabajador autónomo a efectos de la inclusión en su régimen especial exige un elemento, la habitualidad, que puede no ser fácil de encontrar en los trabajadores en plataforma³⁹.

Al margen del acceso al sistema hay algunas prestaciones de la seguridad social pública que pueden plantear especiales complicaciones. En el largo plazo, los trabajadores digitales pueden encontrar muchos obstáculos para acceder a prestaciones de jubilación aceptables, dadas las particularidades de sus trayectorias profesionales, que se reflejan en sus carreras de seguro.

Los sistemas de seguridad social de carácter profesional presentan importantes carencias para garantizar las rentas de los trabajadores digitales. Su principal instrumento para ello, la protección por desempleo, se pensó para situaciones ocasionales de desocupación, entre períodos de empleo largos; la falta de empleo podía ser también larga, pero sería siempre una situación extraordinaria. La prestación se hace depender de la involuntariedad del paro, tanto desde el punto de vista del ingreso en éste (y para esto se construye la figura de la situación legal de desempleo) como de la permanencia en él (compromiso de actividad y aceptación de ofertas adecuadas). Y su objetivo es compensar la pérdida de rentas generada por la falta de salarios.

³⁸ En extenso E.M. HERNÁNDEZ BEJARANO, *ibidem.*; así como TODOLI SIGNES, “El trabajo...”, op. cit, pg. 77.

³⁹ Según el informe “Trabajo en plataformas digitales. Análisis y propuestas de regulación”, elaborado de manera conjunta por ADIGITAL y GoVup, es necesario que “*las cuotas de autónomos se adecuen al nivel de ingresos que generan y que los procedimientos se simplifiquen y digitalicen*”.

En la economía colaborativa la insuficiencia de rentas no va a venir tanto de la falta de empleo, sino de la incapacidad de éstos de producir un nivel adecuado de ingresos. Esta carencia de medios puede ser crónica o recurrente. Por ello la activación de la protección no puede basarse, como ahora, en una situación prefijada de pérdida de ocupación, sino que deberán tenerse en cuenta diversas circunstancias de la persona y de su núcleo familiar. De la misma manera, la condición de activo y la disposición a trabajar del beneficiario de las prestaciones por desempleo no puede verse ya al modo tradicional, a partir del cumplimiento de un compromiso de actividad de acuerdo con un modelo de contractualización de esta protección; antes bien, será el hecho de trabajar, paradójicamente, lo que demostrará esta condición. Trabajar, claro está, sin llegar a unos niveles considerados suficientes de ingreso, como consecuencia de las condiciones del mercado o las circunstancias personales y familiares⁴⁰.

No es de extrañar que en los debates sobre las transformaciones que la presente revolución tecnológica van a producir en el mercado de trabajo, incluyendo las plataformas pero también la robótica, la IA, el internet de las cosas, el big-data, etc., se esté tratando también esta cuestión. Una de las conclusiones a las que se está llegando es que, ante la imposibilidad de generar empleos de calidad para un volumen suficiente de población, deberán introducirse sistemas de renta universal para todos los ciudadanos.

Otros cambios en el mercado de trabajo, como la tendencia de éste a operar como mercado transicional, con entradas y salidas continuas del desempleo, o la existencia de bolsas de desempleo crónico, ya habían puesto en tensión la capacidad protectora del sistema. La economía colaborativa sigue esta línea, por lo que parece claro que los sistemas de protección social pública, el soporte fundamental del Estado del bienestar, deberán ser objeto de profundas transformaciones no sólo para asegurar su sostenibilidad, sino sobre todo para poder mantener su eficacia como garantes de integración social y dignidad para la población.

4.5. El trabajador en el mercado de servicios on-line

La economía colaborativa genera un mercado de servicios profesionales, de trabajo que es tanto subordinado como autónomo, que funciona de un modo muy distinto al tradicional. En tal contexto deberá intensificarse también la tutela jurídica del ciudadano en este mercado, ya que en éste las necesidades de los ciudadanos son diferentes, y los riesgos económicos que se encaran mayores. El punto de partida debe ser la garantía del derecho constitucional al trabajo, cuya

⁴⁰ De alguna manera el modelo debe orientarse hacia el reconocimiento generalizado del desempleo parcial; o mediante la exigencia de un volumen mínimo de empleo para poder generar las prestaciones, al modo del tan denostado desempleo agrario.

virtualidad en un entorno digital se ve amenazada⁴¹. Las plataformas desempeñan en ocasiones la función tradicionalmente asignada a los servicios públicos de empleo, operando como canales de colocación no controladas, desbordando los márgenes que para la iniciativa privada ha impuesto el legislador en los servicios relacionadas con el empleo. No es el caso de todas, pero algunas de éstas deben claramente ajustarse al régimen jurídico de las agencias privadas de colocación, puesto que su actividad las ubicaría en esta categoría jurídica⁴². Esta privatización de la colocación reduce el poder de intervención de los poderes públicos en el empleo de sus ciudadanos, debiéndose ser afrontada también desde esta perspectiva.

No sólo esto: las plataformas pueden limitar el derecho al trabajo de múltiples formas con las condiciones que imponen a los prestadores de servicios que las utilizan, tales como la aceptación obligatoria de tareas, la permanencia forzosa o la prohibición de acceder a otras empresas similares. Estos canales de contratación deberán regularse en su faceta de mecanismo de acceso al empleo, de acuerdo con los principios de ordenación del Derecho del Empleo.

Las particularidades de este mercado de servicios a través de plataformas generan otras demandas de regulación. Algunas veces son cuestiones consideradas ya abordadas por el legislador laboral, pero habiendo sido hasta ahora poco relevantes. En el mercado digital de servicios pasan a tener una gran importancia, generando nuevos problemas para los trabajadores y colocándose por ello en la primera línea de la agenda reguladora.

Un ejemplo muy claro es el de la participación simultánea en varias plataformas. Para el Derecho del Trabajo la existencia de una pluralidad de empresarios es muy relevante cuando nos encontramos ante una única relación de trabajo; así ocurre con los supuestos de colaboración interempresarial como la subcontratación o la cesión de mano de obra. No lo es, sin embargo, cuando son varias las relaciones que existen, como en los casos de pluriempleo; ni cuando la pluralidad es sucesiva, al producirse la salida del empleo y el acceso a otro nuevo⁴³. Esto es

⁴¹ Me he ocupado de esta cuestión en otro trabajo, al que me permite de nuevo remitirme, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “El derecho al trabajo en la Constitución Española”, en CRUZ VILLALÓN, GÓMEZ MUÑOZ & RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO (coords.), “*Los debates actuales en el Derecho del Trabajo y la protección social. Estudios en recuerdo del profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel*”, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016, pg.2016.

⁴² En extenso los estudios de E. CASTELLANO BURGUILLO, “Plataformas de empleo y plataformas de trabajo: aspectos fundamentales”; y de J.L.LÁZARO SÁNCHEZ, “Algunos aspectos jurídicos de los procesos de contratación en la economía colaborativa y el crowdworking”, en HERNÁNDEZ BEJARANO & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (dir), “*Economía colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos*”, Bomarzo, Albacete, 2017.

⁴³ Esta falta de atención contrasta, por ejemplo, con el detalle y rigor con que se ha regulado siempre la transmisión de empresas, supuesto cercano en el que cambia la persona del empleador aunque se mantenga la relación de trabajo

así porque se ha partido siempre de una libertad completa del trabajador en cuanto a su permanencia en el contrato de trabajo, con muy pocas excepciones, estando esta libertad en el código genético del Derecho laboral desde su protohistoria. A esto ha contribuido, seguramente, que no se han identificado situaciones de riesgo para los trabajadores en estos casos, más allá de los posibles excesos de jornada en el caso de trabajar para varios empleadores simultáneamente. Las figuras tradicionalmente vinculadas a estas situaciones denotan este carácter secundario: la cláusula de no competencia postcontractual, la prohibición de la competencia desleal, la cláusula de permanencia...

En la economía colaborativa esto va a cambiar, porque en el modelo de trabajo que se generaliza van a ser constantes las rotaciones y el trabajo para varias plataformas, posiblemente competidoras entre sí⁴⁴. El prototipo de trabajador es el que va de una a otra con regularidad (“slasher”), o el que desempeña distintos tipos de servicios simultáneamente (“multijobbing”)⁴⁵. A partir de aquí, ¿puede exigirse la inscripción exclusiva en una éstas? ¿Puede imponerse la permanencia y/o la disponibilidad para aceptar los encargos? ¿Tienen sentido estas limitaciones cuando la plataforma no garantiza un nivel mínimo de actividad como para asegurar unos ingresos suficientes? Hasta el momento han sido las mismas empresas las que han impuesto sus soluciones a éstas y otras cuestiones. La intervención legislativa es, por ello, imprescindible⁴⁶.

El pluriempleo como regla obligará a considerar también otros aspectos: la prioridad en caso de concurrencia de encargos; la aplicación de los límites de jornada cuando se trabaja para varias plataformas; la identificación del sujeto responsable en caso de accidente de trabajo; la imputación de los gastos surgidos con la prestación de servicios; la cotización a la seguridad social; la no competencia... La rotación continua motivará también que se replanteen las cláusulas de permanencia⁴⁷ y las de no competencia poscontractual. La disponibilidad para aceptar un servicio, y no ya exclusivamente del tiempo de trabajo efectivo, pasarán a ser una parte importante del objeto de la prestación de trabajo. Este tipo

⁴⁴ La realidad es que en las plataformas de servicios también se puede identificar la presencia de tres sujetos en sus operaciones, como en la cesión y en la contrata: el trabajador, la persona que recibe los servicios y la que pone en contacto a ambos por medio de una plataforma de gestión.

⁴⁵ OCDE, *op.cit.*, pg.29.

⁴⁶ OCDE, *ibídem*.

⁴⁷ Recientemente en el estado de Idaho, en los Estados Unidos, se ha aprobado una normativa que restringe la capacidad de los trabajadores de abandonar sus puestos de trabajo para aceptar ofertas de empleo en otras empresas del sector. Este tipo de regulaciones se está generalizando en la economía digital, no tanto por el trabajo en plataformas sino por la alta rotación de los empleados de alta cualificación en el sector de la tecnología. Afectan, sin embargo, a todo tipo de personas y empresas.

de compromisos es ya relevante para algunos empleos concretos, minoritarios en el mercado de trabajo contemporáneo; en las plataformas de trabajo colaborativo serán un elemento connatural a una mayoría de las ocupaciones.

A todo esto se añade que muchas de estas prestaciones de servicios son transnacionales, ya que en el soporte de la red en que se producen las fronteras estatales son un factor irrelevante. A la complejidad ya indicada de conocer la legislación que se aplicará al intercambio de unos servicios por su retribución a través de una plataforma de contratación se añade el hecho de que cada uno de estos tres factores puede estar situado en Estados diferentes. Hay que diseñar mecanismos ágiles para gestionar los conflictos de leyes, garantizando la seguridad jurídica pero evitando a la vez el dumping social propio de este tipo de situaciones transnacionales.

4.6. La economía verdaderamente colaborativa

Parece claro a estas alturas que la expresión que más se utiliza para referirse a esta realidad es la de “economía colaborativa”, aunque no es ni mucho menos la única que podemos encontrar⁴⁸. Son varias las razones que explican esta preeminencia, que a mi juicio no es casual ni inocente. Se ha intentado, por el contrario, utilizar una expresión ya conocida y utilizada en los debates sobre nuevos modelos económicos; que está, además, llena de connotaciones positivas. Pero cuyo uso en este contexto resulta problemático, porque genera confusión al existir otra realidad a la que también se denota con esta expresión; realidad que, aun compartiendo algunos elementos con la economía colaborativa que aquí estudiamos, se diferencia de ella en aspectos verdaderamente sustanciales.

Se trata de los distintos tipos de intercambios de servicios al margen de los mercados ordinarios, basados en la colaboración entre particulares con un soporte de solidaridad y de crítica al sistema económico imperante. Que son realmente colaborativos, y que tienen un claro contenido económico. A esta realidad, a la que originalmente se le conoció como “consumo colaborativo”, en el siglo XXI se le conoce como “economía del compartir” o, directamente, como “economía colaborativa”; siendo además en este ámbito donde nace esta expresión. Es por ello que esta denominación suscita numerosas críticas cuando aplicado al trabajo a través de plataformas, por considerarse inadecuado y en gran medida manipu-

⁴⁸ Son otras muchas las denominaciones en circulación para referirse a esta realidad: “trabajo 4.0”, “gig economy”, “economía de contenedor”, “on-demand economy”, “capitalismo distribuido”, “human cloud”, “sharing capitalism”, “crowdworking”, “economía del compartir”, “crowdsourcing laboral”... Para una completa e interesante clasificación de los distintos supuestos y denominaciones véase V. De Stefano, “*The rise of the just-in-time workforce: on demand work, crowdwork and labour protection in the gig-economy*”, OIT, Ginebra, 2016.

lador. Algunos hablan de “la mal llamada economía colaborativa” para referirse a las plataformas on-line, intentando distinguirla de la real⁴⁹.

A pesar de que la economía colaborativa “ficticia” o *latu sensu* comparte algunos elementos con la economía colaborativa real o en sentido estricto, se trata de realidades muy diferentes. La economía colaborativa auténtica se plantea como una alternativa al sistema económico actual; mientras que la que estudiamos parte de lo contrario, de admitirlo en sus propios términos, limitándose a introducir algunos canales originales de transacción dentro de éste.

Partiendo de que se trata de realidades diferentes, la consecuencia es que cada una de las cuales necesita un marco regulador adecuado. Ya hemos analizado cuál puede ser el que necesite la economía “presuntamente colaborativa”; pero no esto no basta, sino que es necesario plantear también cual debe ser el de la real, aquella en la que lo primordial es la colaboración auténtica entre ciudadanos, al margen del mercado. Ello porque se trata de un fenómeno creciente, promovido desde diversas instancias, cuyo potencial es enorme en el siglo XXI. Y también porque, a diferencia de cuanto ocurre con el trabajo en plataformas, contiene en su diseño elementos verdaderamente alternativos a los que conforman las relaciones de servicios para las que se diseñó el trabajo asalariado. No se trata, como allí, de elementos accidentales relativos a la forma de trabajar; sino que cambian, por el contrario, aspectos constitutivos, que en estas relaciones de servicios difieren del trabajo asalariado: la subordinación está ausente, la presencia de la retribución y de la ajenidad se cuestiona. Asumir, como sería seguramente correcto desde un punto de vista técnico, que se trata de prestaciones no asalariadas, y por lo tanto excluidas en bloque del Derecho del Trabajo no es una respuesta adecuada para un fenómeno en auge y que tantos problemas plantea para las personas que participan en estas transacciones.

El Derecho del Trabajo tiene figuras en las que cabrían, en principio, estos intercambios: las prestaciones de servicios a título de amistad, benevolencia y buena vecindad, de un lado; y los trabajos familiares, por otro, si bien estos últimos están muy limitados por las exigencias de cercanía en el grado de parentesco que exige el legislador. Los trabajos benévolos son seguramente los más cercanos a los de la economía colaborativa real⁵⁰; responden, sin embargo, a una lógica

⁴⁹ Esta expresión la he tomado de V. NAVARRO, en su entrada de blog “Ejemplos nefastos de la mal llamada Economía Cooperativa” publicado en el Diario Público el 21 de diciembre de 2015. Para este autor, “este tipo de economía mal llamada cooperativa es el resultado de la enorme desregulación de la actividad económica. Se salta, así, tanto las conquistas sociales como la protección al consumidor que la sociedad ha ido conquistando, con la excusa de que se abaratan los servicios y se estimula la actividad económica”.

⁵⁰ Sobre esta materia existen trabajos clásicos en nuestra doctrina, como los de M. ALONSO OLEA, “Trabajos familiares y amistosos, benévolos y de buena vecindad”, *Revista española de*

diferente, al faltar el carácter sinalagmático que encontramos en el consumo colaborativo. Su carácter de actividad excluida del Derecho del Trabajo, además, les impide tener una regulación que pueda servir de pauta para ordenar la actividad de colaboración entre particulares.

La alternativa, considerar que en la economía del compartir existe trabajo asalariado, pero retribuido mediante la prestación de otros servicios de valor equivalente, resulta igualmente insatisfactoria. No se trata tan sólo de retribución en especie, sino que también hay una ausencia de dependencia que impide esta calificación. Incluso si se aceptara ésta, las dificultades que genera la aplicación de la legislación laboral, fiscal y de Seguridad Social son también evidentes.

En general se ha planteado la dificultad que supone para el ordenamiento jurídico en su conjunto este tipo de prácticas, de claro contenido económico pero que escapan a la lógica del mercado. Los espacios para intercambios prestados por otros títulos jurídicos son limitados, claramente insuficientes para dar respuesta a un fenómeno de este volumen. Más claras son las limitaciones cuando se les pretende utilizar para legitimar un modelo de economía presuntamente colaborativa, a través de plataformas y mediando retribución, desregulado y al margen de las normas laborales.⁵¹

5. ALGUNAS PROPUESTAS EN CIRCULACIÓN

España no ha producido todavía una intervención reguladora sobre el trabajo en plataformas, culminada o en fase de hacerlo, como ha ocurrido en otros países⁵². Si se han dado algunos pasos en esta dirección, sin embargo. Una manifestación pionera de esta voluntad de acercarse a la agenda reguladora del trabajo en plataformas la encontramos en un documento de carácter político, surgido en

derecho del trabajo, nº 100, 2000, pg. 83; y de F. VALDÉS DAL-RÉ, “El trabajo prestado a título de amistad, benevolencia y buena vecindad”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2012. Un estudio jurisprudencial en I.A. RODRÍGUEZ CARDO, “Los trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad como prestación de servicios no laboral: un repaso a la doctrina judicial reciente”, *Actualidad Laboral*, nº 22, 2007, pg.2672.

⁵¹ Ha anunciado esta carencia, entre otros autores, P. SALVADOR CODERCH, “Relaciones de com-
placencia en el entorno digital”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 114, Nº 4, 2015, pg. 953.

⁵² Existe en Italia un Proyecto de Ley dedicado a la “Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell’economia della condivisione”; en Bélgica, por su parte, la loi-programme du 1er juillet 2016 ha establecido un nuevo régimen fiscal para ciertos ingresos derivados de la economía colaborativa; mientras que en Francia la Loi nº 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique se ha ocupado también de diversos aspectos de esta actividad. En este mismo ordenamiento la Loi nº2016-1088 du 8 août 2016 - art. 60 ha introducido en el Code de Travail una regulación específica para trabajadores en plataformas, aunque centrada sobre todo en el trabajo autónomo.

un momento muy particular, y que por ello tuvo muy poca incidencia real. Se trata del Pacto de Gobierno firmado entre los partidos políticos PSOE y Ciudadanos para promover la investidura del candidato a la presidencia del gobierno del primero de éstos, Pedro Sánchez.

Entre otras cosas, y en lo que a este estudio interesa, se establece la necesidad de *“encontrar fórmulas de cotización para el trabajo autónomo a tiempo parcial, así como el de vocación de no habitualidad o complementariedad económica, fenómeno que se extiende con la nueva realidad de la economía colaborativa”*. Se trata de un pacto relacionado con un tipo particular de trabajo por cuenta propia, el que carece de la nota de habitualidad y dedicación a tiempo completo que ha sido tradicional en esta forma de empleo; y que ha sido considerado, también, por el legislador a la hora de definir esta figura. La ausencia de estas notas generaba una situación de desprotección social, por ser prestaciones excluidas del régimen especial de trabajadores por cuenta propia, lo que se consideraba razonable por entenderse que eran marginales y que no constituían el soporte vital de la persona que las desarrollaba. En la economía del siglo XXI esta decisión del legislador no puede ya sostenerse, tanto por el déficit de protección que genera en este colectivo como por la competencia desleal que puede suponer para los asalariados a tiempo completo.

Las plataformas han multiplicado este tipo de trabajo, por lo que la relación entre estas nuevas formas de empleo por cuenta propia y la economía colaborativa es clara. El pacto lo reconoce expresamente. Su interés radica, además de en su carácter pionero, en que identifica uno de los principales ítems de la agenda laboral de la economía colaborativa, los problemas de protección social generados por la ocasionalidad y brevedad de muchos de los servicios desarrollados a través de plataformas.

La iniciativa más desarrollada hasta la fecha es la moción presentada por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos- En común Podem- En Marea en el Senado el 4 de julio de 2017, en la que se insta al gobierno a adoptar las medidas necesarias para el control y fiscalización de las empresas basadas en la *“economía digital o colaborativa”*. Se parte de un análisis muy crítico con la *“mal llamada economía colaborativa”*, centrado en la plataforma más conflictiva en el momento de su elaboración (Deliveroo), y que presta atención sobre todo a las consecuencias negativas sobre los trabajadores. Tras este análisis, la moción pretende que el Senado inste al Gobierno a adoptar una serie de iniciativas. Éstas son de diversa naturaleza y alcance, y algunas encajan bien en lo que en este trabajo se ha denominado *“agenda laboral de la economía colaborativa”*. Así, se le insta a:

- *“desarrollar nuestra normativa laboral a los efectos de evitar que se desarrollen relaciones laborales encubiertas bajo la modalidad de contratos*

de prestación de servicios amparados en la denominada “economía digital o colaborativa”, garantizar los derechos y obligaciones derivados de las diferentes modalidades de contratación laboral”

- *“que se constituya tanto en el seno del Ministerio de Trabajo como el de Hacienda, con la implicación de todos los agentes sociales implicados y las formaciones políticas, mesas o grupos de trabajo de diálogo y estudio, a los efectos de analizar las reformas legales y medidas a adoptar respecto de la economía digital que supla los vacíos legales y administrativos actualmente existentes y garantice el cumplimiento de nuestra normativa en materia laboral y tributaria”*

- *“impulsar un plan específico y urgente en el seno de la Inspección de Trabajo destinado a erradicar tales relaciones laborales encubiertas, descubrir la laboralidad de dichas relaciones y permita regularizar los devengos de cotizaciones sociales que resulten legalmente exigibles. Dicho Plan contará con la colaboración de las autoridades laborales autonómicas con competencias en materia inspectora”*

- *“que se inste a la Agencia Tributaria a establecer un plan de inspección o control específico para las actividades económicas desarrolladas por las empresas de esta economía digital de servicios”*

- *“que se inste la redacción de un Informe de Expertos para una reforma tributaria que pretenda abordar los restos de la mal llamada “economía colaborativa”, incluyendo las reformas legislativas y administrativas que puedan ser necesarias para evitar prácticas abusivas y elusivas por este tipo de empresas”.*

Una propuesta emanada desde el sector público es la “Declaración común sobre la economía colaborativa y sus repercusiones en el ámbito del trabajo y las relaciones laborales”, elaborada con ocasión de una jornada organizada por el Consejo de Relaciones Laborales de Cataluña en diciembre de 2016, en la que participaron, además de éste, los Consejos de Andalucía, Galicia y País Vasco⁵³.

Este documento parte del reconocimiento de las ventajas y de los riesgos asociados a esta realidad, para señalar la existencia de conflictos actuales originados por ésta: *“parece innegable que además de las ventajas que esta emergente economía colaborativa aporta en términos de sostenibilidad y racionalización*

⁵³ En http://treball.gencat.cat/web/.content/13_consell_relacions_laborals/noticies/CRL_EconomiaCol/DECLARACION-COMUN-SOBRE-LA-ECONOMIA-COLABORATIVA-Y-SUS-REPERCUSIONES-EN-....pdf.

del uso de los recursos, en torno a ella se plantean también numerosos retos acompañados, en su caso, de importantes conflictos actuales o futuros". En particular están emergiendo algunos *"que merecen también una reflexión profunda y pausada como la conveniencia/necesidad de un marco regulatorio eficaz para la protección del trabajo de las personas, especialmente de aquellas que en el ámbito de estos esquemas colaborativos estuviesen desarrollando no únicamente una actividad marginal o complementaria de sus ingresos ordinarios, sino un verdadero trabajo profesional como medio básico de subsistencia"*. Es clara la apuesta por una intervención normativa, en la línea de la mayoría de las propuestas en este campo.

Los puntos de atención para este marco regulatorio no se identifican de manera directa, aunque sí se señala lo que se considera el problema básico: la actividad de los trabajadores virtuales *"genera también un beneficio empresarial para las plataformas colaborativas sin la asunción correlativa de obligaciones o responsabilidades en términos de condiciones de trabajo, garantías y protección social... para con los verdaderos prestadores de los servicios (trabajadores en sentido material) vinculados a ella"*.

Constatada la necesidad de una intervención, el documento señala también la forma en que debería producirse ésta: *"aunque posiblemente una buena parte de las respuestas debería producirse por la vía legal, mediante normativas o regulaciones específicas, creemos que ni los Consejos como instituciones orientadas al fomento del diálogo social y estructuras al servicio de las relaciones laborales colectivas, ni los agentes sociales como actores relevantes en el impulso y afianzamiento de un desarrollo económico eficiente pero socialmente justo y equilibrado, debemos quedar al margen de los debates e iniciativas que permitan avanzar en los diagnósticos y participar de modo activo en el diseño de las soluciones"*.

Al margen de estos documentos de carácter político es posible encontrar otros elaborados por otras instituciones privadas. Así, y entre otros, puede citarse el documento "Trabajo en plataformas digitales. Análisis y propuestas de regulación", elaborado de manera conjunta por ADIGITAL, la Asociación Española de la Economía Digital, y por GoVup, un policy lab centrado en la regulación y gobernanza eficiente⁵⁴. En este estudio, que se centra en lo que denomina "mercados de trabajo independiente", considera que éstos pueden transformarse gracias a las plataformas en varios frentes: escalabilidad, eficiencia y confianza. Junto a ello, y siempre siguiendo a este informe, las plataformas ofrecen otras oportunidades: empleo y autoempleo; talento bajo demanda; trazabilidad y transparencia;

⁵⁴ GoVup y ADIGITAL, "Trabajo en plataformas digitales. Análisis y propuestas de regulación", Madrid, 2017.

seguridad; y competitividad. Todo ello ofrece *“la oportunidad de posiciona a la figura del autónomo como modelo de trabajo competitivo”*; ello *“frente al modelo de precariedad y fraude (...) con el que se le asocia actualmente”*.

Se identifican igualmente algunos problemas identificados en la práctica de estas plataformas, que deben encararse por el legislador:

- la necesidad de las cuotas de autónomos se adecuen al nivel de ingresos que generan
- la necesidad de que los procedimientos se simplifiquen y digitalicen
- la inseguridad jurídica
- la precarización y la desigualdad

Tras recoger las opiniones de una serie de actores relevantes del mercado, el informe contiene unas *“propuestas para un acercamiento regulatorio”*, que pretenden *“ser de utilidad para promover un marco normativo y políticas adecuadas a las actividades de trabajo en plataformas, con el fin de dotar de una mayor seguridad jurídica tanto a éstas como a sus usuarios proveedores de bienes y servicios”*. Con esta *“clarificación normativa”* sería posible que *“la interacción entre plataformas y usuarios sea más segura y clara generando una competitividad de plataformas que ofrezcan mejores condiciones para sus usuarios”*.

Son cinco las propuestas concretas que se presentan para su consideración:

- promover sistemas de colaboración entre organismos públicos y plataformas para facilitar procesos de recaudación tributaria y de gestión de cotizaciones, facilitando procesos administrativos más eficientes
- que las plataformas puedan optar por modelos mixtos de trabajo que combinen la relación con proveedores independientes con la contratación de personal fijo, siempre que ambas partes estén de acuerdo.
- una adecuada delimitación del tipo de relaciones existentes para dotar de seguridad jurídica a las plataformas y a sus usuarios, para un entorno más competitivo y garantista
- tener en cuenta las recomendaciones propuestas por el informe *“El futuro del trabajo en la economía colaborativa”*; en otra parte de este trabajo ya hemos señalado cuáles eran éstas
- poner en marcha un portal informativo para proveedores de plataformas donde estos puedan acceder a información sobre obligaciones en materia de Seguridad Social y tributos, y que, a su vez, promueva opciones de formación y servicios accesorios que beneficien a dichos usuarios

- haciéndose eco de otro documento unioneuropeo⁵⁵, definir a medio plazo políticas laborales que anticipen una transición más plena de la economía de empleo a la economía de trabajadores autónomos de mañana

6. CONCLUSIÓN

El trabajo en plataformas en el marco de la economía (indebidamente denominada) colaborativa es uno de los mayores desafíos a los que se encuentra el Derecho de la economía en el siglo XXI. Supone nuevas formas de prestar, comprar, facturar, dirigir y controlar las actividades económicas, utilizando canales originales basados en tecnologías de fácil acceso. El marco regulatorio tradicional fue diseñado en un contexto productivo radicalmente diferente; y aunque dispone de mecanismos de adaptación y modernización, éstos no parecen ser suficientes en un contexto que podemos considerar disruptivo, por la coincidencia temporal e interacción de diversos fenómenos que incluyen, pero no solo, a los cambios tecnológicos.

Es por ello que se está debatiendo sobre la necesidad de una intervención reguladora en la economía colaborativa, adoptando el marco normativo de los servicios y de los factores de producción, o generando otro nuevo. Este debate, en el que hay también opiniones favorables a la desregulación o autorregulación, parece inclinarse definitivamente por una opción reguladora. Se acepta, en consecuencia, la oportunidad y conveniencia de acometer una intervención de los sujetos con poder normativo. A partir de aquí, se sigue discutiendo sobre cuáles debe ser los objetivos a lograr, cuál debe ser su contenido y cuáles podrán ser los instrumentos reguladores.

Se habla en este sentido de que existe una “agenda legislativa” para la economía colaborativa. Se han realizado ya diversas aportaciones sobre cuál debe ser su contenido, aunque las experiencias de implantación han sido hasta el momento muy escasas. Nos encontramos en gran medida en una fase prelegislativa, donde los distintos consensos sobre la oportunidad de nueva regulación no han llegado todavía a traducirse en la adopción de medidas concretas.

La agenda legislativa contiene en su seno una agenda laboral, un conjunto de medidas que se demandan para resolver las graves cuestiones que plantea el trabajo en plataformas. En prácticamente todas las propuestas que se están elaborando para regular la economía colaborativa tienen su sitio las medidas laborales, e incluso llegan a elaborarse otras monográficas sobre estos aspectos. Esto resulta

⁵⁵ Se trata del informe de A. SUNDARARAJAN, promovido por el Parlamento Europeo, titulado “*The collaborative economy: socioeconomic, regulatory and labour issues*”, Bruselas, 2017.

perfectamente comprensible, porque la realidad del mercado digital pone de manifiesto la existencia de serios riesgos para la ordenación del trabajo y para las personas que acuden a prestar sus servicios. A pesar de toda su potencialidad, la economía colaborativa no genera por sí misma el tipo de trabajos que la sociedad necesita; y el mecanismo que convierte actividad económica en empleo digno, reparto de riqueza y sostenibilidad social no es otro que la regulación laboral, estatal o colectiva. Hasta que ésta se desarrolle, la economía colaborativa seguirá siendo un factor de riesgo para las sociedades, y sus grandes expectativas no se verán cumplidas.

PODERES DIRECTIVOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: poder de dirección, nuevas tecnologías, ius resistentiae, despido, esquirolaje tecnológico

Hace décadas que la doctrina viene alertando sobre los efectos que los espectaculares avances en el ámbito de las nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) tienen sobre las relaciones laborales. De hecho existe un acusado desfase entre la realidad y el Derecho laboral que no ha sido resuelto aún por el legislador.

Esta anomía se evidencia, entre otras materias, en lo que respecta al ejercicio del poder de dirección laboral, cuyo fundamento es la situación de subordinación jurídica del trabajador por cuenta ajena. No cabe duda que las nuevas tecnologías han venido a intensificar la capacidad del empleador para impartir órdenes digitales. Cuando éstas últimas provienen de una persona física no se plantea dilema alguno. Por el contrario, si las órdenes emanan de una inteligencia artificial habría que cuestionarse si resulta cobertura legal suficiente el artículo 20 TRET. Mediante las TIC es factible realizar “esquirolaje tecnológico”, que no es sino una manifestación de los poderes directivos y cuya legalidad ha sido constatada por el Tribunal Constitucional recientemente.

El abuso de las nuevas tecnologías de titularidad empresarial puestas a disposición de los trabajadores como herramientas de trabajo también puede dar lugar a incumplimientos contractuales graves y culpables. Igualmente, se enmarca dentro de los poderes directivos del empresario la implantación de nuevas tecnologías de la empresa para aumentar su competitividad, que puede ser causa legítima para efectuar despidos colectivos por razones técnicas; o despidos objetivos por falta de adaptación de los trabajadores a cambios tecnológicos razonables en sus respectivos puestos de trabajo.

ABSTRACT

Key words: Power of direction, new technologies, ius resistentiae, dismissal, technological strike-breaking

Although research on the effects of spectacular progress in information and communication technologies on labor relations has been underway for decades, the gap between reality and labor law is constantly increasing.

This anomie is evidenced, among other matters, as regards the exercise of the power of labor management, whose legal basis is the situation of legal subordination of the employee. There is no doubt that new technologies have intensified the ability of the employer to deliver digital orders. When the latter comes from a human being no dilemma arises. On the contrary, if the orders emanate from an artificial intelligence it would have to be considered if Article 20 TRET provides sufficient legal coverage.

ICT also allows “technological strike-breaking”, a manifestation of the managerial powers, whose legality has been verified by the Constitutional Court.

These practices may be legitimate cause for collective dismissals for technical reasons, or objective dismissals for lack of adaptation of workers to reasonable technological changes in their jobs.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL PODER DE DIRECCIÓN LABORAL COMO MANIFESTACIÓN DE LOS PODERES DIRECTIVOS EMPRESARIALES
 - 2.1. La subordinación jurídica en el contrato de trabajo como fundamento del poder de dirección
3. NUEVAS TECNOLOGÍAS, PODER DE DIRECCIÓN Y ANOMIA LABORAL
4. PODER DE DIRECCIÓN REMOTO: ÓRDENES DIGITALES
 - 4.1. ¿Ius resistitiae “tecnológico” frente a órdenes impartidas por una máquina o programa informático?
5. EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO COMO MANIFESTACIÓN DE LOS PODERES DIRECTIVOS
6. FACULTAD SANCIONADORA COMO COLORARIO DEL PODER DIRECTIVO
 - 6.1. El (ab)uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación de titularidad empresarial como causa de despido disciplinario
7. CUANDO LOS TRABAJADORES SON LOS PROPIETARIOS DE LAS TICS: PODER DE DIRECCIÓN Y “BYOT”
8. LOS PODERES DIRECTIVOS PARA IMPLEMENTAR NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL DESPIDO POR CAUSAS TÉCNICAS
9. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La imparable revolución tecnológica que se viene desarrollando desde el S.XX en el ámbito de las Nuevas Tecnologías¹ de la Información y Comunicación (TIC)² ha tenido un profundo impacto en los países occidentales a todos los niveles y ha contribuido, sin duda, a elevar el nivel de vida.

Reflejo de estos cambios es la acuñación de una terminología específica para describir las nuevas realidades sociales, económicas y culturales: econo-

¹ “Internet comenzó en la década de los años sesentas como una iniciativa de la Agencia de Proyectos Avanzados de Investigación (ARPA) de EEUU destinada a crear una red que garantizasen la transmisión de datos entre los ordenadores del sector militar. En 1991, la Fundación Nacional de Ciencias de EEUU relajó la restricción impuestas a esta red y permitió el uso comercial de la misma”. Cfr. Kuan-Tsae Huang; Yang W. Lee; Richard Y. Wang; Calidad de la Inforamación y Gestión del Conocimiento. Aenor. Madrid. 2000; p.201.

² Joan Torrent y Jordi Vilaseca; “La Economía del Conocimiento y la Empresa Red” en: Manuel Castells e Imma Tubella; La Empresa Red. Tecnologías de la Información y la Comunicación. Productividad y Competitividad. Ariel. Barcelona. 2007; p.29: “las TIC comprenden el conjunto convergente de aplicaciones de microelectrónica, informática, telecomunicaciones, optoelectrónica y los recientes avances de la nanotecnología y la biotecnología”.

mía del conocimiento³, sociedad de la información⁴, nativos digitales⁵, tecnoestrés⁶...

Tal es la importancia creciente de las TICs que el 17 de mayo ha sido declarado el Día Mundial de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información.

Como no podía ser de otra manera, el ámbito de las relaciones laborales también se ha visto profundamente afectado por la revolución tecnológica⁷, hasta el punto que se preconiza un “transición de los empleos tradicionales a los trabajos digitales”⁸.

Manifestaciones de estas transformaciones pueden ya apreciarse en cuanto que la presencia física trabajadores y empresarios en el centro de trabajo se va sustituyendo por la presencia virtual, gracias a la utilización de las tecnologías de la información y comunicación, originando una nueva “dependencia tecnológica”⁹.

Y hasta el propio Tribunal Constitucional reconoce que “la utilización de ordenadores u otros medios informáticos por parte de los trabajadores está generalizada en el mundo laboral”-STC 241/2012, de 17 de diciembre-.

³ Joan Torrent y Jordi Vilaseca; “La Economía del Conocimiento y la Empresa Red”. Op. cit.; p. 29.

⁴ Es un término tan extendido que es frecuente su utilización por la Comisión Europea, p.e: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 14.6.2007, “Envejecer Mejor en la Sociedad de la Información”.

⁵ Expresión que se atribuye a Marc Prensky.

⁶ Lucía Aragüez Valenzuela; “El Impacto de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en la Salud de los Trabajadores: el Tecnoestrés”. e-Revista Internacional de la Protección Social nº 2/2017 (en prensa).

⁷ E. Macarena Sierra Benítez; “La Protección Social de los Trabajadores ante el Desafío del Nuevo Trabajo a Distancia, del Trabajo Digital y la Robótica”. Revista de Derecho de la Seguridad Social nº 11/2017; pp.133-159.

⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Una Educación de Alta Calidad para Todos”. DOUE de 31.5.2017; p.5.

⁹ Francisco Pérez de los Cobos Orihuel; Nuevas Tecnologías y Relación de Trabajo. Tirant lo Blanch. Valencia. 1990; p.41: “si las nuevas tecnologías están poniendo en crisis alguno de los indicios tradicionales de la subordinación, también están contribuyendo a crear otros (la dependencia tecnológica)”. E. Macarena Sierra Benítez; “El Tránsito de la Dependencia Industrial a la Dependencia Digital: ¿Qué Derecho del Trabajo Dependiente Debemos Construir para el Siglo XXI?”. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo nº4/2015; pp. 93-118.

Resulta innegable, como señala GOLDIN¹⁰, que todos estos cambios someten al ordenamiento jurídico en general, y al Derecho del Trabajo en particular, “a duras pruebas” dejando atrás los tiempos de las relaciones laborales “tradicionales”¹¹.

En este nuevo marco histórico, la finalidad de este artículo es analizar, concretamente, cómo las nuevas tecnologías están incidiendo en el ejercicio del haz de facultades que comprende el poder de dirección del empresario pues, qué duda cabe, que “el modelo jerarquizado y autoritario de ejercicio del poder organizativo del empleador propio del fordismo ya no se adecúa a las nuevas formas de trabajo”¹².

No es objeto de estudio, sin embargo, el ejercicio del derecho de control y vigilancia de los trabajadores por parte del empresario a través de las nuevas tecnologías. Y es que esa cuestión es analizada exhaustivamente en otro de los artículos de este número monográfico de la revista Temas Laborales.

2. EL PODER DE DIRECCIÓN LABORAL COMO MANIFESTACIÓN DE LOS PODERES DIRECTIVOS EMPRESARIALES

Pese a que no es posible encontrar una definición del poder de dirección ni de poderes directivos en la Constitución, es pacíficamente aceptado que su artículo 38 constituye el fundamento constitucional que da cobertura jurídica a las decisiones empresariales relacionadas no sólo con la organización de los recursos materiales e inmateriales de la empresa sino también con la organización de sus recursos humanos.

Por eso, más que hablar de poder de dirección en singular, habría que hacerlo en plural.

Es más, los poderes directivos en otras esferas concernientes a la empresa (fiscal, mercantil...) existen y subsisten aunque la empresa no tenga trabajadores por cuenta ajena a su servicio.

Cuando, sin embargo, se haya procedido a la contratación de trabajadores por cuenta ajena al empresario se le reconoce, además, un poder de dirección en

¹⁰ Adrian O. Goldin; “El Concepto de Dependencia Laboral y las Transformaciones Productivas”. Relaciones Laborales I-1996; p.340.

¹¹ Wolfgang Hromadka; “Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht”. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht n° 11/1997; p.580.

¹² Miquel Àngel Falguera i Baró; “Nuevas Tecnologías y Trabajo (I): Perspectiva Contractual”. Trabajo y Derecho n° 19/2016; p.13.

el ámbito de las “las prestaciones laborales de sus trabajadores”¹³. O dicho con otras palabras, el poder de dirección laboral es “aquella capacidad del empleador de ordenar el modo, tiempo y lugar de la ejecución del trabajo contrato”¹⁴.

De este poder de dirección se ha afirmado que resulta “imprescindible para la buena marcha de la organización productiva” (SSTC 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio; 241/2012, de 17 de diciembre; 39/2016, de 3 de marzo). Sin embargo no es un fin en sí mismo, sino que tiene un carácter instrumental: permitir al empresario la autotutela¹⁵ de sus intereses.

No existe, sin embargo, un criterio unánime entre la doctrina sobre el listado de facultades que el poder de dirección comprende, sin que haya contribuido a esclarecer este debate “las confusas y contradictorias posiciones de la jurisprudencia sobre los exactos perfiles del poder de dirección”¹⁶.

Evidentemente, el poder de dirección comprende un amplio abanico de potestades entre las que se encuentran “el poder de dirección del empresario en la ejecución de la prestación laboral y en la determinación del contenido de ésta (artículo 20.1 y 20.2 TRET), el poder de vigilancia y control empresarial (artículo 20.3 3) y el control específico en caso de enfermedad (artículo 20.4 TRET) -STS de 1.7.1996 (RJ.5622)-.

Una interpretación aun más extensa es la defendida por MONTOYA MELGAR que incluye también dentro de este concepto al *ius variandi* (artículo 39 TRET); movilidad geográfica (artículo 40 TRET); modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (artículo 41 TRET); despido por causas objetivas (artículo 52 TRET); suspensiones y extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículos 47, 51 y 52.c) TRET); y despidos por causas objetivas (artículo 52 TRET)¹⁷.

¹³ Alfredo Montoya Melgar; “El Poder de Dirección del Empresario en las Estructuras Empresariales Complejas”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 48/2004; pp.135 y 136.

¹⁴ Guillermo Rodríguez Iniesta; “Facultades Empresariales de Control y Vigilancia de la Salud “versus” Derecho a la Intimidad de los Trabajadores” en: Carmen Sánchez-Trigueros y Francisco A. González Díaz; Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2011; p.190

¹⁵ José Luis Gil Gil; Autotutela Privada y Poder Disciplinario en la Empresa. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid. 1993; p.31: “la autotutela equivale a autodefensa o autoprotección y postula la reafirmación extrajudicial de un interés propio”.

¹⁶ Rosa María Morato García; Derecho de Resistencia y Ejercicio Irregular del Poder de Dirección. Comares. Granada. 2011; p.37.

¹⁷ Alfredo Montoya Melgar; “El Poder de Dirección del Empresario en las Estructuras Empresariales Complejas”. Op. cit.; p.135.

En cualquier caso, desde un punto de vista temporal, se puede afirmar que aunque los poderes directivos del empresario son anteriores en el tiempo al contrato de trabajo, el poder de dirección laboral en sentido estricto es coetáneo al contrato laboral, pues con él surge la situación de subordinación jurídica en la que mor del contrato laboral se encuentra quien presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena¹⁸.

2.1. La subordinación jurídica en el contrato de trabajo como fundamento del poder de dirección

Resulta “indudable la diferente condición que manifiestan el empresario y el trabajador, en la que éste no se encuentra en situación de igualdad respecto a aquél, ya en el campo económico, ya en el jurídico, porque la relación de trabajo que les liga es de supremacía y respectiva subordinación jurídica” (STC 114/1983, de 6 de diciembre).

Precisamente se ha resaltado en numerosas ocasiones que la principal diferencia entre el contrato de trabajo y el civil radica en que “el Derecho del Trabajo añade al contenido del contrato ese elemento de la sujeción jurídica del trabajo al empresario que no consagraba la Codificación civil”¹⁹.

En opinión de JAVILLIER²⁰, el status de subordinación en que se halla el trabajador encuentra su fundamento último, en el hecho de que “en el régimen capitalista, el empleador asume todo el riesgo económico y el trabajador ninguno. La subordinación es reflejo de esas relaciones de producción: trabajo jurídicamente subordinado al capital”. Subordinación o dependencia resultan, por tanto, “de la integración del trabajador en una organización colectiva del trabajo diseñada por y para otros”²¹.

Es este poder de dirección circunscrito a los “aspectos laborales” el que será objeto del presente estudio.

Siguiendo a RIVERO LAMAS²² la subordinación jurídica se diferencia de la subordinación técnica en que esta última “supone una actividad dirigida o vigi-

¹⁸ La propia aceptación del contrato implica el reconocimiento del poder de dirección del empresario, como afirma la STC 39/2016, de 3 de marzo.

¹⁹ Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer; “Contrato de Trabajo y Autonomía del Trabajador” en: Jesús Cruz Villalón (Coord.); Trabajo Subordinado y Trabajo Autónomo en la Delimitación de Fronteras del Derecho del Trabajo. Tecnos. Madrid. 1999; p.23.

²⁰ Jean-Claude Javillier; Derecho del Trabajo. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Madrid, 1982; p.76.

²¹ Alain Supiot (Coord.); Trabajo y Empleo. Transformaciones del Trabajo y Futuro del Derecho del Trabajo en Europa. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1999; p.49.

²² Juan Rivero Lamas; “La Descentralización Productiva y las Nuevas Formas Organizativas del Trabajo” en: VV.AA. Descentralización Productiva y Nuevas Formas Organizativas del Trabajo. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 2000; p.77.

lada de forma constante o inmediata por el empleador y su cadena jerárquica de mando”, mientras que la subordinación jurídica “inscribe al trabajador en el ámbito de organización del trabajo del empleador, en el cual se ejercitan los poderes de dirección y disciplinario”.

De las anteriores premisas no cabe deducir que el poder de dirección en la esfera laboral sea un poder absoluto sino todo lo contrario puesto que “todo el Derecho del Trabajo no es otra cosa que un sistema de progresiva contención del poder empresarial”²³.

En definitiva, en una economía de mercado el poder de dirección actúa como cobertura legal a las decisiones empresariales vinculadas a la organización del trabajo en el seno de la empresa.

3. NUEVAS TECNOLOGÍAS, PODER DE DIRECCIÓN Y ANOMIA LABORAL

El Estatuto de los Trabajadores (1980) -centrado más en “la racionalización de los poderes empresariales que en su limitación o reducción”²⁴- es fruto del momento histórico en que se promulga. Por tanto, no pudo prever los profundos cambios de los modelos productivos en una economía globalizada.

Es por eso que en muchos ámbitos²⁵, entre ellos el poder de dirección laboral, su articulado resulta en ocasiones obsoleto ante las nuevas realidades empresariales como “las situaciones complejas de articulación de la producción entre diversas empresas en red”²⁶, el teletrabajo, ...

Lo mismo puede decirse de la incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del poder de dirección: pese a las innumerables reformas de que ha sido objeto el ET a lo largo de las últimas décadas, sigue sin contener previsiones

²³ Alfredo Montoya Melgar; “Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales” en: Carmen Sánchez-Trigueros y Francisco A. González Díaz; *Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales*. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2011; p.33.

²⁴ José Gil Gil; *Autotutela Privada y Poder Disciplinario en la Empresa*. Op. cit.; Madrid. 1993; p.14.

²⁵ Cfr. E. Macarena Sierra Benítez; “Los Conductores de Vehículos Privados de Uberpop: Una Nueva situación de Anomia Laboral” en: C. Sánchez-Rodas Navarro y Eva Garrido (Dir.); *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Encrucijada: Retos para la Disciplina Laboral*. Laborum. Murcia, 2016; pp. 247-260.

²⁶ Jesús Cruz Villalón; “Poder de Dirección y Nuevas Estructuras Empresariales” en: Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.); *El Poder de Dirección del Empresario. Nuevas Perspectivas*. La Ley. Madrid. 2005; p.226.

específicas para resolver las controversias que plantea el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en el ámbito laboral.

A priori podría temerse que esta anomia generaría una extraordinaria litigiosidad y consiguientemente llevara consigo un notable incremento de sentencias judiciales. Ciertamente existe un interesante y no escaso número de pronunciamientos no sólo por parte de los tribunales españoles sino incluso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación e información y su incidencia en el ámbito laboral²⁷.

No obstante, quizás debido a que estas nuevas formas de comunicación e información han calado hasta tal punto en el ámbito privado y en la propia Administración²⁸ (el móvil o el ordenador se han convertido en una “extensión” de la persona), nos encontramos con el hecho de que las controversias laborales que su utilización puede plantear no son ni mucho menos un tema “estrella” en los programas electorales de los partidos políticos -como puede ser la cuestión de la “reforma laboral”- ni tampoco por lo que respecta a reivindicaciones sindicales.

Como posible solución para paliar la ausencia de legislación específica cabría pensar en una remisión a la negociación colectiva para “regular los respectivos derechos y obligaciones de empresarios y trabajadores, en cuanto a utilización de las nuevas tecnologías”²⁹. Pero, como en otras tantas materias en las que podrían incluso mejorar la legislación vigente, los convenios colectivos son muy parcos a la hora de regular el uso de las TICs³⁰.

Dado que la realidad va siempre por delante del Derecho, y sobre todo la “realidad informática” avanza a un ritmo vertiginoso, habría que cuestionarse si resultaría realmente conveniente una regulación a nivel legislativo puntual y detallada en esta esfera. Máxime teniendo en cuenta que podría quedar obsoleta a poco de promulgarse porque los avances de la tecnología parecen no tener límites: lo que ayer era ciencia ficción hoy es realidad.

²⁷ A título ilustrativo, cfr. STEHD de 12.1.2016 (Barbulescu/Rumanía).

²⁸ La STS de 1.12.2016 (RJ. 6105) declaró ajustado a Derecho la decisión empresarial de sustituir la entrega de la nómina en soporte papel por un sistema informático “a la vista de la generalización de la utilización del soporte informático en lugar del soporte papel para almacenar y comunicar datos, documentos, decisiones...utilizado profusamente tanto en el ámbito privado como en la Administración Pública”.

²⁹ María Luisa Segoviano Astaburuaga; “El Difícil Equilibrio entre el Poder de Dirección del Empresario y los Derechos Fundamentales de los Trabajadores”. Revista jurídica de Castilla y León nº 2/2004; p.164.

³⁰ Miquel Àngel Falguera Baró; “Nuevas Tecnologías y Trabajo (I): Perspectiva Contractual”. Op. cit.; p.4: “la reglamentación colectiva resulta claramente insuficiente, tanto en términos cuantitativos como cualitativos”.

A la vista de lo expuesto, la actual anomia legislativa respecto al poder de dirección en la esfera laboral y el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, en vez de merecer una valoración negativa podría considerarse la solución menos “mala” por el momento.

En todo caso hay que reconocer que la anomia del TRET sobre el uso de las TICs ha podido ser salvada por el momento con éxito por nuestros tribunales invocando los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la propia imagen consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Constitución. Estos derechos en última instancia actúan como barrera ante posibles injerencias tecnológicas ilícitas por parte del empresario.

Y es que los trabajadores por el hecho de incorporarse a una organización empresarial ajena no quedan privados de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas que la Constitución consagra³¹. Sin perjuicio de que como el Tribunal Constitucional igualmente admita “el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva puede imponer limitaciones o restricciones a los derechos de los trabajadores”³².

Mantener ese delicado equilibrio es el reto al que se ve abocado el Derecho del Trabajo del S.XXI.

Asimismo, hay que tener en cuenta que, en muchos casos, el origen del conflicto no radica en el uso de las nuevas tecnologías *per se*, si no en la falta de información por parte del empresario de su implantación a los representantes de los trabajadores y/o a estos últimos.

“*De lege ferenda*” resultaría conveniente que el TRET regulara de manera clara y específica el derecho tanto de los trabajadores como de sus representantes a ser informados sobre la implantación de nuevas tecnologías en la empresa en tanto y en cuanto que estas pudieran entrar en colisión con Derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores, que cobran así un “renovado protagonismo”³³.

Y es que, hoy por hoy, a la luz del artículo 8.5 TRET -en conexión con el Real Decreto 1659/1998- por lo que atañe al deber de información empresarial sobre los elementos esenciales del contrato y a las principales condiciones de eje-

³¹ SSTC 88/1985, de 19 de julio; y 6/1995, de 10 de enero.

³² Al respecto, SSTC 6/1995, de 10 de enero; 106/1996, de 12 de junio; y 136/1996, de 23 de julio. M^a Fernanda Fernández López; “Libertad Ideológica y Prestación de Servicios”. Relaciones Laborales 1985-II; p.426: “la sola idea del ingreso en una organización implica una cierta comprensión de los derechos de que el individuo es titular; sin esa comprensión y armonización la vida de la organización no sería posible”.

³³ Eusebi Colàs-Neila; “La Amenaza de los Derechos del Trabajador Derivada de la Innovación Tecnológica en la Empresa”. Creatividad y Sociedad n^o26/2016; p.263.

cución de la prestación laboral, no puede concluirse que exista un deber legal de información a los trabajadores sobre el ejercicio del poder de dirección a través de las nuevas tecnologías en tiempo y/o lugar de trabajo.

Tampoco contradice la anterior afirmación el contenido del artículo 64 del TRET, que lleva por rúbrica “derechos de información y consulta” porque no atribuye a los representantes legales de los trabajadores el derecho a ser informado ni les otorga el derecho a emitir informe respecto al ejercicio del poder de dirección a través de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

A la vista de lo expuesto ha de merecer una valoración positiva la promulgación en el ámbito europeo del Reglamento 2016/679 (relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales) y de cuyo ámbito de aplicación personal y material no quedan excluidas las relaciones laborales³⁴. Sin duda el mismo contribuirá a una mayor protección de los derechos y libertades tanto de los ciudadanos como de los trabajadores.

4. PODER DE DIRECCIÓN REMOTO: ÓRDENES DIGITALES

El derecho del empresario a impartir órdenes e instrucciones y el correlativo deber del trabajador de obedecerlas está regulado en los artículos 5.c) y 20.2 del TRET³⁵.

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han venido a intensificar la capacidad del empleador para impartir órdenes e instrucciones (instrucciones digitales) y llevar a cabo “una supervisión y dirección remota”³⁶ pues no siempre será necesaria “la concurrencia en un mismo lugar y tiempo de máquina, energía y trabajador”³⁷; y no por ello trabajador digital estará sometido

³⁴ José Luis Goñi Sein; “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 nº78/2017; pp.15-42.

³⁵ Rosa María Morato García; Derecho de Resistencia y Ejercicio Irregular del Poder de Dirección. Op. cit.; p.4: “la potestad de mando constituye uno de los elementos más representativos si no el principal, de la posición subjetiva que adopta el empleador en la relación de trabajo”.

³⁶ Antonio Padilla Meléndez; “El Teletrabajo como Sistema de Aspectos en el Contexto de las Organizaciones Actuales: Concepto, Perspectivas de Futuro y Aplicación al Turismo” en: Francisco J. Martínez López; José Luis Salmerón Silvera y Juan Carlos Roca Pulido (Ed.); Teletrabajo, una Visión Multidisciplinar. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva. 1998; p.14. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel; Nuevas Tecnologías y Relación de Trabajo. Op. cit.; p.35: “la introducción de la informática provoca una desestabilización del equilibrio de fuerzas que rige la relación de trabajo en favor del empresario...el trabajo no es sólo más fragmentario, repetitivo y pobre, sino que se realiza sometido a un poder de vigilancia que ha crecido en intensidad al imprimirse en el programa informático”.

³⁷ Pedro Navarro; El Futuro del Empleo. Círculo de Lectores. Barcelona. 1999; p.26.

a controles menos intensos que los de los trabajadores que realizan su prestación intra muros de la empresa.

Pero no siempre va a resultar fácil mantener el precario equilibrio entre las insospechadas posibilidades que las innovaciones tecnológicas han traído consigo, de una parte, con el respeto debido a la persona del trabajador, de otro lado.

Se puede afirmar que las TICs permiten la presencia virtual del trabajador y su integración en la organización empresarial independientemente de dónde y cuándo realicen su prestación laboral porque a través de las herramientas informáticas el trabajador se inserta en el “en el sistema informático y telemático de la empresa”³⁸.

Además, en la sociedad contemporánea cada es más frecuente que las comunicaciones en la empresa sean un auténtico diálogo interactivo, produciéndose un crecimiento exponencial de avisos, notificaciones, órdenes de trabajo, etc. a través de correo electrónico o redes sociales³⁹. Con un “click” es suficiente para que una orden o instrucción pueda ser enviado a la totalidad de la plantilla y a cualquier punto del planeta.

En España incluso ya existen convenios colectivos que “expresamente contemplan la posibilidad de informar al trabajador de determinados aspectos relacionados con la ejecución de su trabajo a través de aplicaciones instaladas en el teléfono móvil”⁴⁰.

Han proliferado las aplicaciones informáticas que permiten no sólo a través de ordenadores sino incluso a través del teléfono móvil, tablets, o relojes “inteligentes” mantener una comunicación constante y en tiempo real entre empresa-trabajadores haciendo de estos últimos “trabajadores de cristal” en cuanto a la intensidad del control y vigilancia que el empresario puede llegar a ostentar⁴¹.

Pero es más, las nuevas aplicaciones informáticas permiten realizar un “seguimiento” de las instrucciones telemáticamente enviadas y verificar cuándo han sido recibidas y cuándo abiertas y “leídas” por sus destinatarios.

Estas prácticas pueden llegar a ser de tal intensidad que en muchos casos provocan una injustificada extensión de la jornada de trabajo, pues se invaden tiempos de descanso, festivos e incluso vacaciones.

³⁸ Francisco Pérez de los Cobos Orihuel; “El Trabajo Subordinado como Tipo Contractual”. Documentación Laboral nº 39/1993; p.35.

³⁹ Miguel Àngel Falguera Baró; “Nuevas Tecnologías y Trabajo (I): Perspectiva Contractual”. Op, cit.; p.10.

⁴⁰ M^a José Cervilla, Garzón; “Efectos del Uso de la Aplicación Whatsapp en el Marco de las Relaciones Laborales”. Temas Laborales nº 136/2017; p.84.

⁴¹ Miguel Gutiérrez Pérez; Ciudadanía en la Empresa y Derechos Fundamentales Inespecíficos. Laborum. Murcia, España. 2011; p.191.

Conforme a la legislación laboral española, fuera de la jornada laboral no hay obligación de contestar mensajes ni atender llamadas de la empresa, Pero lo cierto es que el uso de las TICs ha generado lo que podríamos denominar un “síndrome compulsivo de abstinencia informática” que hace que buena parte de la población esté pendiente en cualquier sitio y a cualquier hora de sus bandejas de entrada de llamadas, mail, whatsapps... perdiéndose cada vez la capacidad de trazar una nítida separación entre el ámbito laboral y el personal.

Este problema no es en modo alguno baladí ni exclusivo de nuestro país, como lo prueba el hecho de que en el país vecino se haya aprobado en 2017 una reforma del código laboral francés por la que se regula el Derecho a la “la desconexión digital”⁴².

4.1. ¿Ius resistentiae “tecnológico” frente a órdenes impartidas por una máquina o programa informático?

Tradicionalmente, las órdenes empresariales eran impartidas verbalmente o por escrito por un ser humano, independientemente de la personalidad jurídica del empresario. Especialmente ilustrativo a estos efectos es que el artículo 20.1 faculte para impartir órdenes al empresario, o persona en quien éste delegue, que se presume serán los directivos de la propia empresa⁴³ y, en todo caso, personas físicas⁴⁴.

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han propiciado que los medios utilizados para impartir órdenes a los empleados sean cada vez más sofisticados (móviles de última generación, whatsapps, mails...). Cuando dichas órdenes siguen emanando directamente de una persona física no se plantean, en principio, controversias jurídicas que no hubieran sido ya planteadas en el pasado y a las que les será aplicable lo dispuesto en el artículo 20 TRET.

Sin embargo, los avances de la Ciencia hacen posible que ya existan robots capaces de “razonar” y programas informáticos que imparten órdenes e instrucciones a los usuarios para realizar tareas cotidianas.

Puede que los nativos digitales asuman como usual y normal acatar los dictados de sus herramientas informáticas (para realizar una reserva hotelera on line, contestar a las preguntas de una máquina para poder dar parte de avería telefó-

⁴² Francisco Alemán Páez; El Derecho de Desconexión Digital: Una Aproximación Conceptual, Crítica y Contextualizadora al Hilo de la Loi Travail N° 2016-1088”. Trabajo y Derecho n° 30/2017; pp.12-33.

⁴³ Jesús Cruz Villalón; “Poder de Dirección y Nuevas Estructuras empresariales”. Op. cit.; p. 225.

⁴⁴ Rosa María Morato García; Derecho de Resistencia y Ejercicio Irregular del Poder de Dirección. Op. cit.; 2011; p.63.

nica...). Pero en el ámbito laboral habría que plantearse si el empresario puede delegar la facultad de impartir órdenes en una máquina con inteligencia artificial o en un programa informático cuyas instrucciones hayan de ser seguidas por los trabajadores.

A este respecto la primera cuestión sería deslindar entre órdenes e instrucciones “mecánicas” frente a requisitos técnicos para la puesta en marcha o funcionamiento de las herramientas tecnológicas utilizadas para el cumplimiento de la prestación laboral. Respecto a este último bloque no se plantearía debate jurídico alguno al estar ya subsumido en los usos sociales y culturales occidentales la necesidad de manipular los aparatos para su correcto funcionamiento (en épocas pasadas siguiendo las instrucciones del manual del fabricante, actualmente siguiendo las pautas que por escrito o verbalmente va indicando el propio programa informático).

En cambio, respecto a las instrucciones y órdenes “mecánicas” específicamente dirigidas a un trabajador o grupo de trabajadores (p.e., la ruta marcada por el GPS del vehículo de la empresa⁴⁵) sí que habría que analizar si existe un deber de obediencia ex artículo 20 TRET⁴⁶.

Esto nos aboca no sólo a un debate jurídico, sino también filosófico y ético puesto que el punto de partida habría de ser que la inteligencia artificial creada por el ser humano es un instrumento a su servicio, y no a la inversa.

Desde esta perspectiva, si el legislador laboral sólo regula la obediencia debida a las órdenes impartidas por personas físicas, cuando la decisión concreta no ha sido tomada por un ser humano directamente, sino generada por una inteligencia artificial, es evidente que no concurre el presupuesto fáctico del artículo 20 TRET y no puede jurídicamente existir “desobediencia”.

5. EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO COMO MANIFESTACIÓN DE LOS PODERES DIRECTIVOS

El artículo 6.5 del Real Decreto 17/1977 sólo prohíbe expresamente el esquirolaje externo, si bien los tribunales acabaron por extender también dicha prohibición al esquirolaje “interno”⁴⁷ con el objeto de garantizar así la efectividad de

⁴⁵ Daniel Pérez del Prado; “Instrumentos GPS y Poder de Control del Empresario”. Revista de Contratación Electrónica nº 107/ 2009; pp.49-73.

⁴⁶ M^a José Asquerino Lamparero; “El Derecho de Resistencia Frente al Poder de Dirección”. Aranzadi Social nº 8/2012; pp.277-302.

⁴⁷ Rubén López-Tamés Iglesias; “Significativos y Cercanos Pronunciamientos sobre la Huelga”. Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo nº 164/2014; p.116: “el esquirolaje interno puede producirse de dos maneras distintas, bien mediante el traslado del personal que labora en

la huelga como medio de presión y evitar dejar vacío de contenido este Derecho Fundamental.

La huelga legal, por tanto, se erige en un límite al poder de dirección laboral⁴⁸ pues como afirmó el Tribunal Constitucional “el *ius variandi* empresarial lesiona el derecho de huelga cuando se realiza de forma abusiva” (SSTC 123/1992, de 28 de septiembre; y 33/2011, de 28 de marzo).

Sin embargo, la legislación española no ha regulado, -ni tampoco el Derecho comparado- el llamado esquirolaje tecnológico que fue definido por el Tribunal Supremo como “sustitución de medios humanos por medios mecánicos o automáticos”⁴⁹ y cuya finalidad, por tanto, es mantener la actividad y aminorar los efectos del ejercicio del derecho de huelga garantizado constitucionalmente a los trabajadores.

Qué el esquirolaje tecnológico es ya una realidad resulta irrefutable, y no cabe duda de que los avances de la Ciencia irán incrementando paulatinamente el número de sectores en los que será posible sustituir el trabajo prestado habitualmente por trabajadores huelguistas por máquinas y programas informáticos.

Por el momento, la vigente doctrina sobre el esquirolaje tecnológico está contenida en la STC 17/2017 de 2 de febrero⁵⁰. En esta sentencia⁵¹ el Tribunal Constitucional concluye que no se vulnera del derecho de huelga cuando los trabajadores no huelguistas continúan realizando las mismas tareas que tenían asignadas y el empresario se ha limitado a ejercer “el poder de organización de los medios de producción con los que se cuenta en la empresa”. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional afirma que no existe ninguna normativa que, durante el ejercicio del derecho de huelga “prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad.

En relación con el epígrafe anterior de este trabajo resulta especialmente interesante la afirmación contenida en el Fundamento Jurídico 7º de la STC

otros centros de trabajo, o bien a través del encargo de las tareas a trabajadores no huelguistas del mismo centro”.

⁴⁸ STC 17/2017, de 2 de febrero: “la libertad del empresario, por lo que respecta a sus facultades de organización y dirección de los trabajadores, queda restringida por el ejercicio del derecho de huelga”.

⁴⁹ STS de 5.12.2012 (RJ. 1751).

⁵⁰ Sentencia comentada por Daniel Toscani Giménez; “La Prohibición de Esquirolaje Durante la Huelga con Especial Mención al Esquirolaje Tecnológico”. Trabajo y Derecho 30/2017; pp.82-86.

⁵¹ La empresa utilizó medios técnicos de los que disponía, de uso no habitual, para retransmitir el partido de Champions el día de la huelga.

17/2017 de 2 de febrero: “la prohibición prevista en el art. 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977 se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos” (el subrayado es añadido).

Este razonamiento viene a corroborar -a nuestro juicio- la tesis ya defendida sobre la legitimidad de la desobediencia a las órdenes e instrucciones que no emanan directamente de un ser humano (desobediencia “tecnológica”). Y es que si las TICs no son personas -y por tanto no pueden ser “esquiroles” a los efectos del Real Decreto Ley 17/1977-, tampoco pueden equipararse a las personas a efectos de impartir órdenes o instrucciones conforme al artículo 20 TRET, pues este precepto sólo ampara las órdenes emanadas de personas físicas.

6. FACULTAD SANCIONADORA COMO COLORARIO DEL PODER DIRECTIVO

No es pacífica entre la doctrina española la cuestión de si se incluye⁵², o no, el poder sancionador entre el elenco de facultades que el poder de dirección laboral comprende.

Pero dejando al margen disquisiciones teóricas, desde un punto de vista eminentemente práctico hay que reconocer que “el poder directivo quedaría reducido a un poder moral de no haberse dotado también al empresario de la capacidad para sancionar los incumplimientos”⁵³.

Es por eso que el Derecho del trabajo “ha otorgado una vestidura y legitimidad jurídica al poder de dirección, dotándole de singulares instrumentos para asegurar su efectividad, como el poder disciplinario o la facultad de despido”⁵⁴.

El poder sancionador deriva y tiene su fundamento en la subordinación jurídica en la que se coloca el trabajador en el contrato de trabajo por cuenta ajena y que faculta al empresario -en caso de incumplimientos graves y culpables del trabajador de la prestación pactada- para adoptar unilateralmente medidas legales (artículo 58 TRET) que no se prevén para el caso del incumplimiento de un contrato civil.

⁵² Entre los que sí lo incluyen, cfr. Jesús Cruz Villalón; “Poder de Dirección y Nuevas Estructuras Empresariales”. Op. cit.; p.237: “el poder disciplinario, tercera manifestación de los poderes directivos”.

⁵³ Rosa María Morato García; Derecho de Resistencia y Ejercicio Irregular del Poder de Dirección. Op. cit.; p.47.

⁵⁴ Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer; “Poder de Dirección y Derecho Contractual” en: Ricardo Escudero Rodríguez; El Poder de Dirección del Empresario: Nuevas Perspectivas. La Ley. Madrid. 2005; p.6.

6.1. El (ab)uso uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación de titularidad empresarial como causa de despido disciplinario

Dado que los avances tecnológicos han hecho posible que el “acceso a la información sea tan fácil como entretenido”⁵⁵ se han generado nuevos hábitos sociales que hace que sea práctica habitual que durante la jornada de trabajo se utilicen las nuevas tecnologías para fines ajenos a la prestación laboral debida (incluso de manera compulsiva como si de una nueva adición se tratara).

Para hacer frente a esta nueva realidad se ha admitido la licitud de la “ordenación y regulación de los uso de los medios informáticos de titularidad empresarial en el marco de sus facultades de autoorganización, dirección y control reconocido a la empresa, pero con pleno respeto a los Derechos fundamentales” -SSTC 241/2012, de 7 de diciembre; y 170/2013, de 7 de octubre-.

Por tanto, cuando las nuevas tecnologías utilizadas son propiedad de la empresa y existen órdenes explícitas del empresario o regulación convencional sobre su uso en tiempo de trabajo, el incumplimiento de las mismas puede ser causa de despido disciplinario si concurren los requisitos de gravedad y culpabilidad exigidos por el artículo 54 TRET. Aunque en el buen entendimiento de que “el uso de un dispositivo móvil no puede constituir, por sí mismo, una causa suficiente de despido, salvo en los casos en los que concurren circunstancias reveladoras de una cualificada imprudencia”-STSJ Cantabria de 18.6.2014 (JUR.180053)-.

La gran mayoría de las sentencias que hasta ahora se han dictado en esta materia parten del supuesto de hecho de que es la empresa la propietaria de las TICs. Y “ese título jurídico le legitima para que el ordenador del que es dueño se utilice exclusivamente para satisfacer el interés empresarial” -STSJ de Andalucía de 23.10.2014 (JUR 2015\37963)-.

El mal uso o abuso de las herramientas de trabajo tecnológicas por parte de los trabajadores podrán incardinarse en una o más causa de despido disciplinario simultáneamente:

1. Desobediencia (artículo 51.1.b) TRET). Pues estaríamos ante una vulneración de una prohibición impuesta por el empresario (STSJ de Andalucía de 30.6.2016 (JUR. 209133)).

2. Transgresión de la buena fe contractual (artículo 51.1.d) TRET). En el Derecho del Trabajo la probidad y confianza entre las partes juega un papel tan relevante o más que en otros ámbitos contractuales. Pero quizás por tratarse de un contrato “*intuitu personae*”, el legislador puso especialmente énfasis en el deber

⁵⁵ Kuan-Tsae Huang; Yang W. Lee, Richard Y. Wang; Calidad de la Información y Gestión del Conocimiento. Op. cit.; p.198.

de buena fe⁵⁶ de una de las partes: el trabajador, entre cuyas obligaciones laborales básicas se encuentra el deber de buena fe cuya transgresión constituye justa causa de despido⁶⁰. Y, no cabe duda -como afirma la STSJ de Andalucía de 30.6.2016 (JUR.209133⁵⁷)- que “cuando los trabajadores utilizan los medios tecnológicos de información y comunicación de la empresa, tanto si lo hacen a nivel profesional como personal, están obligados a observar la buena fe contractual”

3. Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado. (artículo 54.1.d) TRET). Es evidente que si el trabajador utiliza los medios tecnológicos de información y comunicación de la empresa con una finalidad extralaboral durante ese tiempo está desatendiendo sus tareas y funciones, lo que supone una disminución continuada y voluntaria de su rendimiento -STSJ de Andalucía de 30.6.2016 (JUR. 209133)-.

4. Ofensas. Las nuevas tecnologías pueden ser también un instrumento para verter comentarios ofensivos contra el empresario o el resto de trabajadores de la empresa encuadrables en la causa de despido disciplinario regulada en el artículo 51.1. c) TRET.

Y es que no cabe duda de que utilizar las redes sociales para realizar comentarios ofensivos que no están amparados por la libertad sindical ni de expresión podría ser constitutiva de una conducta sancionable por el empresario -STSJ de Madrid de 21.12.2015 (JUR 2016\41445)-.

Es más, cuando se utilizan las redes sociales con esta finalidad, “la propia capacidad de difusión por el medio en que se realizó -Facebook- denota la gravedad, de modo que si por ofensas verbales entendemos las expresiones orales o escritas, que implican un desprestigio o humillación moral para la persona que la sufre o recibe, basta con una sola ofensa verbal para justificar la procedencia del despido, siempre que se acredite la gravedad y culpabilidad exigibles; aquí esos elementos del tipo están más que acreditados, tanto por el medio en que se comete como por la difusión vertiginosa que implica” -STSJ de Andalucía de 23.3.2017 (JUR.174154)-.

⁵⁶ Manuel Iglesias Cabero; “Transgresión de la Buena Fe Contractual” en: VV AA. Estudios sobre el Despido Disciplinario. ACARL. Madrid, 1992, p. 219: “la idea de buena fe presupone la necesidad de observar las normas de conducta que son inherentes a la conciencia leal y honrada de los hombres; es una exigencia consustancial a las obligaciones de hacer”. José Luis Gil Gil; “La Buena Fe en el Contrato de Trabajo”. Revista de Trabajo y Seguridad Social nº 163/1996; p.8: “mediante la cláusula general de la buena fe se produce una moralización del contrato y una irrupción de la ética en el derecho”.

⁵⁷ Constituyendo una transgresión de la buena fe contractual la conducta del trabajador que se conecta a páginas de internet no relacionadas con la prestación laboral infectando al ordenador de la empresa con un virus troyano.

En conclusión, que en ningún caso “las redes sociales pueden ser un campo al margen de los Derechos fundamentales de los demás, de modo que la libertad de expresión ahí debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y eso sí matizado con los condicionamientos mutuos impuestos por la relación de trabajo, lo que afecta tanto a los trabajadores como a la empresa” -STSJ de Andalucía de 23.6.2016 (recurso 1811/15 L)-⁵⁸.

7. CUANDO LOS TRABAJADORES SON LOS PROPIETARIOS DE LAS TICS: PODER DE DIRECCIÓN Y “BYOT”

En materia de incumplimientos laborales vinculados al uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, la jurisprudencia española y la del TEDH se ha enfrentado habitualmente a supuestos de hecho en los que la premisa de partida era la titularidad empresarial de las nuevas tecnologías puestas a disposición de los trabajadores como herramientas de trabajo.

Sin embargo, los avances de la Ciencia por un lado, unido al abaratamiento y generalización de los dispositivos informáticos por otro, hacen posible que esté al alcance de la población -incluso la de recursos económicos más modestos- adquirir aparatos técnicos de última generación con los que pueden comunicarse con la empresa y/o compañeros de trabajo a través de internet o la intranet, enviar y recibir mails, documentos adjuntos e incluso escanear información. Por no hablar de la posibilidad en muchas profesiones de poder desarrollar las principales obligaciones laborales usando el ordenador portátil propiedad del trabajador tanto en el lugar de trabajo como fuera del mismo.

Conscientes de esta nueva realidad informática y con el objetivo de reducir costes, se encuentra en expansión una nueva práctica empresarial que no sólo permite sino que fomenta que los trabajadores utilicen sus propios portátiles, teléfonos, tablets (Bring you own device) e, incluso, su propia tecnología (BYOT: bring you own technology)⁵⁹.

La implantación del BYOT no supone necesariamente restringir el ámbito de aplicación personal de la legislación laboral, ya que el hecho de que los trabajadores sean los propietarios de las herramientas informáticas de trabajo no desvirtúa a nuestro entender su carácter de trabajadores por cuenta ajena en tanto

⁵⁸ “Las expresiones vertidas en los tuits reseñados manifiestan un desacuerdo en el ámbito interno de la empresa y no son vejatorias aunque resulten improcedentes y soeces, no pueden ser causa de una sanción disciplinaria por constituir un ejercicio legítimo de la libertad de expresión” -STC 56/2008, de 14 de abril-.

⁵⁹ Cfr. Javier Puyol Montero; Una Aproximación a la Técnica «BYOD» y al Control Estratégico de las Nuevas Tecnologías en la Empresa. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015.

y en cuanto que se integran en el ámbito de organización y dirección del empresario. Porque, precisamente, es “la no integración en este ámbito de organización y dirección el único dato actual que separa el contrato de trabajo del arrendamiento civil de servicios”⁶⁰.

Es del todo evidente que el nuevo paradigma laboral obligará a replantear los límites del poder de dirección, puesto que sin autorización del trabajador propietario de las TICs las conductas de control informático que hasta ahora los tribunales han declarado ajustadas a Derecho dejarían de serlo, pues desplegaría toda su eficacia el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.

Sin embargo, en ningún caso, BYOT significará la impunidad para los trabajadores hagan el uso que haga de sus dispositivos informáticos: serán sancionables los incumplimientos contractuales que los trabajadores cometan utilizando su propia tecnología cuando lleguen a conocimiento del empresario sin vulneración de Derechos Fundamentales⁶¹.

Esta conclusión se alcanza aplicando por analogía la doctrina judicial que declara procedente el despido de trabajadores por incumplimiento de los deberes inherentes al contrato de trabajo y que fueron cometidos a través de dispositivos informáticos de su propiedad, pero innecesarios para el desempeño de la prestación laboral debida. A título ilustrativo se pueden citar:

-La STSJ Cataluña de 1.7.2014 (JUR. 241700) declaró procedente el despido de la trabajadora que difundió una foto de contenido sexual a través del whatsapp.

-La STSJ Cantabria de 18.6.2014 (JUR.180053) declaró procedente el despido por ruptura de la buena fe contractual del conductor de autobús que hizo uso del servicio de mensajería whatsapp a través del teléfono móvil, usando para ello la mano izquierda, mientras manejaba el volante con la derecha. Todo lo cual fue registrado y documentado por un viajero que dio parte a la compañía.

-La STSJ Aragón de 18.5.2016 (AS. 1172) declaró procedente el despido de la trabajadora acaecido a raíz de que el empresario tuviera conocimiento de comentarios vejatorios vertidos por ésta en su cuenta privada de Facebook debi-

⁶⁰ Manuel Alonso Olea y M^a Emilia Casas Baamonde; Derecho del Trabajo. 15^a ed. Madrid. 1997; p.55.

⁶¹ Raquel Muñoz Ferrer; “Los Nuevos Medios de Prueba en el Procedimiento Laboral: Teléfonos Móviles y Whatsapps”. Trabajo y Derecho n^o 30/2017; pp. 121-129: el mensaje whatsapp “puede aportarse como: documento público si se da fe pública de su contenido mediante acta notarial. Se puede contrastar su contenido mediante interrogatorio de las partes intervinientes en la conversación. Se puede aportar una prueba pericial que verifique la fecha, intervinientes y teléfono desde el que se remite el mensaje, Se puede aportar directamente el teléfono en sede judicial para que el juzgador realice un reconocimiento judicial del mismo”.

do a que los destinatarios del mensaje lo reenviaron, a su vez, a terceros, hasta que llegó a la supervisora de la trabajadora. La empresa no vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones de su trabajadora porque no accedió a su cuenta privada de Facebook.

8. LOS PODERES DIRECTIVOS PARA IMPLEMENTAR NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL DESPIDO POR CAUSAS TÉCNICAS

Cuando las empresas apuestan por implantar nuevas tecnologías modificando su proceso productivo⁶² lo hacen, entre otros objetivos, con la finalidad de incrementar la calidad, reducir costes, y ganar en competitividad⁶³. Es decir, en el mundo empresarial las TIC se han consolidado como un instrumento fundamental para la adaptación de “esquemas flexibles, globales, y en red de la producción y la demanda”⁶⁴.

Qué duda cabe que la toma de decisiones de este calibre entra en la esfera de los poderes directivos, en sentido amplio, que al empresario garantiza la legislación vigente para dirigir su empresa.

Sin embargo, también es evidente que los cambios tecnológicos en los sistemas de producción pueden traer consigo la amortización de puestos de trabajo⁶⁵.

Consciente de esto último, el legislador español ha regulado como causa específica de despido colectivo “la extinción de contratos de trabajo fundada en causas técnicas” (artículo 51.1 TRTE). Se entiende que concurren las mismas “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”.

Pero de otro lado, también es factible que los trabajadores no quieran/puedan adaptarse a los cambios tecnológicos. En tales supuestos entrará en juego lo dispuesto en el artículo 52.b) TRET que regula como causa de despido objetivo la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en

⁶²“La teoría indica que el tamaño pequeño facilita la implantación de las innovaciones porque las organizaciones pequeñas requieren menos complejidad en la comunicación, menos coordinación”. Cfr. Virginia Orengo et alii; “Estrategias de Implantación de Nuevas Tecnologías” en: María Salanova et alii (Eds). Nuevas Tecnologías y Formación Continua en la Empresa. Universidad Jaime I. Valencia. 2001; p.130.

⁶³Isabel M. Martínez et alii; “Creencia y Actitudes en el Marco de las Nueva Tecnologías” en: María Salanova et alii (Eds). Nuevas Tecnologías y formación Continua en la empresa. Universidad Jaime I. Valencia. 2001; p.107.

⁶⁴Joan Torrent y Jordi Vilaseca; “La Economía del Conocimiento y la Empresa Red”. Op. Cit; p. 47.

⁶⁵Juan Antonio Altés et alii; El Despido Objetivo. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010; pp.155 y 156. Cfr. igualmente, STS de 21.6.1988 (RJ. 5444).

su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Además, la extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que transcurran al menos dos meses desde que se introdujo la modificación, o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación -SSTS de 15.7.1986 (RJ.4147); y 15.7.1986 (RJ.4147)-.

Se prima así el progreso técnico y la innovación tecnológica de la empresa que no puede ser frenado por falta de adaptación del trabajador⁶⁶, sobre quien recae “un deber de perfeccionamiento profesional”⁶⁷.

No cabe confundir cambio técnico con especificación de funciones -STSJ País Vasco de 30.6.2006 (AS 552)-.

A la vista de lo expuesto no son escasos los pronunciamientos judiciales sobre la inadaptación de los trabajadores al progreso tecnológico operado en el puesto de trabajo como causa de despido -STSJ Andalucía. 12.11.2002 (AS 2003\533)-.

Muy habitualmente las innovaciones tecnológicas que motivan los despidos están relacionadas con los avances informáticos:

-Introducción de ordenadores en la empresa y programas de delineación por medio de ordenadores (STS de 21.6.1988 (RJ.6865).

-Introducción de un nuevo programa informático -STSJ Murcia de 23.10.1995 (AS. 4050)-.

-Implantación del “Windows 2000” -STSJ Madrid de 24.1.2005 (AS. 1999)-.

-Falta de adaptación al nuevo sistema informático de gestión -STSJ Extremadura de 8.8.2000 (JUR. 273981)-.

-Lenguajes y sistemas operativos -STSJ Andalucía de 9.6.2011 (AS.980).

9. CONCLUSIONES

El ámbito de las relaciones laborales se ha visto profundamente alterado por el generalizado uso de las TIC en el seno de la empresa.

Pese a las innumerables reformas de que ha sido objeto el Estatuto de los Trabajadores a lo largo de las últimas décadas, sigue sin contener previsiones específicas para resolver las controversias que plantea el ejercicio del poder de

⁶⁶Macarena Castro Conte; “Extinción del Contrato de Trabajo por Causas Objetivas Relativas a la Persona del Trabajador”. Revista Española de Derecho del Trabajo nº 190/2016; pp.133-175. BIB 2016\80287.

⁶⁷Raquel Poquet Catalá; “La Falta de Adaptación Como Causa de Despido Objetivo”. Aranzadi Doctrinal nº 7/2014; pp. 67-90. BIB 2014\3655.

dirección a través de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

El poder de dirección laboral, fundado en la situación de subordinación jurídica en la que el trabajador por cuenta ajena se coloca por mor del contrato de trabajo, comprende un amplio elenco de facultades entre las que se encuentra el poder de determinar el contenido de la prestación a través de órdenes e instrucciones que, cada vez con mayor asiduidad, se imparten a través de las nuevas tecnologías de información y comunicación (órdenes digitales).

De la más reciente jurisprudencia constitucional sobre el esquirolaje tecnológico cabe concluir, a sensu contrario, que si las TICs no pueden ser “esquirolas” porque no son humanos, por la misma razón tampoco pueden equipararse a las personas a efectos de impartir órdenes a los trabajadores conforme al artículo 20 TRET.

Cuando las nuevas tecnologías utilizadas son propiedad de la empresa y existen órdenes explícitas del empresario o regulación convencional sobre su uso en tiempo de trabajo, el incumplimiento de las mismas puede ser causa de despido disciplinario si concurren los requisitos de gravedad y culpabilidad exigidos por el artículo 54 TRET.

Sin embargo, está en expansión una nueva política empresarial (BYOT: bring you own technology) que fomenta el uso por parte de los trabajadores de sus propios dispositivos informáticos para realizar la prestación laboral. Este nuevo paradigma obligará a replantear los límites del poder de dirección puesto que sin autorización del trabajador propietario de las TICs las conductas de control informático que hasta ahora los tribunales han declarado ajustadas a Derecho dejarían de serlo.

La implantación de las nuevas tecnologías en la empresa -como estrategia para abaratar costes y ganar en competitividad-entra en la esfera de los poderes directivos en sentido amplio que al empresario garantiza la legislación vigente para dirigir su empresa. Pero estas decisiones empresariales pueden también acarrear la amortización de puestos de trabajo. Es por eso que el TRET regula como causa específica de despido colectivo “la extinción de contratos de trabajo fundada en causas técnicas”.

Igualmente, se contempla como causa de despido objetivo la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables.

Muchos de los problemas que la aplicación de las nuevas tecnologías en la esfera laboral provoca se evitarían si de *lege ferenda* se regulara de manera específica el derecho de los trabajadores a ser informados de su uso como instrumentos al servicio del poder de dirección. Sobre todo en los supuestos en que pueda haber riesgo de colisión con Derechos fundamentales que a los trabajadores como personas se les reconocen y garantizan.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES Y PODERES DE CONTROL DEL EMPLEADOR A TRAVÉS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras clave: Derechos fundamentales, TICs, poderes de control, protección de datos, Reglamento UE

El riesgo que las nuevas tecnologías aplicadas a los poderes de control empresarial determina sobre los derechos de los trabajadores a la privacidad, a la autodeterminación informativa y a la libertad de comunicaciones exige una intervención normativa y una respuesta judicial que, adoptando como perspectiva la garantía de estos derechos fundamentales, tutelen también el interés empresarial de sancionar abusos contractuales de los trabajadores. En la actualidad, la doctrina constitucional y la doctrina judicial creo que no ha conseguido armar unos criterios hermenéuticos que garanticen suficientemente aquellos derechos en los centros de trabajo. Especialmente es criticable, a mi juicio, la aplicación, en muchos supuestos, del canon de control de la expectativa razonable de privacidad y de confidencialidad para excluir la aplicación del art. 18 CE. El Reglamento UE sobre protección de datos, aplicable a partir de 2018, promueve una normativa estatal laboral sobre esta cuestión que impondrá importantes cambios sobre el actual estado de la cuestión. En primer lugar, será preciso aplicar las estrictas exigencias de información a los afectados, léase trabajadores, previstas en el Reglamento, en el marco del reforzamiento del tratamiento de datos leal y transparente que el mismo persigue, y, en segundo lugar, en favor de la tutela de los derechos de los trabajadores se establece un nuevo cuadro de exigencias formales y sustantivas que se imponen al responsable del tratamiento de datos, para la instalación de cualquier sistema de control de la actividad laboral. En definitiva, la transparencia en el desarrollo de la actividad laboral conllevará una mayor transparencia de la facultad de control empresarial.

ABSTRACT

Keywords: Fundamental rights, ICT, powers of control, data protection, EU regulation

The risk that the new technologies applied to the powers of corporate control determines the rights of workers to privacy, informational self-determination and freedom of communications requires a policy intervention and response judicial.

Regulation EU data protection, applicable from 2018, which promotes a state labor regulations on this issue, will impose important changes on the current status of the issue among us. First, it will be necessary to apply strict reporting requirements to those affected, read workers, provided for in the regulation, within the framework of the reinforcement of fair and transparent data that it pursues, and, secondly, on behalf the protection of the rights of workers sets a new picture of formal and substantive requirements imposed on the person responsible for the processing of data, for the installation of any system of control of work. Ultimately, transparency in the development of the work must involve in the future some greater degree of transparency of the Faculty of business control.

ÍNDICE

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS
2. DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO A LA PRIVACIDAD EN LA EMPRESA
3. LA VIDEOVIGILANCIA Y LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA AUTODERMINACIÓN INFORMATIVA
 - 3.1. Admisión de los sistemas de videovigilancia y derecho a la privacidad
 - 3.2. Admisión de los sistemas de videovigilancia y derecho a la autodeterminación informativa
 - 3.3. Vigilancia empresarial y consentimiento del trabajador
 - 3.4. Vigilancia empresarial y derecho de información de los trabajadores
 - 3.5. La aplicación de la doctrina constitucional
 - 3.6. Consentimiento e información de los trabajadores a la luz del Reglamento general de protección de datos
4. MONITORIZACIÓN Y CONTROL DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS Y DE LAS REDES CORPORATIVAS
 - 4.1. La doctrina del Tribunal Supremo
 - 4.2. La doctrina del TEDH sobre afectación del art. 8.1 CEDH en relación con el control de ordenadores, correo electrónico y navegación por Internet
 - 4.3. La doctrina Constitucional y el uso extensivo la expectativa razonable de confidencialidad y de la expectativa razonable de privacidad
 - 4.4. Aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional
 - 4.5. Valoración de la doctrina constitucional y jurisprudencial

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Los derechos fundamentales de los trabajadores deben hacer frente desde hace unos años a la potencialidad invasiva de las nuevas tecnologías aplicadas al ejercicio del poder empresarial, de forma que el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la autodeterminación informativa, entre otros, se ven limitados por formas de control empresarial imprevisibles hace tan sólo una década. Como se sabe, en términos generales, el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores en los lugares de trabajo, tardío y paralelo a la entrada del sindicato en las empresas, no tuvo lugar hasta la segunda mitad del siglo pasado. A este dato debemos añadir que, más concretamente entre nosotros, su configuración constitucional en las relaciones laborales los definió como un límite al poder empresarial, a su vez modulado (y debilitado) por el deber de buena fe contractual. Desde este punto de partida, hemos de analizar el fuerte desafío que para la efectividad de los derechos fundamentales de los trabajadores se encuentra conectado con la introducción en la gestión empresarial de las tecnologías de la información y las comunicaciones, las célebres TIC.

Desde hace algunos años asistimos a cambios continuos de los sistemas de control de la actividad laboral para adaptarse a la nueva realidad digital. De un control físico y presencial se ha pasado a un control virtual y permanente de la actividad laboral. La videovigilancia ofrece múltiples medios de tratamiento de los datos y sistemas, que se perfeccionan a un ritmo acelerado frente a otras

técnicas de control precedentes, como circuitos cerrados de televisión, grabación por dispositivos webcam, digitalización de imágenes o instalación de cámaras. Como ha destacado la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), la aplicación de tecnologías de la información se manifiesta de muy diversas formas, así a través de controles biométricos, huella digital, videovigilancia, controles sobre el ordenador, revisiones, monitorización e indexación de la navegación por Internet, monitorización del correo electrónico, o los controles sobre la ubicación física del trabajador, mediante geolocalizadores.

Pues bien, el uso de tecnologías de la información multiplica las posibilidades de control empresarial al mismo tiempo que se multiplican las posibilidades de limitación de los derechos del trabajador. Los derechos de los trabajadores a la intimidad y a la protección de datos, así como el secreto de las comunicaciones, cuando se verifica controles empresariales sobre ordenadores y dispositivos móviles, resultan afectados y pueden ser vulnerados si se someten a limitaciones injustificadas, desproporcionadas o carentes de habilitación legal.

En consecuencia, el uso de tecnologías de la información por el poder empresarial obliga a adoptar medidas de control de los trabajadores que respeten su dignidad, su vida privada y su derecho a la protección de datos, toda vez que existiendo en la mayor parte de estos supuestos tratamientos de datos personales es necesario cumplir con los principios que rigen este derecho. Como se ha puesto de relieve por la AEPD¹, el incremento experimentado en la instalación de sistemas de cámaras y videocámaras con fines de vigilancia ha generado numerosas dudas en lo relativo al tratamiento de las imágenes que ello implica. Sobre esta cuestión, el TC ha afirmado que debe asegurarse que las acciones dirigidas a la seguridad y vigilancia no contravengan aquel derecho fundamental, que tiene pleno protagonismo en los terrenos de la captación y grabación de imágenes personales que permitan la identificación del sujeto. En relación con el contrato de trabajo este protagonismo cobra, si cabe, mayor relevancia habida cuenta la coincidencia existente entre el locus de trabajo, que es donde pueden movilizarse por los trabajadores las garantías fundamentales, y los espacios físicos sujetos a control mediante sistemas tecnológicos (STC 29/2013, de 11 de febrero, FJ 5).

De otra parte, el correo electrónico como medio de comunicación fundamental en las relaciones laborales, el uso de redes sociales por la empresa y la creación de redes sociales corporativas pueden además implicar que los datos personales de los trabajadores sean visibles para terceros, si el almacenamiento

¹ Instrucción 1/2006, de 12 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras

de los mismos pasa del ordenador a la nube. Es precisa pues una aplicación estricta de la normativa sobre protección de datos por parte del empresario como responsable del tratamiento de estos datos.

Pues bien, España se sitúa en ese grupo de países, sin regulación legal específica sobre videovigilancia empresarial y sobre el control empresarial de los instrumentos telemáticos, que ha confiado a los tribunales laborales la garantía del necesario equilibrio entre el interés empresarial y los derechos fundamentales de los trabajadores².

En efecto, en este contexto de cambio empresarial y cuando se utilizan sistemas de verificación de la actuación de los trabajadores imprevisibles para el legislador español de 1980, nuestro marco normativo sobre el poder de control empresarial, en cambio, ha permanecido inamovible. Ninguna reforma ha experimentado el art. 20.3 ET, que dispone que el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control, lo que lleva a afirmar generalizadamente que es admisible la videovigilancia. Ahora bien, ésta no es un mero instrumento de control del cumplimiento de los deberes laborales sino que invade la privacidad del trabajador obteniendo información y datos personales relevantes. Las imágenes grabadas son datos personales relevantes para conocer el perfil del trabajador. No es sólo un instrumento de control del trabajo sino de supervisión del propio trabajador. A mi juicio, las características de este medio de vigilancia implican un cambio cualitativo del poder de control empresarial, que resulta así difícilmente incardinable en el citado precepto Estatutario, pensado para una realidad distinta y que nos permitiría cuestionar que la libertad de empresa pueda ser un título legitimador suficiente de estos tipos de video control.

Igualmente, ningún cambio ha experimentado el art. 18 ET que concibe la taquilla como el único espacio de privacidad del trabajador cuando actualmente ésta se ha extendido a otros espacios no físicos, como correos personales o archivos del terminal utilizado por el trabajador para el desarrollo de su actividad laboral. Por su parte, el art. 64 ET, en fin, reconoce los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores previamente a la adopción y revisión de sistemas de control laboral³, una regulación que, sin embargo, no ha resultado suficiente para dotar a los representantes de los trabajadores de protagonismo

² Para un estudio comparado V. AAVV., *Nuevas Tecnologías y gestión de recursos humanos, Proyecto Technos: Impacto de las redes sociales y marco laboral tecnológico* (DEL REY GUANTER dir.), Wolter Kluwer, 2017, pp. 301-367.

³ La exigencia de autorización judicial como garantía de la libre comunicación queda referida al ámbito de la prueba en el proceso de conformidad con el art. 90.4 LRJS al señalar que cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación, mediante auto.

en la tutela de los derechos de los trabajadores frente a las decisiones de control empresarial, en el nuevo contexto tecnológico.

La ausencia de una regulación legal específica tampoco se ha visto suplida por la normativa convencional y han sido, de un lado, las políticas de la empresa las “llamadas” a regular una cuestión de relevancia constitucional y, de otro, los tribunales los que finalmente han determinado caso por caso la legitimidad de las medidas empresariales. Como tempranamente señalaría el TC y hoy es plenamente reproducible, no existe normativa específica que regule la instalación y utilización de estos mecanismos de control y vigilancia consistentes en sistemas de captación de imágenes o grabación de sonidos dentro de los centros de trabajo, por lo que son los órganos jurisdiccionales y finalmente el TC, los encargados de ponderar, en caso de conflicto, en qué circunstancias puede considerarse legítimo su uso por parte del empresario, al amparo del poder de dirección que le reconoce el art. 20 ET, atendiendo siempre al respeto de los derechos fundamentales del trabajador, y muy especialmente al derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 CE, teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad (STC 98/2000, de 10 de abril, FJ 8).

En este sentido, es preciso recordar respecto a la posible colisión de intereses que reiteradamente la doctrina constitucional ha puesto de relieve la necesidad de que “los órganos judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues, dada la posición preeminente de éstos en el Ordenamiento jurídico, en cuanto proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 CE), la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin”⁴.

Son pues los tribunales los que están fijando los criterios sobre el uso de ordenadores fijos o portátiles o del correo electrónico, en base a una doctrina que hunde sus raíces en la doctrina judicial relativa a los criterios establecidos para registro de taquillas, despachos, o el control de llamadas telefónicas y deberán seguir estableciéndolos en relación con el uso de redes sociales y plataformas corporativas. Pero debe tenerse en cuenta que la doctrina judicial en sus análisis no deja de considerar el correo electrónico, internet o el ordenador como instrumentos o herramientas de trabajo. Sin embargo las TIC no son sólo instrumentos de trabajo sino herramientas de comunicación y espacios, eso si no

⁴V. por todas, SSTC 213/2002, de 11 de noviembre, FJ 7; 20/2002, de 28 de enero, FJ 4; y 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 7.

físicos sino virtuales, en los que el trabajador puede disponer de una esfera de privacidad legítima.

Las notas características del tema de nuestro estudio ya definidas, es decir la ausencia de normativa laboral específica y el protagonismo judicial han de ser completadas con un marco normativo general de referencia y una serie de documentos relevantes, que han sido aplicados por las resoluciones judiciales para definir las pautas de actuación de los diferentes sujetos protagonistas, operadores jurídicos y agencias de protección de datos.

Así de partida, además de las normas constitucionales (art. 18 apartados 1,3 y 4 CE), las normas internacionales y comunitarias que tienen una incidencia directa sobre nuestro objeto de estudio han sido, fundamentalmente⁵, el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales⁶ y la Directiva 95/46/CE, que deroga el Reglamento 2016/679, aplicable a partir del 25 de mayo 2018⁷, en relación con la tutela del derecho a la protección de datos.

Además del marco normativo de referencia, las decisiones judiciales aplican o en ocasiones simplemente hacen referencia a diversos textos y documentos como son por ejemplo la Instrucción 1/2006, de 12 de diciembre, de la AEPD sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de

⁵ Además, debe citarse, entre otros, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el art. 8.1 del Convenio y el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, conocido habitualmente como Convenio, los artículos de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

⁶ El artículo 8 CEDH establece que “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

⁷ 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). La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de fecha 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Según el TJUE, esta norma aspiraba a realizar una armonización completa, es decir, aspira a equiparar los niveles de protección entre todos los Estados miembros, coordinando sus legislaciones, de modo que dispensen una protección equivalente, sin perjuicio de reconocerles un margen de maniobra, pero que han de ejercer de conformidad con el derecho comunitario y dentro de los límites de la propia Directiva (STJCE de 6/11/2003, Lindqvist, ap. 96).

sistemas de cámaras o videocámaras y el Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre Protección de los datos personales de los trabajadores de la OIT. Otros documentos importantes en la materia han sido emitidos por el Grupo de trabajo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, que fue establecido por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, (y cuyas funciones serán asumidas por el Comité Europeo de Protección de Datos)⁸ como el dictamen 8/2001, sobre videovigilancia en el contexto laboral y el documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo de 29 de mayo de 2002.

Finalmente, junto con este acervo normativo y documental debemos destacar la existencia también de sentencias de referencia, que han determinado además de la doctrina judicial, las resoluciones de la AEPD, es el caso de las conocidas SSTEDH3/4/2007 Copland c. Reino Unido y de 12/01/2016, Barbulescu c. Rumania, las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio, y posteriormente las SSTC 29/2013, de 11 de febrero y 39/2016, de 3 de marzo, en materia de video vigilancia, y, en materia de control de ordenares, la STS de 26/9/2007 y después la STS de 6/10/2011 así como las posteriores SSTC 241/2012, de 17 de diciembre y 170/2013, de octubre⁹.

En las páginas siguientes se abordará las soluciones al conflicto entre el interés empresarial y los derechos fundamentales de los trabajadores, planteado por el uso de medios tecnológicos de control de la actividad empresarial, tratando en primer lugar los casos de video vigilancia de la actividad laboral y, en segundo lugar, los de monitorización de dispositivos electrónicos utilizados para el trabajo. Las preguntas que nos plantearemos son si el trabajador tiene garantizada y en qué términos una esfera de intimidad o más correctamente de privacidad en su lugar de trabajo y en el uso de los medios electrónicos de trabajo. De otra parte, la cuestión será determinar si los derechos fundamentales a la protección de datos y a la libertad de comunicación se garantizan en la empresa y en qué términos.

Previamente será preciso realizar algunas consideraciones introductorias sobre la garantía de la “privacidad” de los trabajadores en las empresas como contenido tutelado por el derecho a la “intimidad” (art. 18.1 CE).

⁸ El artículo 29 de la citada Directiva estableció un Grupo de trabajo sobre la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales para examinar la cuestión de la vigilancia de comunicaciones electrónicas en el contexto laboral y las implicaciones de la protección de datos para empleados y empleadores. El Reglamento general sobre protección de datos, derogatorio de la misma ha creado el Comité Europeo de Protección de Datos que asume sus funciones

⁹ Así como es destacable la existencia de abundantes estudios doctrinales:

2. DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO A LA PRIVACIDAD EN LA EMPRESA

Garantiza el art. 18.1 CE el derecho a la intimidad y no el más amplio derecho a la privacidad, lo que podría suscitar en primer lugar la cuestión de la garantía constitucional ex art. 18.1 CE del derecho a la privacidad y, en segundo lugar, si el citado art. 18.1 CE tutela el derecho a la vida privada del trabajador en los centros de trabajo.

En relación con la primera pregunta, es preciso recordar que el TC ha configurado el derecho a la intimidad como un derecho estrictamente vinculado a la propia personalidad y derivado de la dignidad de la persona reconocido en el artículo 10.1 CE, que implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”¹⁰. Por lo que respecta a su contenido tutelado, la propia conceptualización de la intimidad, como ha declarado el Tribunal Constitucional, es abierta y evolutiva en función del tema concreto que se esté tratando (STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3º) y lo cierto es que, como ya se ha señalado, tras tres décadas de doctrina constitucional continúa existiendo alguna confusión conceptual en la determinación del contenido del derecho a la intimidad, pues se trata de un derecho cuyas fronteras en relación con otros derechos como el derecho a la protección de datos, no siempre resultan bien definidas¹¹.

Pues bien, reconoce el art. 18.1 CE el derecho a la intimidad cuando ya las declaraciones de derechos posteriores a la segunda guerra mundial reconocían con un alcance más amplio que incluiría el derecho a la intimidad, el derecho a la vida privada¹². A pesar de esta falta de equivalencia entre ambos derechos, la doctrina constitucional ha realizado en algunas sentencias una interpretación amplia del derecho a la intimidad para hacer frente a intromisiones en la vida

¹⁰ SSTC 170/1997, de 14 de octubre, FJ 4º; 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3º; 197/1991, de 10 de noviembre, FJ 3º; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5º; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6º; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3º; y 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2º (entre otras muchas).

¹¹ V. PARDO FALCÓN, Los derechos al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en AA.VV. Comentarios a la Constitución Española (CASAS BAAMONDE, RODRIGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER directores) p. 410.

¹² V. art. 12 Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Precisamente uno de los primeros debates generados por el art. 18.1 CE fue el de si el honor, la intimidad y la propia imagen se configuraban como tres derechos autónomos o la triple vertiente del derecho a la privacidad, término usado en el ámbito europeo, siendo la primera la opción interpretativa que resultaría avalada por el TC, V. PARDO FALCÓN, Los derechos al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cit., p. 415.

privada frecuentes en la actualidad¹³. Igualmente pueden citarse en este mismo sentido las sentencias constitucionales sobre videovigilancia de los trabajadores o sobre control de ordenadores, en las que también se equipara tutela de la intimidad y tutela de la vida personal del trabajador en los lugares de trabajo.

En segundo lugar, en relación con la garantía de la privacidad a los trabajadores en el desarrollo de su actividad laboral, el TEDH dejaría claro desde sus primeras sentencias que los trabajadores tienen reconocido una esfera de privacidad en el desarrollo de su actividad en las empresas.

Debe así recordarse que la doctrina del TEDH ha afirmado que la noción de vida privada es un concepto amplio que abarca, por ejemplo, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, y más concretamente ha negado, a efectos del control empresarial del trabajador en su puesto de trabajo, la distinción entre vida personal y vida profesional estableciendo que “en definitiva es el curso de la vida profesional que la mayoría de la gente tiene una oportunidad significativa de desarrollar relaciones con el mundo exterior. De esta forma, ha señalado que sería muy restrictivo limitar la noción de vida privada protegida por el art. 8.1 del Convenio Europeo a un “círculo íntimo” en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera y excluir plenamente el mundo exterior no incluido en este círculo. No puede desconocerse que también en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión, se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada. La protección de la vida privada en el ámbito del Convenio Europeo, en suma, se extiende más allá del círculo familiar privado y puede alcanzar también a otros ámbitos de interacción social¹⁴.

En definitiva, los trabajadores son “los ciudadanos de las empresas” y, de conformidad con esta doctrina, nuestro TC también señalaría que la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado pues en el desarrollo de su actividad profesional los trabajadores desarrollan su vida privada, es decir existe una esfera de privacidad tutelada más allá de las áreas destinadas al vestuarios, aseo o zonas de esparcimiento y descanso dentro de las unidades productivas.

Ahora bien, la afirmación teórica de partida sobre la existencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en las empresas puede quedar en la prác-

¹³ Como es el caso del ruido, en la SSTC 119/2001, de 29 de mayo y 16/2004, de 23 de febrero.

¹⁴ STEDH de 16/12/1991, Niemietz c. Alemania, ap.29; doctrina reiterada en las SSTEDH de 4/5/2000, Rotaru c. Rumania, ap.43, y de 27/7/2004, Sidabras y Džiautas c. Lituania, ap. 44. V también SSTEDH de 22/2/1994, Burghartz c. Suiza, ap. 24; y de 24/6/2004, Von Hannover c. Alemania, ap. 69.

tica desatendida si el contenido esencial del derecho se supedita al interés del empresario en la obtención de un medio de prueba de las conductas ilícitas. De hecho existiría cierta contradicción argumental si tras admitir la vigencia en la empresa de los derechos de la personalidad y por tanto del derecho a la vida personal en el terreno de las relaciones profesionales, se considerara, por ejemplo, que la videovigilancia es posible pues el trabajador no desarrolla su intimidad/privacidad en el ámbito profesional o se afirmara que el correo electrónico no deja de ser un medio que, perteneciente al patrimonio empresarial, es puesto a disposición del trabajador para ser utilizado en el cumplimiento de la prestación laboral¹⁵.

Por ello, es necesario analizar, más allá de la anterior afirmación de partida sobre la garantía de la vida privada del trabajador en los centros de trabajo, como está se tutela por nuestros tribunales, lo que se abordará a continuación de forma separada en los casos de control con videovigilancia y de control de dispositivos electrónicos.

3. LA VIDEOVIGILANCIA Y LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA AUTODERMINACIÓN INFORMATIVA

El poder de control del empresario integra la facultad 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, pero guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a la dignidad del trabajador. Ante formas automatizadas de control de la actividad laboral de los trabajadores la cuestión que se plantearía en primer lugar fue la posibilidad de su instalación atendiendo a la afectación a los derechos de los trabajadores y en un primer momento como se sabe, al derecho a la intimidad¹⁶

Aunque ciertamente, el art. 20.3 ET dispone que el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control, lo que lleva a afirmar generalizadamente que es admisible la videovigilancia, esta no es un mero instrumento de control del cumplimiento de los deberes laborales sino que

¹⁵ Como medio que el empresario pone a disposición del trabajador, la utilización del correo electrónico debe someterse a las instrucciones recibidas al respecto, lo que no puede llevar a pensar que el silencio empresarial implique un permiso para toda suerte de uso desviado, pues ello supondría una transgresión de la buena fe contractual (art. 5.a. ET). FERNÁNDEZ AVILÉS, RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral en España, *Labour and Law Issues*, 2016p. 57.

¹⁶ En el caso resuelto por la 98/2000 la infracción del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE, se afirmaba producida directamente por la instalación y puesta en funcionamiento del sistema de captación y grabación de sonido en diversos lugares del casino (zonas de caja y de ruleta francesa).

invade la privacidad del trabajador obteniendo información y datos personales relevantes. No es solo un instrumento de control del trabajo sino sobre todo una forma de supervisión del propio trabajador. A mi juicio, las características de este medio de vigilancia implican un cambio cualitativo del poder de control empresarial que permiten cuestionar que la libertad de empresa sea un título legitimador suficiente de estos tipos de video control.

La instalación de este medio de vigilancia a través de captación de imágenes se ha condicionado a una serie de exigencias por su afectación al derecho a la intimidad y al derecho a la protección de datos, pues, como antes se afirmó, en el desarrollo de su actividad profesional los trabajadores desarrollan su vida privada y al incorporarse las imágenes a ficheros resulta aplicable el régimen jurídico del derecho a la protección de datos. Por tanto, su admisibilidad debe estar fundamentada, de conformidad con la doctrina constitucional, sobre ambos derechos fundamentales, estando en juego tanto el art. 18.1 como el art. 18.3, que consagran dos derechos autónomos.

3.1. Admisión de los sistemas de videovigilancia y derecho a la privacidad

De acuerdo con la normativa aplicable y la doctrina constitucional, la videovigilancia para ser constitucionalmente admisible habrá de ser un medio adecuado necesario y proporcionado.

De conformidad con el citado art. 20.3 ET, sólo será adecuado este medio de control si su finalidad es verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales laborales por parte del trabajador. Igualmente, entre los principios de la protección de datos el artículo 4 LOPDP sobre calidad de los datos establece en su primer apartado que los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido, en este caso, el control del cumplimiento de la prestación laboral.

De conformidad con la doctrina constitucional, este medio de control ha de ser además necesario y proporcional pues las Sentencias del Tribunal Constitucional 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio, se apartan de aquella interpretación judicial¹⁷ y doctrinal¹⁸ para la que el centro de trabajo

¹⁷ V. STSJ Cataluña, de 25/04/1994, STSJ Galicia, de 25/01/1996.

¹⁸ Tras la referida STC 98/2000 se sigue afirmando que la mera captación de la imagen de una persona cuando cumple con su prestación laboral en un lugar abierto al público no tiene por qué considerarse lesiva –a no ser que concurren otras circunstancias– de aquel derecho fundamental: DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, B., Control Informático, Videovigilancia y Protección de Datos en el Trabajo, Lex Nova, 2012, pág. 25.

no podía constituir, por definición, un espacio en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores, “ya que el referido derecho se ejercita en el ámbito de la esfera privada del trabajador, que en el centro de trabajo hay que entenderlo limitado a los lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, lavabos o análogos, pero no a aquéllos lugares en los que se desarrolla la actividad laboral”(STC 98/2000, FJ 6)¹⁹.

En definitiva, la importancia de estas dos primeras sentencias constitucionales sobre vigilancia y TIC fue asumir la tesis, ya sostenida por el TEDH, y que afirma que más allá de las zonas o espacios privados de los centros de trabajo y en el desarrollo de su actividad laboral también existen esferas de privacidad del trabajador, lo que, a mi juicio, se deduce directamente de la vigencia de los derechos de la personalidad en los lugares de trabajo, pues como se había dicho ya los trabajadores no dejan aparcados sus derechos en las puertas de la fábricas.

Además de necesario, un mecanismo de control como la videovigilancia debe ser un medio de control proporcional. Según la STC 98/2000, la implantación de tales sistemas de control ha de ser conforme con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial.

Como reiteradamente ha señalado nuestro TC, el principio de proporcionalidad formulado para comprobar la admisibilidad constitucional si una medida restrictiva de un derecho fundamental, exige constatar si cumple tres requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Un test que no superaría como se recuerda la instalación por la empresa Casino de La Toja, S.A. de micrófonos en determinadas dependencias del centro de trabajo (secciones de caja y ruleta francesa) cuando ya existía un sistema de control de captación de imágenes en el caso resuelto por la STC 98/2000 y si

¹⁹ “En suma, habrá que atender no solo al lugar del centro del trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control, sino también a otros elementos de juicio (si la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente, si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen razones de seguridad, por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, que justifique la implantación de tales medios de control, etc.) para dilucidar en cada caso concreto si esos medios de vigilancia y control respetan el derecho a la intimidad de los trabajadores.”(STC 98/2000, FJ 6)

la instalación de un circuito cerrado de televisión que enfocase únicamente a las tres cajas registradoras tras un descuadre llamativo en los rendimientos del economato de la empresa ENSIDESA, y de alguna advertencia sobre el irregular proceder de los cajeros²⁰. Y un test que también se supera en la STC 39/2016, de 3 de marzo, en el caso de instalación de cámaras de seguridad que controlaban la zona de caja donde se desempeñaba la actividad laboral²¹.

La instalación de medios de control de la actividad laboral de los trabajadores que afecten a sus derechos fundamentales sólo son constitucionalmente admisibles pues si constituyen medios adecuados, necesarios y proporcionados. Su adopción y aplicación se rige por los principios de proporcionalidad y de intervención mínima. El principio de intervención mínima ha sido doctrinalmente desarrollado²², y lo afirma expresamente la STC 98/2000, así como también lo recoge la Instrucción de 1/2016 AEPD²³.

3.2. Admisión de los sistemas de videovigilancia y derecho a la autodeterminación informativa

Junto a las exigencias para su admisibilidad constitucional, desde la perspectiva del derecho a la intimidad, los sistemas de videovigilancia de los trabajadores han de adoptarse y aplicarse, de conformidad con el contenido

²⁰ En este segundo caso resulta relevante que se tratara de verificar las fundadas sospechas de la empresa sobre la torticera conducta del trabajador, pretensión justificada por la circunstancia de haberse detectado irregularidades en la actuación profesional del trabajador, constitutivas de transgresión a la buena fe contractual. Se trataba, en suma, de tener una prueba fehaciente de la comisión de tales hechos, para el caso de que el trabajador impugnase, como así lo hizo, la sanción de despido disciplinario que la empresa le impuso por tales hechos.

²¹ Era, a juicio del TC, una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de que alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaba apropiando de dinero); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si algunos de los trabajadores cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE.

²² Cfr., GOÑI SEIN, La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales, Thomson Civitas, 2007, p. 41. Para este autor estos medios de control a través de la imagen estarían prohibidos como regla general para un control directo sobre la actividad laboral que sólo se admitirían si concurren fines legítimos, como la protección de bienes, seguridad en el trabajo, la comprobación del ilícito y la obtención de pruebas (pp, 109 y ss). Más recientemente sobre este tema del mismo autor, 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, 78/2017, pp. 15 y ss..

²³ El uso de cámaras o videocámaras no debe suponer el medio inicial para llevar a cabo funciones de vigilancia lo que en definitiva supone adoptar otros medios menos intrusivos a la intimidad de las personas: Instrucción 1/2006, de 12 de diciembre, AEPD, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

constitucional y el régimen jurídico del derecho de protección de datos personales²⁴.

El art. 18.4 CE regularía la protección de datos como una garantía normativa, dando así acertadamente relevancia constitucional a un derecho que empezaba a establecerse en Europa y en USA. Por su parte, el TC lo configuró como un derecho fundamental, el derecho a la protección de datos o *habeas data* (STC 254/1993, de 20 de julio²⁵), cuyo contenido esencial delimitaría definitivamente en las SSTC 290 y 292/2000 de 30 de noviembre. Sobre todo esta última sentencia confirmaría el carácter autónomo del derecho fundamental a la protección de datos.

Como señalara la STC 29/2013, de 11 de febrero, está fuera de toda duda que las imágenes grabadas en un soporte físico constituyen un dato de carácter personal que queda integrado en la cobertura del art. 18.4 CE, ya que el derecho fundamental amplía la garantía constitucional a todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona y que puedan servir para la confección de su perfil (ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole) o para cualquier otra utilidad que, en determinadas circunstancias, constituya una amenaza para el individuo, lo cual, como es evidente, incluye también aquellos que facilitan la identidad de una persona física por medios que, a través de imágenes, permitan su representación física e identificación visual u ofrezcan una información gráfica o fotográfica sobre su identidad²⁶.

Estamos, en definitiva, dentro del núcleo esencial del derecho fundamental del art. 18.4 CE²⁷. De conformidad con la Directiva 95/46/CE, la Ley Orgánica

²⁴ El Dictamen 8/2011, de 13 de septiembre sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral, del Grupo de Trabajo del Art. 29, afirmaba que los principios de protección de datos son plenamente aplicables al conjunto de operaciones de recogida de los extremos personales del trabajador y a todas las formas de vigilancia y control empresarial, incluida la utilización del correo electrónico y acceso a internet. Los datos que se obtengan y almacenen deberán ser exactos y puestos al día y no podrán conservarse más tiempo del necesario. Se recomienda a los empleadores fijar un plazo de conservación

²⁵ Cuyo punto de partida fue el citado Convenio Europeo para la protección de datos de 1981 y ratificado por España en 1984.

²⁶ SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6 y 29/2013 FJ 5. V. art. 6 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, art. 3 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y art. 5.1. f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

²⁷ La Universidad de Sevilla es la responsable del tratamiento de las imágenes obtenidas por cámaras de video-grabación instaladas en los accesos y en los recintos universitarios, y que sin poner en conocimiento del trabajador su posible uso para controlar las horas de entrada y de salida, posteriormente fueron medio de prueba para sancionarle con suspensión de empleo y sueldo por incumplimiento reiterado e injustificado de la jornada laboral.

15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD) establece un sistema de protección de datos personales que, por lo que aquí interesa, se fundamenta en la calidad de los datos (art. 4), el derecho de información y el consentimiento del afectado (arts. 5 y 6) y exige a la empresa notificar previamente a la Agencia de Protección de Datos la creación de ficheros de datos de carácter personal y la finalidad de los mismos, a los efectos de su necesario registro (art. 26).

Como señalaría el TC, al definir inicialmente este derecho, los elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales son “los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele” (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 7).

Sobre estos derechos del afectado en el ámbito del control empresarial del cumplimiento de las obligaciones laborales se han pronunciado las SSTC 29/2013, de 11 de febrero, sobre videovigilancia en un recinto universitario y la STC 39/2016, de 3 de marzo, relativa a la grabación de imágenes al haberse advertido desde tiempo atrás sustanciales descuadres en la contabilidad de un establecimiento comercial.

3.3. Vigilancia empresarial y consentimiento del trabajador

El consentimiento del afectado es como ya se ha visto el elemento definidor del sistema de protección de datos de carácter personal. La LOPD establece el principio general de que el tratamiento de los datos personales solamente será posible con el consentimiento de sus titulares, salvo que exista habilitación legal para que los datos puedan ser tratados sin dicho consentimiento. En este sentido, no podemos olvidar que conforme señalara la STC 292/2000, de 30 de noviembre, “es el legislador quien debe determinar cuándo concurre ese bien o derecho que justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales y en qué circunstancias puede limitarse y, además, es el quien debe hacerlo mediante reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias” (FJ 16).

El art. 6.1 LOPD prevé que “el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga

otra cosa”. El art. 6.2 LOPD enumera una serie de supuestos en los que resulta posible el tratar y ceder datos sin recabar el consentimiento del afectado, entre ellos, cuando los datos de carácter personal cuando se refieran a las partes de un contrato laboral y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento.

Como se sabe, la interpretación realizada del art. 6.2 LOPD afirma que en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, por tanto, como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes²⁸.

La dispensa del consentimiento se refiere, así, a los datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral, lo que abarca, se afirma, las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Por ello un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada, pues está dirigido al cumplimiento de la misma. Por el contrario, el consentimiento de los trabajadores afectados sí será necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato (STC 39/2016 FJ 4).

Aplicando la doctrina expuesta al tratamiento de datos obtenidos por la instalación de cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo, el TC ha afirmado que el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, y que el consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario.

Ahora bien, aunque no sea necesario el consentimiento del trabajador, el deber de información sigue existiendo, pues este deber permite al afectado ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y conocer la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, del representante (derechos ARCO) (art. 5 LOPD).

3.4. Vigilancia empresarial y derecho de información de los trabajadores

La facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo es el complemento indispensable del derecho fundamental del art. 18.4 CE. Por consiguiente, el Pleno del Tribunal en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, señalaría como elemento caracterizador

²⁸ Esta excepción a la exigencia de consentimiento aparece también recogida en el art. 10.3 b) del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

de la definición constitucional del art. 18.4 CE, de su núcleo esencial, el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin.

La STC 29/2013 estableció con rotundidad en relación con el derecho de información los siguientes criterios: a) no es admisible una interpretación restrictiva del mismo; b) el derecho de información opera también cuando existe habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento, (pues es patente que una cosa es la necesidad o no de autorización del afectado y otra, diferente, el deber de informarle sobre su poseedor y el propósito del tratamiento); c) no hay una habilitación legal expresa para esa omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales²⁹, y d) la omisión del tratamiento tampoco podría fundamentarse en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia, pues esa lógica fundada en la utilidad o conveniencia empresarial haría quebrar la efectividad del derecho fundamental, en su núcleo esencial³⁰.

Sin embargo, la STC 39/2016, partiendo de la misma doctrina, considera cumplido este derecho de información a través de la colocación por la empresa del distintivo informativo exigido por la Instrucción 1/2006 AEPD³¹. A estos efectos, la argumentación de esta sentencia había partido de considerar que, dada la estrecha vinculación entre las exigencias de consentimiento e información, la

²⁹ Es verdad que esa exigencia informativa no puede tenerse por absoluta, dado que cabe concebir limitaciones por razones constitucionalmente admisibles y legalmente previstas, pero no debe olvidarse que la Constitución ha querido que la ley, y sólo la ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental, exigiendo además que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 2, y en relación con el derecho a la protección de datos personales, STC 292/2000, FFJJ 11 y 16).

³⁰ En efecto, argumenta el TC, “*se confundiría la legitimidad del fin (en este caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos, art. 20.3 LET en relación con el art. 6.2 LOPD) con la constitucionalidad del acto (que exige ofrecer previamente la información necesaria, art. 5 LOPD), cuando lo cierto es que cabe proclamar la legitimidad de aquel propósito (incluso sin consentimiento del trabajador, art. 6.2 LOPD) pero, del mismo modo, declarar que lesiona el art. 18.4 CE la utilización para llevarlo a cabo de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible*”.

³¹ La instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, AEPD, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras, en su art. 3, exige a los responsables que cuenten con sistemas de videovigilancia cumplir con el deber de información previsto en el art. 5 de la LOPD, y a tal fin deberán “colocar, en las zonas videovigiladas, al menos un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados” y “tener a disposición de los/las interesados impresos en los que se detalle la información prevista en el art. 5.1 LOPD”.

dispensa del consentimiento del trabajador debía ser un dato a tener en cuenta, a la hora de valorar si se ha vulnerado el derecho a la protección de datos por incumplimiento del deber de información.

En el caso resuelto por la STC 29/2013 la ausencia de información determina la violación del art. 18.4 CE en un supuesto en el que las cámaras de video-vigilancia instaladas en un recinto universitario reprodujeron la imagen del empleado y permitieron el control de su jornada de trabajo, sin haber informado al trabajador sobre esa utilidad de supervisión laboral asociada a las capturas de su imagen³². De otra parte, en el caso resuelto por la 39/2016 se declaró que, teniendo la trabajadora información previa de la instalación de las cámaras de videovigilancia a través del correspondiente distintivo informativo, y habiendo sido tratadas las imágenes captadas para el control de la relación laboral, no puede entenderse vulnerado el art. 18.4 CE.

Lo anterior explica el voto particular formulado por el Magistrado Valdés Dal-Ré a la STC 39/2016, en el que afirma la correcta doctrina de la anterior STC 29/2013 sobre la inexistencia de una habilitación legal expresa para la omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales. Tampoco es dable situar, se afirma, su fundamento en el mero interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia. A su juicio, la lógica de la STC39/2016 quebranta la efectividad del derecho fundamental del art. 18.4 CE, en su núcleo esencial³³.

³² No contrarresta esa conclusión que existieran distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes en el recinto universitario, ni que se hubiera notificado la creación del fichero a la AEPD; era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. 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 (STC 29/2013, FJ 8).

³³ Confunde, afirma el voto particular, la legitimidad del fin (en este caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos, art. 20.3 LET en relación con el art. 6.2 LOPD) con la constitucionalidad del acto (que exige ofrecer previamente la información necesaria, art. 5 LOPD). Y lo cierto es, sin embargo, que cabe proclamar la legitimidad de aquel objetivo (incluso sin consentimiento del trabajador, art. 6.2 LOPD, como señala la Sentencia aprobada) y, al mismo tiempo, hacer constar que lesiona el art. 18.4 CE la utilización, para ejecutar el acto, de medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible.

3.5. La aplicación de la doctrina constitucional

El cambio doctrinal del TC, en relación con las exigencias informativas al trabajador sobre los sistemas de videocontrol, se ha trasladado también a la doctrina judicial y a la jurisprudencia. En la aplicación de la doctrina constitucional por la jurisdicción ordinaria, tras la STC 29/2013, se exigirá la necesaria información previa del trabajador³⁴y, tras la STC 39/2016, este requisito se entenderá cumplido con el distintivo informativo, cualquiera que sea el supuesto de hecho.

Atendiendo a las diversos supuestos de hecho resueltos por las SSTC 29/2013 y 39/2016, podría realizarse una interpretación de las exigencias para la adopción y aplicación de estos medios de control que distinguiera entre las facultades empresariales de control general del cumplimiento de las obligaciones laborales y las de control específico de concretos trabajadores, ante sospechas fundadas de la infracciones laborales o penales de los trabajadores. De esta forma, sólo en este último caso, sería admisible la instalación de un mecanismo de control de captación de imágenes sin información previa al concreto trabajador afectado, es decir, el secreto en materia de vigilancia³⁵. Cuando se trata de sistemas generales para el control de la actividad de los trabajadores no podría eludirse la necesaria información previa a los afectados, como presupuesto del ejercicio de sus derechos ARCO.

Sin embargo, lo cierto es que tal interpretación aun contenida en alguna Sentencia del TS³⁶, no se deduce de la doctrina constitucional por lo que,

³⁴Un buen ejemplo fue la STS 13/5/2014 RJ 2014\330 que declara vulnerado el derecho a la intimidad en un supuesto de utilización de las cámaras de video-vigilancia instaladas como sistema disuasorio de hurtos de clientes, para sancionar a una trabajadora, existiendo falta de información sobre la utilidad de supervisión laboral asociada a las capturas de imágenes de los trabajadores, sin que contrarreste esa conclusión que existieran dispositivos anunciando su instalación y la captación de imágenes, así como la notificación de la creación de ficheros a la AEPD. STSJ Andalucía (Sevilla) 4/11/2015 AS 2015\2685 supuesto donde no se vulnera el derecho a la intimidad pues la trabajadora fue informada expresamente de la colocación de cámaras de videovigilancia. STSJ Castilla-La Mancha de 4/05/2016, que considera ilícita la obtención de pruebas mediante la colocación de cámaras de grabación, sin haber informado ni al trabajador ni al comité de empresa aunque ponen de manifiesto la perpetración de faltas muy graves, tales como la sustracción de materiales destinados a su reciclaje o fumar en lugares peligrosos e inflamables.

³⁵El Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre Protección de los datos personales de los trabajadores de la OIT, tras disponer el apartado 6.14.1 que “Cuando los trabajadores sean objeto de medidas de vigilancia, éstos deberían ser informados de antemano de las razones que las motivan, de las horas en que se aplican, de los métodos y técnicas utilizados y de los datos que serán acopiados, y el empleador deberá reducir al mínimo su injerencia en la vida privada de aquéllos” se añade que “ El secreto en materia de vigilancia sólo debería permitirse cuando a) se realice de conformidad con la legislación nacional; o b) existan sospechas suficientes de actividad delictiva u otras infracciones graves”.

³⁶En este sentido, la STS de 7/07/2016 (RJ 2016\4434) acepta como válida la prueba de video

transcendiendo las circunstancias de los casos resueltos, a la vista de los términos generales en los que se formula la doctrina constitucional de la STC 39/2016, ésta sería aplicable en otros casos sobre vigilancia empresarial³⁷.

Ilustrativas a este respecto son las SSTs de 31/1/2017 de 1/2/2017 y de 2/2/2017³⁸, en las que se declara la válida utilización por la empresa de cámaras de videovigilancia, al conocer el trabajador su existencia en el centro de trabajo, aun cuando no hubiera sido informado expresamente sobre el uso y destino de las cámaras instaladas.

Además, en las SSTs de 31/1/2017 y de 1/2/2017, la Sala declara que se trata de una medida justificada por razones de seguridad, expresión amplia que incluye la vigilancia de actos ilícitos de los empleados y de terceros y en definitiva de la seguridad del centro de trabajo, Y frente a los defectos informativos, se afirma, que pudieron reclamar a la empresa más información o denunciarla ante la Agencia Española de Protección de Datos, para que la sancionara por las infracciones que hubiese podido cometer. De esta forma, el TS mantiene la doctrina sobre no vulneración del derecho a la autodeterminación informativa aun reconociendo que la empresa no ha cumplido con sus obligaciones en materia de información con los afectados por las grabaciones de imágenes.

vigilancia que capta un hurto en una tienda cuando las cámaras se colocan como una reacción a una situación de pérdidas importantes de material en el interior del centro de trabajo y con carteles que advertían de su presencia, lo que hace que los trabajadores conozcan su existencia y finalidad. Para esta Sentencia, las STC 29/2013 y 39/2016 “valoran situaciones distintas a la vez de un derecho fundamental, el de su intimidad, dando como resultado distintas soluciones”. “En la primera sentencia citada la empleadora impone una sanción sirviéndose de datos obtenidos en el exterior del lugar de trabajo lo que no cumple ni siquiera una función de advertencia implícita y que tampoco va unida a la comunicación específica dirigida a los trabajadores. En la segunda sentencia, una cámara es situada exactamente sobre la caja una vez producidos hechos irregulares sirviendo en definitiva para comprobar lo que era objeto de sospecha y se deniega el amparo que la trabajadora solicita por las razones antes expuestas.” Para esta sentencia que se viniera observando irregularidades con anterioridad y la colocación allí donde tienen lugar las irregularidades, es lo que diferencia la STC 39/2016 de la STC 29/2013.

³⁷ STSJ Castilla y León (Burgos) de 9/02/2017 AS 2017\183 declara la inexistente vulneración del derecho a la intimidad y la válida utilización por la empresa de cámaras de videovigilancia al conocer el trabajador de su existencia dado el cumplimiento por la empresa de los requisitos específicos de información a través del distintivo, de acuerdo con la Instrucción 1/2006.

Por el contrario v. STSJ Cataluña, de 9/03/2017 (JUR 2017\124182) que declara la vulneración del derecho a la intimidad, por la utilización de cámaras de video-vigilancia en un caso de falta de información previa a los trabajadores de las características y el alcance del tratamiento de los datos obtenidos, así como por no ser una medida idónea para la finalidad pretendida, necesaria y equilibrada. La empresa, a través de una agencia de detectives, instaló dos cámaras ocultas de vigilancia durante 3 semanas en el turno de noche de esterilización.

³⁸ V. respectivamente, RJ 2017\1429, RJ 2017\1105 y RJ 2017\1628.

Esta doctrina tiene que ser analizada a la luz del nuevo Reglamento UE sobre protección de datos que será de aplicación en 2018.

3.6. Consentimiento e información de los trabajadores a la luz del Reglamento general de protección de datos

En primer lugar, en relación con el consentimiento de los trabajadores, el TC ha realizado una “generosa” interpretación de la excepción prevista en el art. 6.2 LOPD, sobre la posibilidad de tratar y ceder datos de carácter personal sin recabar el consentimiento del afectado, cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial laboral y sean “necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”, considerando la captación de imágenes del trabajador “necesaria” para el “cumplimiento” de la relación laboral. Y sobre esta premisa, que no se encuentra discutida doctrinalmente, en la STC 39/2016 se ha desconocido el derecho a la información previa establecido por el art. 5 LOPD y contenido esencial del derecho a la autodeterminación informativa.

Ambos temas, el consentimiento implícito en el contrato de trabajo y la falta de información al trabajador afectado tendrán que ser objeto de mayor motivación en el futuro, desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados. A mi juicio, tras el Reglamento de la UE 2016 sobre protección de datos, deberá formularse una mayor motivación para mantener esa interpretación sobre el consentimiento implícito en el contrato de trabajo para el tratamiento y cesión de datos personales, como las imágenes del trabajador con el fin de controlar el cumplimiento de la prestación laboral. Aunque el art 6 del citado Reglamento formula la exigencia de consentimiento del afectado y las excepciones al mismo en iguales términos que el art. 7 de la Directiva, el art. 7 del Reglamento incorpora una nueva regulación relativa a las previsiones sobre las condiciones para el consentimiento, que habrá de ser atendida.³⁹

Por lo que se refiere a las exigencias de información de los trabajadores, las mismas se verán reforzadas en la nueva y relevante dimensión que la transparencia adquiere en el Reglamento general de protección de datos, cuyo Capítulo III reconoce derechos del interesado, estableciendo en los arts. 12 y 13 expresamente concretas obligaciones de información por escrito⁴⁰.

³⁹ V. Art. 7. Relativo a las condiciones para el consentimiento que dispone en su apartado 2. Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento.

⁴⁰ En el art. 13.1 indica toda la información que el responsable del tratamiento debe suministrarse al interesado, cuando se obtengan datos personales relativos a él, en el momento en que

En términos generales, creo que puede afirmarse que las exigencias formales y sustantivas establecidas para la instalación por las empresas de estos medios de control de la actividad laboral se van a ver reforzada por el Reglamento general de protección de datos que en aplicación, entre otros, del principio de transparencia, establece nuevas obligaciones para el responsable del tratamiento de datos (art. 35), además de la figura del delegado de prevención de datos (art. 37) y promueve los Códigos de Conducta (art. 40). Todo ello en el marco dirigido a garantizar un tratamiento de datos leal y transparente.

En efecto, el citado Reglamento general impone al responsable del tratamiento la obligación de realizar, antes del tratamiento, una evaluación de impacto relativa a la protección de datos, cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas (Art. 35.1)⁴¹. Para lo cual el responsable del tratamiento recabará el asesoramiento del delegado de protección de datos⁴², si ha sido nombrado, al realizar la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (Art. 35. 2). Cuando proceda, el responsable recabará la opinión de los interesados o de sus representantes en relación con el tratamiento previsto, sin perjuicio de la protección de intereses públicos o comerciales o de la seguridad de las operaciones de tratamiento (Art. 35.9). Además, el art. 35. 8 establece que el cumplimiento de los códigos de conducta aprobados por los responsables o encargados correspondientes⁴³ se tendrá debidamente en cuenta al evaluar las repercusiones de las operaciones de tratamiento realizadas por dichos responsables o encargados, en particular, a efectos de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos.

estos se obtengan. Además, para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente, el art. 13.2 dispone que el responsable debe informar si la comunicación de datos personales es un requisito legal o contractual, o un requisito necesario para suscribir un contrato, y si el interesado está obligado a facilitar los datos personales y está informado de las posibles consecuencias de no facilitar tales datos.

⁴¹ Téngase en cuenta que de conformidad con el art. 35.3 esta evaluación de impacto relativa a la protección de los datos se requerirá en particular, entre otros, en caso de evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar.

⁴² V. art. 37 relativo a la designación del delegado de protección de datos dispone en su apartado 2 que un grupo empresarial podrá nombrar un único delegado de protección de datos siempre que sea fácilmente accesible desde cada establecimiento.

⁴³ El art.40, relativo a los Códigos de conducta, establece en su apartado núm. 1 que los Estados miembros, las autoridades de control, el Comité y la Comisión promoverán la elaboración de códigos de conducta destinados a contribuir a la correcta aplicación del presente Reglamento, teniendo en cuenta las características específicas de los distintos sectores de tratamiento y las necesidades específicas de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas.

Todo un conjunto en suma de obligaciones y procedimientos que determinarán mayores dosis de transparencia empresarial en la instalación de sistemas de vigilancia de la actividad laboral de los trabajadores.

Finalmente, debe igualmente destacarse que el Reglamento promueve regulaciones legales o convencionales “específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral”. Normas que, se afirma, “incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, (...)y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo”, debiendo ser notificadas por los Estados a la Comisión las disposiciones legales que adopten a más tardar el 25 de mayo de 2018 (art.88).

En definitiva, la aplicación del Reglamento determinará la necesidad de asumir un marco normativo nuevo que determine una mayor transparencia empresarial en el uso de medios de control de la actividad profesional de los trabajadores así como mayores exigencias formales y sustantivas para la instalación de los mismos.

4. MONITORIZACIÓN Y CONTROL DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS Y DE LAS REDES CORPORATIVAS

En el caso del uso por el trabajador de los medios informáticos facilitados por la empresa pueden producirse conflictos que afectan a la intimidad de los trabajadores, tanto en el correo electrónico, en el que la implicación se extiende también, al secreto de las comunicaciones, como en la navegación por Internet y en el acceso a determinados archivos personales del ordenador. Como pondría de relieve el Tribunal Supremo, estos conflictos surgen porque existe una utilización personalizada y no meramente laboral o profesional del medio facilitado por la empresa. Esa utilización personalizada se produce como consecuencia de las dificultades prácticas de establecer una prohibición absoluta del empleo personal del ordenador –como sucede también con las conversaciones telefónicas en la empresa– y de la generalización de una cierta tolerancia con un uso moderado de los medios de la empresa. Pero, al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que se trata de medios que son propiedad de la empresa y que ésta facilita al trabajador para utilizarlos en el cumplimiento de la prestación laboral, por lo que esa utilización queda dentro del ámbito del poder de vigilancia del empresario, que, como precisa el artículo 20.3 ET⁴⁴.

⁴⁴ V. STS 26/09/2007, FJ 2 (RJ 2007, 7514).

Entre nosotros, el estudio del poder de control y los derechos de los trabajadores, cuando se verifican monitorizaciones de los dispositivos electrónicos empleados en el desarrollo de la actividad laboral, tiene como necesario punto de partida la antes citada STS de 26/9/2007. Y ello es así, en primer lugar, porque esta sentencia señala una nueva etapa en relación con las interpretaciones judiciales precedentes que o bien negaban una esfera de privacidad de los trabajadores o bien postulaban la aplicación analógica de la normativa estatutaria del art. 18, relativa a registros de los efectos particulares de los trabajadores. En segundo lugar, esta sentencia asume, en un cierto sentido, la doctrina del TEDH sobre control de ordenadores y navegación por internet, que ha sido determinante en la posterior doctrina constitucional y en la doctrina judicial. Y en tercer lugar, su aplicación promocionaría el desarrollo de políticas empresariales reguladoras del uso de dispositivos electrónicos en las empresas, unas políticas que han sido también doctrinalmente muy valoradas⁴⁵.

Pues bien, la doctrina del Tribunal Supremo que en este ámbito, fundada en una interpretación de la doctrina del TEDH, se basa en la aplicación de la “expectativa razonable de intimidad” ha recibido aval constitucional en las SSTC 241/2012, de 17 de diciembre y 170/2013, de 7 de octubre, que se analizarán después, y es seguida también por la doctrina judicial.

Abordaremos primero su estudio para, seguidamente, hacer referencia a la doctrina del TEDH, que le sirve de fundamento en su aplicación de la expectativa razonable de privacidad, a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación de la protección de la privacidad y la libertad de comunicación en la empresa.

4.1. La doctrina del Tribunal Supremo

Hasta la citada STS de 26/9/2007, la doctrina judicial se debatió sobre la aplicación del art. 18.3 ET a los controles empresariales sobre el ordenador, el correo electrónico o la navegación por internet por parte de los trabajadores. La aplicación por analogía determinaría la exigencia de garantías para el trabajador, entre otras, la presencia del trabajador y de su representante en el momento del control cuya omisión privaba de valor probatorio al resultado del mismo⁴⁶.

El TS en la referida Sentencia de 26/9/2007 declarararía, como se sabe, que no cabe la aplicación directa ni analógica del artículo 18 ET al control del uso del ordenador por los trabajadores, fundamentalmente, porque la legitimidad de ese

⁴⁵ A favor de políticas empresariales negociada con los representantes legales de los trabajadores: RODRÍGUEZ ESCANCIANO Internet en el trabajo, en Diario La Ley, Nº 8926, Sección Dossier, 21 de Febrero de 2017, Editorial Wolters Kluwer, p. 14

⁴⁶ SSTSJ Cantabria de 23/2/2004, Cataluña de 21/9/2004, Madrid de 31/3/2005 y País Vasco de 21/12/ 2004 y de 12/9/ 2006.

control deriva del carácter de instrumento de producción del objeto sobre el que recae. El control empresarial de un medio de trabajo no necesita, a diferencia de lo que sucede con los supuestos del artículo 18 ET, una justificación específica caso por caso. Por el contrario, su legitimidad deriva directamente del artículo 20.3 ET.

Esta sentencia tiene la importancia de fijar los límites al ejercicio del poder de control empresarial sobre el uso de los medios informáticos en la empresa. En primer lugar, establecer previamente las reglas de uso de esos medios -los proporcionados por la empresa-, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales. En segundo lugar, 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 de las medidas que han de adoptarse, en su caso, para garantizar la efectiva utilización laboral del medio, cuando sea preciso. Así como finalmente la posibilidad de aplicar otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones.

La referida sentencia contenía finalmente una previsión que ha sido determinante para la resolución doctrinal de estas cuestiones, pues se afirmaba que de esta manera, “si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado “una expectativa razonable de intimidad” en los términos que establecen las SSTEDH, de 25/6/1997 (Halford) y 3/4/2007 (Copland) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 CEDH(FJ 2).

La doctrina de esta STS de 26/9/ 2007 se reproduce por la sentencia de 8/3/ 2011 y se matiza, reforzando el poder de control empresaria, por la STS de 6/10/ de 2011⁴⁷.

La STS 6/10/2011 reitera con rotundidad los criterios ya avanzados para la solución de estos supuestos, como la licitud de una prohibición empresarial absoluta de los usos personales y la inexistencia, en el caso del uso personal de los medios informáticos de la empresa por parte del trabajador, de un conflicto de derechos cuando hay una prohibición válida. Al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad. La prohibición absoluta lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador, no siendo posible admitir que surja un derecho del trabajador a que se respete su intimidad en el uso del medio informático puesto a su disposición.

⁴⁷ V.RJ 2011, 932 y RJ 2011, 7699, respectivamente.

Esta sentencia considera además que las obligaciones, sobre reglas uso de los medios informáticos y de informar a los trabajadores, establecidas en la citada STS de 28/9/2007, son “matizaciones que operan ya fuera del marco estricto de la protección del derecho fundamental, como obligaciones complementarias de transparencia” Lo decisivo a efectos de considerar la vulneración del derecho fundamental, es que, “la tolerancia” de la empresa es la que “crea una expectativa de confidencialidad” y por ende, la posibilidad de un exceso en el control llevado a cabo por el empleador que vulnere el derecho fundamental de la intimidad del trabajador.

Avalando la doctrina de la STS 6/10/2011 pueden citarse también la STS de 13/9/2016⁴⁸ y la STS de 13/9/2016⁴⁹.

Esta doctrina del Tribunal Supremo pivota sobre la inexistencia de una expectativa razonable de intimidad o de confidencialidad en los casos de prohibición empresarial del uso privado de dispositivos informáticos propiedad de la empresa, lo que determina que la actividad del trabajador quede fuera del ámbito tutelado por el art. 18 CE sin que pueda considerarse afectada su privacidad por decisiones de control por parte de la empresa. Esta doctrina laboral, al margen de otras valoraciones posteriores, hemos de señalar que se aparta de la tutela general que el art. 18 CE garantiza a los ciudadanos en relación con la obtención lícita de medios de pruebas en el ámbito penal, tal y como ha destacado la Sala Segunda del Tribunal Supremo⁵⁰.

⁴⁸ V. RJ 2016\4843. Se impugna la Resolución de 15 julio 2014, de la Televisión de Galicia, S.A., por la que se establece la normativa del uso de los sistemas de información de la compañía no lesiona el derecho a la libertad sindical pues no limita el derecho de información, ni el establecimiento de sistemas de control aleatorio de las páginas de internet visitadas y de los correos electrónicos vulnera el derecho a la intimidad personal ni el secreto de las comunicaciones, salvo en el aspecto referido al control para prevenir fines ilícitos

⁴⁹ V. RJ 2016\4843. La Sala afirma en el FJ 5 que la empresa puede monitorizar y comprobar, de forma aleatoria, cualquier sesión de acceso a Internet, y revisar los mensajes de correo electrónico de los usuarios/as de la red corporativa y los archivos LOG de los servidores, con el fin de comprobar el cumplimiento de esta y otras normativas, sin ningún tipo de limitación ni cortapisas, sin ningún tipo de criterio o parámetro limitativo.

⁵⁰ La Sala de lo Penal del TS, en Sentencia de 16/6/ 2014, ha afirmado que en la empresa, de un lado, en relación con los correos electrónicos que estén sin abrir por el destinatario rige la protección constitucional que otorga el art. 18.3 CE al secreto de las comunicaciones, siendo necesario contar con autorización judicial; de otro, las comunicaciones ya abiertas por el destinatario que únicamente permanecen en las bandejas de entrada y salida, así como otros aspectos adyacentes (historial de navegación web, acceso al disco duro del ordenador, direcciones, frecuencias...), están tutelados por el art. 18.1 CE, referido al derecho a la intimidad, y por el art. 18.4 CE, relativo a la protección de datos personales, debiendo estar a la conocida teoría de la proporcionalidad en el acceso; en fin, para el registro de medios electrónicos, propiedad del trabajador, utilizados en el tiempo y lugar de trabajo, es necesario contar con autorización judicial. En definitiva, aunque la jurisprudencia laboral sigue admitiendo la licitud de la prueba obtenidas mediante control de

Como se sabe, se trata de una doctrina apuntada ya desde la STS de 2007 con fundamento en la doctrina del TEDH pues este Tribunal había afirmado la existencia de una expectativa razonable de privacidad, en casos en los que no existía tal prohibición empresarial expresa.

Ahora bien, lo que a mi juicio no se deduce directamente de la doctrina europea es la consecuencia contraria, es decir que una prohibición expresa de uso privado implique la inexistencia de una expectativa razonable de intimidad y por tanto la exclusión del ámbito de aplicación del art. 8.1 CEDH o del art. 18CE. Será preciso ver con más detalle la doctrina del TEDH, y ello porque el recogimiento teórico de partida de una esfera legítima de privacidad o del derecho a la protección de datos o a la libertad de comunicaciones en la empresa se concilia mal con la admisión de que la prohibición absoluta de los mismos es suficiente para excluir su aplicación en los lugares de trabajo.

4.2. La doctrina del TEDH sobre afectación del art. 8.1 CEDH en relación con el control de ordenadores, correo electrónico y navegación por Internet

La doctrina del TEDH sobre aplicación del art. 8 del Convenio en las relaciones privadas, en defensa de la vida privada del trabajador en los lugares de trabajo se ha formulado en repetidas ocasiones⁵¹. El TEDH ha conocido diversos supuestos sobre control empresarial del uso de ordenadores y navegación por internet de trabajadores desde la perspectiva de la afectación del art. 8 del Convenio, afirmando la violación del derecho a la vida privada, en casos en los que el trabajador desconocía que era controlado⁵² y negándola en un caso de prohibición empresarial de uso personal⁵³.

comunicaciones en los casos de prohibición de uso privado, a la vista de lo anterior y en aras de la seguridad jurídica la empresa deberá solicitar la intervención judicial en la obtención de los mensajes cerrados y privados del trabajador para la validez probatoria de los controles sobre el correo electrónico en vía penal, (art, 539 LECR).

⁵¹ Aunque, en esencia, el artículo 8 tiene como objetivo la protección de los individuos ante posibles injerencias arbitrarias por parte de las autoridades públicas, este artículo no se limita a prohibir a los Estados que cometan tales injerencias. Además de esta obligación negativa primordial, el respeto efectivo de la vida privada de los individuos puede conllevar obligaciones positivas. Estas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas destinadas a garantizar el respeto de la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones inter-personales (STEDH de 16/1/2016, *Barbulescu c. Rumanía*, Sentencia *Barbulescu*, en adelante, ap.52)

⁵² STEDH de 3/4/2007, *Copland c. Reino Unido*, Sentencia *Copland*, en adelante, siguiendo STEDH de 25/6/1997, *Halford c. Reino Unido*, Sentencia *Halford* en adelante, sobre llamadas telefónicas.

⁵³ Sentencia *Barbulescu*.

Así hemos de recordar que las llamadas telefónicas desde las oficinas de la empresa quedan prima facie abarcadas en las nociones de “vida privada” y “correspondencia” a efectos del artículo 8, apartado 1 (Sentencia Halford, ap. 44) y que también deberían recibir la protección del artículo 8 los correos electrónicos enviados desde el puesto de trabajo, así como toda información recogida a través de una vigilancia del uso personal de internet (Sentencia Copland, ap. 41, y Sentencia Barbulescu, ap.36). Como señala la Sentencia Barbulescu (ap.37) en ausencia de un aviso que le indicara que las llamadas podían ser vigiladas, el trabajador podía razonablemente esperar que las llamadas realizadas desde un teléfono profesional serían privadas (Sentencia Halford, ap. 45) y estas mismas expectativas deberían ser aplicables también en cuanto al uso del correo electrónico e internet por parte del demandante (Sentencia Copland, ap. 45)⁵⁴.

Pues bien analizando más concretamente esta doctrina hemos de señalar que en la Sentencia Copland⁵⁵, el Tribunal considera que la recogida y almacenamiento de información personal relativa a las llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por Internet de la trabajadora, sin conocimiento de la empleada, constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia, en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo (ap. 44), una injerencia que no puede resultar admisible, de conformidad con el art. 8.2 del Convenio, pues no se trata de un injerencia “prevista por la Ley”.⁵⁶

⁵⁴ En un caso en el que se registró el lugar de trabajo del demandante en una oficina de la fiscalía y se embargaron algunas de sus pertenencias (STEDH de 26/7/2007, Peev contra Bulgaria.), el Tribunal estimó que el registro representaba una injerencia en la “vida privada” del demandante y consideró que el demandante podía razonablemente tener expectativas de privacidad con respecto a las pertenencias personales que guardaba en su despacho (ap. 49).

⁵⁵ Sobre un caso de seguimiento del teléfono, correo electrónico y uso de Internet de la empleada. Según el Gobierno, se llevó a cabo este seguimiento al objeto de averiguar si la empleada hacía un uso excesivo de las instalaciones del College para asuntos personales. No existía, a la sazón, ninguna política vigente en el College referente al seguimiento del uso del teléfono, correo electrónico o Internet por parte de los empleados. Un precedente importante fue la STEDH de 25/6/1997, Halford c. Reino Unido.

⁵⁶ Según reiterada jurisprudencia del TEDH, la expresión «prevista por la Ley» implica –y ello se deduce del objeto y fin del artículo 8 – que exista una medida de protección legal en la legislación interna contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas en los derechos protegidos por el artículo 8.1. Es así, incluso con más motivo, en áreas como el seguimiento en cuestión, debido a la falta de vigilancia pública y el riesgo de abuso de la autoridad (Sentencia Copland, ap.45) Esta expresión no sólo requiere que la medida impugnada tenga alguna base en la legislación interna, sino que también se refiere a la calidad de la Ley en cuestión, siempre que sea compatible con la preeminencia del Derecho. Para cumplir con la exigencia de la previsibilidad, la Ley debe emplear términos lo suficientemente claros para que todos puedan conocer en qué circunstancias y en qué condiciones pueden las autoridades recurrir a tales medidas (Sentencia Copland, ap.46).

Aunque el Tribunal no excluye, en términos generales, “que el seguimiento del uso por parte de un trabajador del teléfono, el correo electrónico e Internet en el lugar de trabajo pueda considerarse “necesario en una sociedad democrática en ciertas situaciones que persigan un fin legítimo”, en este caso el seguimiento no tenía fundamento en Derecho interno, por lo que la injerencia no estaba «prevista por la Ley» tal y como exige el artículo 8.2 del Convenio (ap. 48)

Por su parte, en la Sentencia Barbulescu, teniendo en cuenta especialmente el hecho de que se accedió al contenido de las comunicaciones del empleado en Yahoo Messenger y que la transcripción de estas comunicaciones fue presentado en el procedimiento ante los tribunales de trabajo, el TEDH afirmaría que estas medidas afectaron a la “vida privada” y “correspondencia” del demandante en el sentido del artículo 8.1, por lo que es aplicable al asunto (ap.45). Sin embargo en este caso el Tribunal llega a la conclusión de que las autoridades nacionales no han incumplido el art. 8 CEDH pues no hay elemento alguno que indique que las dichas autoridades incumplieran su obligación de establecer un equilibrio adecuado, dentro de su margen de apreciación, entre los intereses del empleador y el derecho del demandante al respeto de su vida privada en virtud del artículo 8 (ap. 62)⁵⁷.

Por tanto en la Sentencia Barbulescu, como después se analizará con más detalle, la no vulneración del art. 8 CEDH no se fundamentó en la inexistencia de una expectativa razonable de privacidad. En el caso Barbulescu, un supuesto de hecho en el que también concurría una prohibición de uso personal, el TEDH si consideraría afectado el citado art. 8.1CEDH, entrando a analizar el fondo del asunto para finalmente entender que no resultaba lesionado el referido precepto del Convenio.

4.3. La doctrina Constitucional y el uso extensivo la expectativa razonable de confidencialidad y de la expectativa razonable de privacidad

En relación con la utilización de ordenadores u otros medios informáticos por parte de los trabajadores, la doctrina constitucional establecida por las Sentencias 241/2012, de 17 de diciembre y 170/2913, de 7 de octubre, en primer

⁵⁷ Y ello porque “el Tribunal observa que tanto el Tribunal de Condado como el Tribunal de Apelación otorgaron particular importancia al hecho de que el empleador había accedido a la cuenta Yahoo Messenger del demandante pensando que contendría mensajes de carácter profesional, puesto que el demandante mismo había afirmado inicialmente que había usado la cuenta para asesorar a sus clientes (...). Por lo tanto, se puede deducir que el empleador actuó de conformidad con sus competencias disciplinarias puesto que, tal y como constataron los tribunales nacionales, accedió a la cuenta Yahoo Messenger basándose en el supuesto de que la información allí contenida estaba relacionada con actividades profesionales y que, por ende, acceder a ella era legítimo. El Tribunal no constata motivo alguno de poner en duda estas conclusiones” (ap. 57).

lugar, no deja lugar a dudas sobre la prevalencia del poder empresarial sobre la garantía de privacidad o la llamada “pretensión” de secreto de comunicaciones de las comunicaciones. En segundo lugar, en este contexto avala la doctrina del Tribunal Supremo, en su delimitación del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales alegados en estos casos, es decir, el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones.

En primer lugar, hemos de recordar que la STC 241/2012 afirmaría, insistiendo siempre en el dato de la titularidad empresarial de tales medios, que “corresponde a cada empresario, en el ejercicio de sus facultades de autoorganización, dirección y control, fijar las condiciones de uso de los medios informáticos asignados a cada trabajador”, aludiendo a una regulación del uso profesional de las herramientas informáticas por medio de “órdenes, instrucciones, protocolos o códigos de buenas prácticas”, y que “no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales” (FJ 5).

Y más concretamente, el TC afirma también que aunque en este ámbito pudiera haber la “pretensión” de secreto de las comunicaciones, actúa a su vez legítimamente el poder directivo, con la posibilidad consiguiente de establecer pautas de flujo de la información e instrucciones u órdenes del empresario que aseguren, sin interferir injustificadamente el proceso de comunicación y sus contenidos, el acceso a los datos necesarios para el desarrollo de su actividad.

En segundo lugar, esta doctrina constitucional delimita el ámbito de cobertura del derecho al secreto de las comunicaciones en la empresa, en términos, a mi juicio, restrictivos, excluyendo no sólo las comunicaciones abiertas sino toda comunicación en el interior de la empresa a través de dispositivos de titularidad empresarial cuando el empresario prohíba el uso privado de los medios electrónicos.

En efecto, en la delimitación del ámbito de cobertura del art. 18.3 CE la doctrina del TC comienza por excluir los supuestos de comunicaciones abiertas en la STC 241/2012⁵⁸, para excluir después también aquellos supuestos

⁵⁸ La demandante de amparo es una trabajadora que venía desempeñando labores de teleoperadora especialista para Global Sales Solutions Line, S.L. Dicha empleada y una compañera instalaron un programa informático denominado «Trillian», de mensajería instantánea, en el disco duro de un ordenador, que era de uso indistinto por todos los trabajadores de la empresa y al que se accedía sin clave. La instalación del programa era contraria a orden empresarial expresa. A través de dicho soporte informático, las trabajadoras entablaban conversaciones en las que vertían comentarios despectivos, críticos e insultantes en relación con compañeros de trabajo, superiores y clientes.

de prohibición empresarial expresa de uso personal de ordenadores u otros dispositivos, supuesto, al que equipara la tipificación en convenio colectivo de la infracción laboral por uso privado en la STC 170/2013⁵⁹. En este último caso se trataría, en expresión del TC, de un canal de comunicación que, conforme a las previsiones legales y convencionales aplicables, se hallaba “abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario”; sometido en consecuencia a su posible fiscalización, con lo que quedaba fuera de la protección constitucional del art. 18.3 CE.

Así se afirma, en efecto, que el art. 18.3 CE protege únicamente ciertas comunicaciones, las que se realizan a través de determinados medios o canales cerrados⁶⁰. Por ello, en la STC 241/2012 se ha excluido la protección constitucional de comunicaciones, que se realizan en un canal del que no puede predicarse su confidencialidad, no vulnerándose pues el art. 18.3 CE pues es una comunicación abierta, esto es, no secreta (FJ 7)⁶¹.

Siendo este el argumento fundamental que motiva la sentencia, también el TC en este caso consideraría que “no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado”, no existiendo una situación de tolerancia a la instalación de programas y, por ende, al uso personal del ordenador que era de acceso totalmente abierto y además incurría en contravención de la orden empresarial”.

Dichas apreciaciones fueron descubiertas, por casualidad, por otro empleado que intentó utilizar la unidad «C» de ese ordenador, dando cuenta de ello a la empresa.

⁵⁹ Por parte de la empresa Alcaliber SA se procedió a interceptar el contenido de los correos electrónicos de un trabajador, registrados en el ordenador facilitado por la empresa, ante las sospechas de un comportamiento irregular derivado de la revelación a terceros de datos empresariales confidenciales. El convenio colectivo aplicable tipificaba como falta leve la utilización para fines privados de los medios informáticos proporcionados por la empresa.

⁶⁰ En consecuencia no “gozan de la protección constitucional del art. 18.3 CE aquellos objetos que, pudiendo contener correspondencia, sin embargo la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo”. Así pues “quedan fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta”. Así ocurre “cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o cuando bien su franqueo o cualquier otro signo o etiquetado externo evidencia que, como acabamos de señalar, no pueden contener correspondencia”. En tales casos “pueden ser abiertos de oficio o sometidos a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido” STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3 b) citada por STC 170/2013, de 7 de octubre FJ 4.

⁶¹ A mayor abundamiento el TC afirmaría que “no puede calificarse como vulneradora del derecho al secreto de las comunicaciones la intervención empresarial analizada, por cuanto que, además, la misma se produce a partir de un hallazgo casual de uno de los usuarios, trabajador de la empresa, que transmite su contenido a la dirección, ...”(FJ 7).

Pero será la STC 170/2013 la que declare expresamente fuera del ámbito de tutela del art. 18.3 CE las comunicaciones en la empresa, cuando exista una prohibición empresarial de uso privado, supuesto al que equipararía la tipificación convencional de tal uso extralaboral como infracción laboral.

La STC 170/2013 afirmaría que en tanto que la utilización del correo electrónico para fines ajenos al contenido de la prestación laboral se encontraba tipificada como infracción sancionable regía en la empresa una prohibición expresa de uso extralaboral. A lo anterior añade que la expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales (FJ 4).

En tales circunstancias, de acuerdo con la doctrina constitucional sobre el ámbito de cobertura del art. 18.3 CE, cabe entender que no podía existir una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por el trabajador a través de la cuenta de correo proporcionada por la empresa y que habían quedado registradas en el ordenador de propiedad empresarial. En el contexto descrito, el TC concluye que en definitiva, debe descartarse la invocada lesión del derecho al secreto de las comunicaciones.

Sobre la base de esta misma motivación es decir, la tipificación como infracción del uso extralaboral de las herramientas informáticas y su consiguiente inclusión en el ámbito del poder de control empresarial, el TC, de forma similar a lo dicho respecto al derecho al secreto de las comunicaciones, tampoco en este caso aprecia que el trabajador contara con una expectativa razonable de privacidad respecto a sus correos electrónicos registrados en el ordenador de la entidad empresarial (FJ 5).

Por tanto, el régimen jurídico aplicable en la empresa hacía factible y previsible la posibilidad de que el empresario ejerciera su facultad legal de vigilancia sobre los correos electrónicos del trabajador, impidiendo tal circunstancia abrigar una expectativa razonable de privacidad, que determinara la entrada en la esfera de protección del derecho a la intimidad, de acuerdo con lo explicado en la ya citada STC 12/2012, FJ 5⁶².

⁶² A pesar de que el TC excluye la aplicación del ámbito de protección del art. 18.1CE pues entiende que no existía una expectativa razonable de privacidad, continua evaluando la conducta empresarial desde el canon de constitucionalidad del principio de proporcionalidad que por definición presupondría que el comportamiento empresarial afectaba al derecho de intimidad. Tales argumentos deben en consecuencia entenderse a mayor abundamiento.

Las SSTC 241/2012 y 170/2013 abordan el secreto de las comunicaciones en las relaciones laborales, bajo el test de la expectativa razonable de confidencialidad, excluyendo del ámbito de aplicación del art. 18.3 CE no sólo las comunicaciones abiertas o no secretas y confidenciales sino cualesquiera otras, considerándolas abiertas al poder empresarial de control. Solo si las comunicaciones privadas son permitidas por el empresario sería de aplicación en la empresa el citado art. 18.3 CE.

Estas sentencias son un claro ejemplo de análisis de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa desde la perspectiva del interés empresarial, sin duda legítimo, a sancionar usos desviados de tales dispositivos informáticos, pero que no es un interés prevalente sobre aquellos derechos en nuestro sistema constitucional⁶³. Ello explicaría los términos del voto particular formulado por el Magistrado ValdesDal-Re a la STC 241/2012⁶⁴, criticando las declaraciones de la misma sobre el poder empresarial pues no terminan de corresponderse con el contenido esencial de los derechos fundamentales en presencia, toda vez que el empresario no puede disponer unilateral e ilimitadamente del uso de sus herramientas sin condicionante alguno. Esa concepción, afirma el citado voto particular, expresa una noción ya superada de los derechos del ciudadano trabajador, porque el derecho de libertad, que contiene el art. 18.3 CE, limita sus actos de disposición y limitación de uso o prohibición, sin perjuicio de que quepa, obviamente, la reglamentación del mismo. Más concretamente considera que la titularidad de esos medios y herramientas tampoco confiere al empresario un derecho a restricciones caprichosas y afirma expresamente que cualquier intervención empresarial debe producirse con las prevenciones y cánones de la autorización judicial que cita el art. 18.3 CE, en cuya definición

⁶³ Claramente se aprecia pues el TC afirmará que el ejercicio de la potestad de control empresarial resulta limitada por la vigencia de los derechos fundamentales, si bien los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas “las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin”.

⁶⁴ La Sentencia de la que me distancio, afirma el voto, responde a un concepto de las relaciones laborales que, con todo el respeto que me merece la decisión de la Sala, no se corresponde con el modelo que impone la cláusula constitucional del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) que las informa; atribuye al empresario facultades de las que carece; soslaya los condicionantes que en un juicio como el actual imponen la libertad de las comunicaciones y el derecho al secreto de las mismas, con su carácter formal y que, en fin y en el contexto moderno de las innovaciones tecnológicas, brinda indudables ventajas para los procesos productivos y para el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, y, en última instancia, opta por avalar los instrumentos de fiscalización incluso cuando, como en este caso, se actualizan en términos abiertamente invasivos, lo que, al margen de acentuar la dependencia jurídica y la presión psicológica a los trabajadores, repercute negativamente en la efectividad de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos a los trabajadores.

nuestra jurisprudencia incorpora la exigencia de una norma legal que habilite la injerencia -“una ley de singular precisión” (STC 49/1999, FJ 4)- y dispone que los Jueces y Tribunales podrán adoptar la medida sólo cuando concurren los presupuestos materiales pertinentes.

Pues bien, efectivamente la doctrina constitucional sobre uso de dispositivos electrónicos en la empresa se aparta de la doctrina general que protege la comunicación con independencia del medio utilizado y como un derecho autónomo de la intimidad. Desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, el TC sostiene que el bien jurídico protegido por el art. 18.3 CE es la libertad de las comunicaciones cualquiera que sea el sistema empleado para interceptarlas (FJ7). Desde esta primera sentencia de referencia y de forma reiterada, el TC ha incidido en la delimitación del ámbito del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) frente al ámbito del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE)⁶⁵. Lo protegido por el derecho garantizado en el art. 18.3 CE es el proceso de comunicación mismo frente a cualquier interferencia no consentida o judicialmente autorizada. Por lo demás y como se sabe, las garantías constitucionales que legitiman la intervención de las comunicaciones son, con carácter general, la existencia de previsión legal de la medida de intervención con suficiente previsión, la autorización judicial y la ejecución de la medida con estricta observancia del principio de proporcionalidad.

Por último, no puede dejar de señalarse que, a mi juicio, esta doctrina no se deduce directamente de la doctrina del TEDH en la Sentencia *Barbulescu*, al negar la existencia de una expectativa razonable de privacidad, en los casos de expresa prohibición de los usos privados de medios electrónicos empresariales.

Aunque ciertamente en la Sentencia *BarBulescu* se distingue entre el supuesto de hecho enjuiciado donde existía una prohibición uso personal y los resueltos por las Sentencias *Copland* o *Halford* donde existía tolerancia empresarial a los usos privados, la *ratio decidendi* de la Sentencia *Barbulescu* para negar la violación del art. 8.1 CEDH no fue la inexistencia de una expectativa razonable de privacidad, derivada de la prohibición expresa de uso personal de herramientas informáticas en la empresa. Por el contrario, para el TEDH si existió tal expectativa, por ello resultó aplicable el art. 8 CEDH, con independencia de que finalmente, en la decisión de fondo se declarara la no vulneración del art. 8 CEDH.

⁶⁵ Se garantiza la impenetrabilidad de la comunicación para terceros, públicos y privados, tanto en lo referido al contenido del mensaje como a la identidad de los interlocutores, y ello con independencia de que los datos pertenezcan o nó al ámbito de lo personal, íntimo o reservado pues el concepto de lo secreto tiene carácter formal y no material

En efecto, puede comprobarse que la sentencia Barbulescu, cuando analiza la admisibilidad y ante la alegación del Gobierno rumano de que no resulta aplicable el art. 8 del Convenio es cuando el TEDH se plantea la pregunta de “si, en el presente asunto, el demandante podía razonablemente esperar que sus comunicaciones serían privadas al usar la cuenta de Yahoo Messenger que creó a petición de su empleado”, afirmando que está convencido de que estas medidas afectaron a la “vida privada” y “correspondencia” del demandante en el sentido del art. 8.1 CEDH, que es aplicable al presente asunto (ap. 45). Por lo que, pasando ya a analizando el fondo del asunto, concluye que no se ha producido violación alguna del artículo 8 del Convenio, pues no hay elemento alguno, en el presente asunto, que indique que las autoridades nacionales incumplieran su obligación de establecer un equilibrio adecuado, dentro de su margen de apreciación, entre los intereses del empleador y el derecho del demandante al respeto de su vida privada (ap. 63).

4.4. Aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional

El control empresarial del uso por el trabajador de los medios tecnológicos ha sido analizado en sede judicial de forma unitaria, sin distinguir en virtud de los derechos fundamentales afectados y ello a pesar de que en el control del correo electrónico, el acceso a los mensajes no abiertos está protegido por el secreto de las comunicaciones ex art. 18.3 CE.

La doctrina de nuestros tribunales, en términos generales⁶⁶, aplica la doctrina antes vista sobre la inexistencia de lesión del derecho a la intimidad, no solo si la empresa tiene establecido un detallado, preciso, riguroso y bien perfilado protocolo de actuación en el uso del ordenador, del que el trabajador que lo usa tiene cabal y perfecto conocimiento⁶⁷, sino también si existe una prohibición absoluta sobre el uso de medios de la empresa para fines ajenos al trabajo⁶⁸.

⁶⁶V. STSJ Cataluña, de 16/12/2016 (AS 2016\1921) en un supuesto de vulneración empresarial del derecho a la intimidad a través de un acceso unilateral al ordenador de la empresa, utilizado por el trabajador, constituyendo una extralimitación del poder de vigilancia y control del empresario. En esta sentencia se afirma que la prohibición que se deriva de la calificación como falta grave del empleo para usos propios de los útiles, herramientas, maquinaria o vehículos de la empresa, no puede considerarse como una prohibición absoluta de utilización del ordenador y teléfono móvil entregado al trabajador por la empresa. STSJ Madrid, de 13/05/2016 (AS 2016\1166) si ha existido vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones en un supuesto de examen del disco duro del ordenador facilitado por la empresa con apertura y restauración en parte de un archivo temporal que condujo a una cuenta privada de correo electrónico del trabajador.

⁶⁷STSJ Madrid, de 16/12/2013 (JUR 2014\19902) y en este mismo sentido, STSJ Cataluña, de 13/6/2016.

⁶⁸STSJ País Vasco, de 29/09/2015 (AS 2015\1922).

En el ámbito de las redes sociales el control de las declaraciones de los trabajadores y legitimidad en la obtención de la prueba por parte del empresario se funda en el carácter no privado de estos medios⁶⁹.

4.5. Valoración de la doctrina constitucional y jurisprudencial

La doctrina constitucional y la jurisprudencia del TS que la precede, sobre uso de dispositivos electrónicos en la empresa no tutela, a mi juicio, suficientemente los derechos de los trabajadores, al desconocer una esfera legítima de privacidad y de libertad en las comunicaciones empresariales.

En definitiva, el razonamiento base de esta doctrina, “la prohibición empresarial de uso privado implica la inexistencia de una expectativa razonable de confidencialidad y la inexistencia de una expectativa razonable privacidad” situaría el uso de estos medios por el trabajador fuera del ámbito de protección de la libertad de comunicaciones y de su derecho a la privacidad en los centros de trabajo. Los trabajadores tendrán reconocido el derecho al secreto de las comunicaciones en la medida y en los términos que establezca el empresario⁷⁰. Las comunicaciones cubiertas por el derecho al secreto del art. 18.3 CE se limitarían a aquellos supuestos de tolerancia empresarial del uso privado.

Esta doctrina creo que no se ajusta completamente a la doctrina europea, como antes señalé, y se fundamenta en el tradicional argumento de la titularidad empresarial de las herramientas informáticas, que es, a mi juicio, un débil argumento jurídico y en todo caso de incierto recorrido futuro⁷¹. Un argumento débil pues el correo electrónico, internet o el ordenador no son sólo instrumentos

⁶⁹ STSJ País Vasco de 26/10/2010, de STSJ Andalucía de 10/11/2011 y STSJ Madrid de 26/7/2016.

⁷⁰ Para determinar si se vulnera el art. 18.3 CE, habrá de estarse, afirma la STC 241/2012, a “las condiciones de puesta a disposición”, pudiendo aseverarse que “la atribución de espacios individualizados o exclusivos puede tener relevancia desde el punto de vista de la actuación empresarial de control”. Es el caso de “asignación de cuentas personales de correo electrónico” a los trabajadores, o incluso a las entidades sindicales, aspecto éste que fue abordado en nuestra STC 281/2005, de 7 de noviembre.

⁷¹ La doctrina de los tribunales ha recaído fundamentalmente sobre el uso de los medios digitales iniciales como ordenadores fijos o portátiles email corporativo y navegación por internet. En los últimos años, las redes sociales de empresa o redes sociales corporativas y plataformas (como Yammer) son utilizadas como medios de comunicación entre la empresa y los empleados y que también pueden constituir formas de trabajar en grupos por proyectos. Los criterios sobre la utilización de estas redes sociales corporativas, las facultades de control empresarial y la afectación de los derechos de libre expresión e información de los trabajadores pueden precisar de nuevas respuestas pues los límites a tal uso serán más difíciles de articular dado que el trabajador accederá a tales plataformas o redes en muchas ocasiones a través de dispositivos particulares: V. V. AAVV., Nuevas Tecnologías y gestión de recursos humanos, Proyecto Technos: Impacto de las redes sociales y marco laboral tecnológico (DEL REY GUANTER dir.), WolterKluwer, 2017.

de trabajo sino herramientas de comunicación y espacios, eso si no físicos sino virtuales, en los que el trabajador puede disponer, a mi juicio, de una esfera legítima de privacidad.

Además, la aplicación de esta doctrina sobre la expectativa razonable de confidencialidad⁷² está determinando que entre nosotros, a diferencia de lo acontece en países vecinos, no puede afirmarse la existencia de un derecho del trabajador al uso personal de los medios tecnológicos puestos a su disposición. A falta de reconocimiento legal, si éste no se establece en convenio colectivo, será el poder empresarial el que determine su existencia y condiciones de ejercicio.

En definitiva y a pesar del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales de los trabajadores, son admisibles prohibiciones empresariales absolutas de desarrollo de los mismos. Afirmar que el trabajador es ciudadano de la empresa y que también desarrolla su vida personal en los lugares de trabajo conllevaría, a mi juicio, el derecho a ciertos usos privados no abusivos de tales medios de comunicación, siempre que no afecten a la productividad del trabajador ni causen perjuicio a la empresa. Es razonable pensar que evitar usos abusivos no es título suficiente para prohibir completamente todo o cualquier uso personal de los medios tecnológicos de comunicación. En fin, el desarrollo de la vida personal de los trabajadores no puede depender de la voluntad o tolerancia de la empresa, pues expresa un valor e interés de relevancia constitucional protegido a través del reconocimiento de derechos fundamentales en nuestro sistema constitucional.

⁷² La aplicación del canon de la “expectativa razonable de confidencialidad”, a diferencia del control de proporcionalidad, opera en el momento previo al análisis de fondo sobre la violación del derecho fundamental pues su inexistencia implica la inaplicación del derecho a la libertad de comunicaciones o del derecho a la privacidad.

DERECHO A LA INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO DEL TRABAJADOR EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS

EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: protección de datos, consentimiento, información, videochat, propia imagen, datos biométrico

La privacidad real en materia de datos es un fin cada vez más difícil de mantener, y a ese fin se orienta el nuevo Reglamento de la UE en materia de protección de datos.

En el ámbito de las relaciones laborales, en materia de datos, la regla es la de “informar” a los trabajadores sobre el tratamiento de los mismos, y no su consentimiento. La jurisprudencia ha entendido que, en determinadas circunstancias, cabe omitir incluso el deber de información expreso. El Tribunal Constitucional –Sentencia 39/2016- ha corroborado esta tesis. En materia de comunicación por “videochat” entre un teleoperador y el cliente, no puede concluirse que esté implicado el derecho a la imagen del trabajador, ni implique en sí mismo un tratamiento de datos, a menos que los mismos sean almacenados o grabados. La Sentencia AN de 15 de junio de 2017 ha considerado que no es válido un consentimiento previo y genérico en materia de datos. Los datos biométricos de los trabajadores no se consideran especialmente protegidos a la hora de su tratamiento.

ABSTRACT

Key words: Protection of data, consent, videochat, self-image, biometric data

Real privacy of data is an increasingly more difficult to maintain order, and to that end leads the new regulation of the EU in the field of data protection.

In the field of labour relations, in terms of data, the rule is the "report" to workers on the treatment of the same, and not consent. The jurisprudence has understood that, in certain circumstances, you can skip even the express duty of information. The constitutional court -Sentence 39/2016- underpinned this thesis. In terms of communication by "chat" between a sales representative and the customer, not you can concluded that is the right of the image of the worker involved, nor in itself involves a processing of data, unless the same be stored or recorded. AN judgment of 15 June 2017 has been considered a prior generic consent of data is not valid. The biometric data of the workers are not considered specially protected when it comes to your treatment.

ÍNDICE:

1. PROTECCIÓN DE DATOS EN LA ÉPOCA DE LA “SUPERCONEXIÓN” ¿ES REALISTA ACTUALMENTE RECLAMAR LA “PRIVACIDAD” DE LOS DATOS PERSONALES?
2. REGLAS BÁSICAS EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DENTRO EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES DE TRABAJO
3. ¿INFORMACIÓN O CONSENTIMIENTO?
4. ¿ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO PARA MOSTRAR LA IMAGEN EN “VIDEOLLAMADAS”? ¿PUEDE ÉSTE DARSE AL INGRESO EN EL TRABAJO Y CON CARÁCTER GENERAL? La Sentencia de la AN de 15 de junio de 2017 (Rec. 137/2017) (Caso Unisono)
5. CONSENTIMIENTO Y DATOS BIOMÉTRICOS DE LOS TRABAJADORES
6. REFLEXIONES FINALES

1. PROTECCIÓN DE DATOS EN LA ÉPOCA DE LA “SUPERCONEXIÓN” ¿ES REALISTA ACTUALMENTE RECLAMAR LA “PRIVACIDAD” DE LOS DATOS PERSONALES?

El nuevo Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, que entrará en vigor el próximo 25 de mayo de 2018¹, justifica su implantación, entre otras distintas razones, en que “...*La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades*”.

Y, precisamente, nos recuerda, que “*La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental. El artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establecen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan*”². Y añade que “*El tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad. El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad*”³.

Estamos, por lo tanto, no ante un cambio sustancial, cualitativamente esencial respecto de la realidad previa, sino sobre todo ante un cambio cuantitativo de la realidad que, como todos, tienen también una incidencia indirectamente cualitativa. En efecto, no se trata de que estemos ante la novedad de las bases de datos electrónicas, de internet o del comercio y administración electrónica. Se

¹ Vd., en concreto, su art. 99

² Vd. Exposición de Motivos del texto legal, apartado (1)

³ Idem, apartado (4)

trata de cómo esos modelos y sistemas han progresado hasta hacerse presentes e invasivos en todos los ámbitos de la vida, a partir de su generalización. Ello, sin perjuicio de que otras tecnologías y aplicaciones de las mismas están suponiendo una novedad sustantiva. Las tecnologías “disruptivas” –genómica, robotización e inteligencia artificial, la nube, internet móvil de alta velocidad, internet de las cosas, vehículos autónomos, impresión 3D, materiales avanzados...⁴- se unen a usos específicos e intensivos de internet –como el manejo del “*big data*”, *block-chain*...- y todo ello implica un manejo realmente masivo de datos personales con -¿inevitables?- invasiones de la privacidad⁵.

Ahí es donde precisamente pretende irrumpir el Reglamento⁶, que quiere de alguna manera reafirmar el juego del derecho personal a la intimidad y confidencialidad. El éxito de este loable deseo es una cuestión distinta.

En torno a este Reglamento, lo primero digno de destacarse es precisamente su propio carácter normativo: estamos ante un Reglamento Europeo. Significa un cambio cualitativo en relación a la regulación de la protección de datos, sustituyendo a otra norma que tenía rango de Directiva -la 95/46/CE- que quedará derogada a partir del 25 de mayo de 2018 (art. 94 del Reglamento). Significa por lo tanto el deseo de un mayor nivel de homogeneización y también de la propia ejecutividad, en la práctica, de la norma, ya que, como es sabido, un Reglamento tiene alcance general y es “...*obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro*”⁷. Lo que en términos prácticos significa que, alcanzado el momento de su entrada en vigor⁸, va a ser la norma de referencia en la materia, por su directa aplicación por nuestros tribunales domésticos. Se limita así mucho más, mediante su aplicación directa, el margen regulatorio de los Estados miembros, que va a estar limitado, prácticamente, a aquellos ámbitos en los que el propio Reglamento Europeo les confía un espacio regulatorio propio.

⁴ Vd. en especial MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, (J. Manyika, M. Chui, J. Bughin, R. Dobbs, Peter Bisson, A. Marrs) “Disruptive technologies: Advances that will transform life, business, and the global economy”, Mayo 2013. En <https://www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/disruptive-technologies>.

⁵ Vid. Las reflexiones al respecto de Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruiz, B., Control Informático, Videovigilancia y Protección de Datos en el Trabajo, ed. Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 18.

⁶ Resulta de enorme interés al respecto contrastar el análisis al respecto de J.L. GOÑI SEIN, “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores. Análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”, en Revista de Derecho Social,

⁷ Art. 288 TFUE. Tras su mismo art. 99, el Reglamento sobre Protección de datos, nos recuerda que el mismo “será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”.

⁸ El Reglamento será aplicable desde el 28 de mayo de 2018, si bien, técnicamente entró en vigor a partir de los veinte días de su publicación en el DOUE, lo que sucedió el 4 de mayo de 2016.

Así lo reconoce también la propia E. de M. del Reglamento, en su apartado 10º, cuando afirma que “... *el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas por lo que se refiere al tratamiento de dichos datos debe ser equivalente en todos los Estados miembros*”⁹, aun reconociendo que los Estados deben estar facultados para regular a nivel nacional la aplicación de las normas del Reglamento, incluidas las que se refieren a las normas sectoriales.

El propósito del Reglamento Europeo es, sin duda, encomiable. Es justo ser hoy particularmente sensibles a la enorme fuerza de la tecnología para acceder a los datos personales, en el deseo de preservar la privacidad de las personas. Con ello, se salvaguarda nada menos que la intimidad personal y, a la postre, la más básica libertad individual.

Pero cuestión distinta es cuán factible resulta en las circunstancias actuales. Esto es, si ante la masiva presencia de internet y los motores de búsqueda—que hace una recolección constante de datos personales- teléfonos inteligentes, y todo tipo de registros públicos (seguridad social, AEAT, padrones, instituciones educativas, Registros oficiales como el RM, Registro de la Propiedad, expedición de DNI y pasaportes) centros de trabajo, tarjetas de crédito y medios de pago, bancos, compañías de teléfono y de servicios públicos, establecimientos comerciales, páginas de venta on-line, aerolíneas, compañías ferroviarias, agencias de viaje..., nuestros datos están, y casi diríamos que inevitablemente, en manos de decenas de instituciones y empresas de todo tipo. Y ello por no hablar de los datos que mostramos voluntariamente en las redes sociales: Linkedin, Whatsapp, Facebook, Youtube, Skype, Instagram, Google+ ... Son lugares donde de una manera voluntaria comunicamos no ya nuestros datos personales, sino aspectos concernientes a nuestra vida privada y familiar, e incluso de otras personas, no necesariamente con su autorización (p.ej., cada vez que se “etiqueta” a una persona en una fotografía de una entrada propia de Facebook, se indica ante terceros dónde estaba, qué hacía e incluso su imagen física). Si a ello sumamos nuestros accesos a internet, entrando en páginas cuyas “cookies” aceptamos repetidamente, dejando todo tipo de rastro informático a terceros, nuestra intimidad está cada vez más cuestionada. Hasta el punto de que, en la actualidad, con una pantalla de ordenador conectada a internet y algunas habilidades informáticas, incluso poco sofisticadas, un simple usuario puede acceder a datos increíbles sobre las más distintas personas. El desarrollo tan acusado de los “big data”, por lo demás, no

⁹ Y añade: “Para garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas y eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales dentro de la Unión, el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas por lo que se refiere al tratamiento de dichos datos debe ser equivalente en todos los Estados miembros. Debe garantizarse en toda la Unión que la aplicación de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos de carácter personal sea coherente y homogénea”.

hacen sino evidenciar hasta qué punto los datos de los ciudadanos circulan a muy distintos niveles y llegan a ser una mercancía.

Y es que, en efecto, como la propia E. de M. de este Reglamento admite, “*Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales*”¹⁰.

Plantear por lo tanto la privacidad de los datos personales, su tratamiento, o restricción en el uso de los mismos puede ser, probablemente, una actividad realmente hercúlea, y de muy dudoso éxito. Nos debemos preguntar, de hecho, si esa etapa, la de la “privacidad controlada” –esto es, que los terceros sepan sobre nosotros sólo lo estrictamente permitido o aceptado por el interesado en cada caso– puede que sea ya, desafortunadamente, algo del pasado. Y es que, por si hubiese ya poca complejidad en la gestión y regulación de la privacidad de los datos personales, se suma la dimensión esencialmente supranacional y transfronteriza de internet. La misma permite sortear el cumplimiento de cualquier legislación nacional –o supranacional, como la de la UE– en materia de datos sólo con un poco de imaginación a la hora de ubicar servidores.

Sin embargo, el legislador, acertadamente, insiste en reivindicar esos bienes jurídicos –privacidad, intimidad, derecho a regir libremente los datos de nuestra vida, que pueden ser conocidos por terceros– de una manera activa y enérgica y con ese fin arranca ese nuevo Reglamento Europeo.

Facilitar información sobre qué datos van a ser almacenados o tratados, exigir –sólo a veces y con limitaciones, como se verá– el consentimiento del afectado, se parece, cada vez más, a una formalidad más, que se añade a la carga regulatoria y documental que tiene que soportar las empresas e instituciones.

Todas estas reflexiones tienen una clara proyección en el ámbito de las relaciones laborales, como no puede ser de otro modo. Los datos de los trabajadores deben manejarse con toda una serie de cautelas, pero el manejo de sus datos es inherente a la propia presencia en una organización como es una empresa: el devengo de sus salarios, control de jornada, de presencia, datos familiares, itinerario formativo, datos con relevancia fiscal y de seguridad social, datos de salud, habilidades, expediente de conducta y desempeño dentro de la propia empresa. Constituyen todos ellos datos de mucha entidad y que la empresa debe manejar de

¹⁰ Vd. Exposición de Motivos, (6)

manera indeclinable ¿Cuál es el margen y las exigencias que la misma tiene para su tratamiento? ¿Con quién puede compartir esos ficheros? ¿Cuál es la capacidad de los propios representantes de los trabajadores a la hora de tener acceso a los datos de esos ficheros que les sean relevantes?

2. REGLAS BÁSICAS EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DENTRO EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES DE TRABAJO

Como es sabido, en materia de recogida y tratamiento de datos, la Ley distingue entre “información” al afectado y “consentimiento” del mismo.

La primera constituye un derecho más extendido, fácil de interpretar y fácil de cumplir. En síntesis, nos indica el art. 5 LOPD que siempre que se soliciten datos a un afectado éste deberá ser informado “de modo expreso, preciso e inequívoco”, de una serie de extremos: en todo caso, de la existencia de un fichero o tratamiento de los datos, de la finalidad de su recogida y de los destinatarios de la información; la segunda de la identidad del responsable del tratamiento.

Además, existen otras obligaciones de información que sólo deberán ser cumplidas si del contenido de la solicitud de dato no queda ello claro: el carácter obligatorio o facultativo de las respuestas, las consecuencias de la obtención de los datos o la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

El deber información, por lo demás, deberá cumplirse incluso cuando los datos personales no hayan sido recabados del interesado directamente, debiendo informar el responsable del fichero a éste a los tres meses del registro de los datos, si bien existen excepciones para esta importante carga de suministro de información¹¹.

Para el “tratamiento” de los datos debe partir del consentimiento del afectado, o bien, alternativamente, que tal tratamiento se justifique por razones que evidencien la necesidad ineludible de ese tratamiento. Así nos lo indica el art.

¹¹ En efecto, no siempre deben informarse. El art. 5.5. LOPD establece que no será necesaria la información al interesado, “... cuando expresamente una ley lo prevea, cuando el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos, o cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados, a criterio de la Agencia de Protección de Datos o del organismo autonómico equivalente, en consideración al número de interesados, a la antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias. Asimismo, tampoco regirá lo dispuesto en el apartado anterior cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial, en cuyo caso, en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten”.

6.1 LOPD, cuando afirma que “El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”.

Sin embargo, no resulta totalmente claro cuándo deba “informarse” al afectado y cuándo éste deba prestar su “consentimiento”. Si la distinción de partida es que lo primero procede cuando se recaben datos del interesado, y lo segundo cuando tales datos vayan a ser “tratados”, no puede obviarse que la definición legal del “tratamiento” de los datos incluye también la actividad de la propia recogida de los mismos. Así, veamos el art. 3 LOPD cuando, a la hora de exponer las definiciones de los conceptos manejados por la Ley encontramos lo siguiente:

“c) Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”¹²

Superposición que también se encuentra, por cierto, en la lista de definiciones del propio Reglamento Europeo¹³.

La AEPD es consciente de este solapamiento de conceptos y abordó brevemente la cuestión en su informe 60/2004, donde trata de salir al paso de esta cuestión, resolviéndolo de la siguiente manera¹⁴:

¹² En efecto, el Reglamento Europeo entiende que la propia “captación” del dato es ya parte del “tratamiento” (Art. 6 Rgto. Europeo). Para que sea lícita requiere las siguientes condiciones: a) Consentimiento expreso por del interesado para que sus datos sean tratados “para uno o varios fines específicos”. b) Que el tratamiento sea en sí mismo necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de éste de medidas precontractuales. c) Que el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento. d) Que el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física. e) Que el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. f) Que el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que concurran además otras circunstancias. Se admite, por último, que los Estados miembros puedan mantener o introducir disposiciones más específicas a fin de adaptar la aplicación de las normas del reglamento en ciertos aspectos.

¹³ Su art. 4 lo incorpora a su lista de definiciones: “... cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción

¹⁴ Guía, La protección de datos en las relaciones laborales. Pág. 12. Obtenible en https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_RelacionesLaborales2.pdf

“El artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999 viene a establecer un deber impuesto en general a los responsables de los tratamientos, de tal suerte que, en principio, será necesario informar al afectado del tratamiento de sus datos de carácter personal, tanto en los supuestos en que el mismo cuenta con el consentimiento del mismo como en los casos en que el tratamiento se encuentra habilitado por otras causas admitidas por el artículo 6 de la propia Ley”.

Es decir, reconociendo la mencionada superposición, y admitiendo implícitamente que la recogida de datos es ya parte del “tratamiento” de los mismos, la salva concluyendo que mientras que el deber de información existe en todo caso (aunque existen también excepciones a ese deber) hay que tener en cuenta que no sucede lo mismo con el consentimiento, debido a que existen muy distintos supuestos en los que ese deber no existe. Así lo razona, además, la propia AEPD en un documento público¹⁵, indicando que el deber de información forma parte del contenido esencial al derecho de protección de datos, y por lo tanto se aplica tanto en el caso de que requiera consentimiento como en los casos en los que no se requiera. Es decir, rige con carácter general –aun con algunas excepciones- mientras que el consentimiento no será siempre exigido, pues existen amplias importantes excepciones legales, como se expondrá más adelante.

De cualquier modo, el consentimiento del afectado es esencial para el tratamiento de datos consistente en su “grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.”

Para ello, no basta la información, sino que se precisa el consentimiento del afectado... salvo las excepciones legalmente aceptadas, que no son pocas. Así, el art. 6.2. LOPD, en concreto, dispone que:

“No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción

¹⁵ Guía, La protección de datos.... Cit., pag 8. El deber de información del art. 5 LOPD forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos. Este carácter esencial lo posee tanto en el caso de la recogida de los datos personales para un tratamiento que requiera consentimiento como en el supuesto de que no lo requiera.

*del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado”.*¹⁶

Podemos apreciar que se abre por lo tanto un amplio abanico de razones de difícil control, definición e incluso de averiguación por parte del interesado: ¿Cómo conocer cuando se protege el “interés vital”? ¿y cuándo los datos son accesibles al público? ¿cómo estar seguro de cuándo el tratamiento de un dato es necesario para cumplimiento de una relación negocial, laboral o administrativa? ¿cuándo el tratamiento es necesario para satisfacer el interés legítimo por el responsable del fichero o por el tercero al que se le comunican los datos? Como se puede apreciar, cada aserto del art. 6.2 es una fuente de preguntas y de posibles interpretaciones que somete cualquier deseo de certidumbre y de control por parte del interesado.

Y ¿en qué condiciones debe darse el consentimiento? Mientras que el art. 6 LOPD indica sucintamente que el consentimiento del afectado debe ser “inequívoco”, el art. 7 del Reglamento Europeo lo especifica con mayor claridad: debe “dejar rastro”, aunque no se establece un método específico para ello. Sabedora la norma europea de la rápida evolución de las tecnologías, se limita a decir que el responsable debe únicamente “demostrar” (se entiende que por cualquier medio razonable, sin exigir ninguno en concreto) que el afectado prestó su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales¹⁷.

Matiza también que “Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo”. Es decir, previene expresamente de las cláusulas de consentimiento

¹⁶ El Reglamento Europeo indica por su parte, en su art. 9.2, que son recabables los datos especialmente sensibles (los que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física) en determinados casos. En concreto: a) Cuando el interesado hubiera dado su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando realmente la exigencia inicial de consentimiento expreso pueda ser ignorada.

¹⁷ Especifica este precepto lo siguiente: 1. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales. 2. Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento.

que son meras apostillas, en letra pequeña, incorporadas a un contrato principal. Exige, por lo tanto, “fácil acceso”, lenguaje “claro y sencillo”, y además debe presentarse con claridad respecto de los otros asuntos que se incorporen al documento en cuestión.

El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo. Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato.

También interesa destacar que se establece una prohibición específica de tratamiento respecto de ciertos datos personales: Así, los que muestren el origen étnico y racial, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.

Como hemos podido observar, no cabe apreciar una gran diferencia entre lo regulado a nivel nacional y a nivel europeo.

El consentimiento vuelve a jugar otro papel importante en materia de comunicación de los datos. Así, nos indica el art. 11. LOPD que la comunicación de datos a un tercero exige, junto al requisito de “legitimidad” –pues dispone que los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario- el del “consentimiento” del afectado. Y, de nuevo, se prevé que este consentimiento pueda no ser requerido en una serie de circunstancias (autorización por ley, ser datos recogidos de fuentes accesibles al público...). Se prevé además que tal consentimiento será nulo “... cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar”.

Sabido es también que existen determinados supuestos en los que es más restringida la posibilidad de tratamiento de datos. Es el caso de datos especialmente sensibles, y por ello particularmente protegidos, que se contemplan en el art. 7.2 LOPD. Se trata en concreto de los datos personales que revelen la “... ideología, afiliación sindical, religión y creencias”. En tales casos, sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal, también necesario para la cesión.

3. ¿INFORMACIÓN O CONSENTIMIENTO?

Debemos en este momento, a la vista de los planteamientos anteriores, recapitular si en el marco de las relaciones laborales, con carácter general, debe “informarse” a los trabajadores del tratamiento de los datos de carácter personal o si debe haber consentimiento por parte de los trabajadores. Esto es, debemos preguntarnos si cabe acudir a alguna de las excepciones legalmente contempladas en el art. 6.2 para que sea necesario que el trabajador consienta el tratamiento de sus datos o si, por el contrario, tal consentimiento debe darse indefectiblemente.

Esta pregunta es muy pertinente, no sólo por lo polémico del asunto en sí, sino por el hecho, creciente, de las “cláusulas de datos” en los contratos laborales, las cuales también han sido sometidas al análisis de los Tribunales en ocasiones, y a ello precisamente se dedicará el siguiente apartado. ¿Son realmente necesarias? ¿Basta la información? ¿Cuáles podrían ser las respuestas del empresario ante una eventual negativa del trabajador?¹⁸

Para abordar este tema se hace indispensable partir de la Sentencia del TC 39/2016, de 26 de marzo. En la misma, a propósito precisamente de una captura de datos de imagen de un trabajador que acabó en su despido –tema este que más específicamente se tratará en un apartado posterior- afirmaba que:

“En el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, por tanto, como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes”.

Incide además en que la excepción a la exigencia de consentimiento consta igualmente en el art. 10.3 b) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD), según el cual los datos de carácter personal podrán tratarse sin necesidad del consentimiento del interesado cuando “se recaben por el responsable del tratamiento con ocasión de la celebración de un contrato o precontrato o de la existencia de una relación negocial, laboral o administrativa de la que sea parte el afectado y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”.

Afirma con rotundidad el TC que:

“... un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada, pues está dirigido al cumplimiento de la misma. Por el contrario, el consentimiento de los

¹⁸ Vd., E.M. BLÁZQUEZ AGUADO, “La implantación de un protocolo de videovigilancia en el centro de trabajo”, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, núm.43/2017, p. 12.

trabajadores afectados si será necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato”.

Así, para el Alto Tribunal, el deber que de verdad pesa sobre el empresario no es otro que el de información, en tanto que “este deber permite al afectado ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y conocer la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, del representante (art. 5 LOPD)”¹⁹.

Añade el TC que “En todo caso, el incumplimiento del deber de requerir el consentimiento del afectado para el tratamiento de datos o del deber de información previa sólo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada”, citando a su vez otra Sentencia anterior del propio Tribunal -la STC 292/2000, FJ 11- para recordar que el derecho a la protección de datos no es ilimitado, por lo que debe ser coherente con los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución.

Destaquemos en este punto que la no exigencia de consentimiento en determinados supuestos tiene también repercusión en otro de los principios de la protección de datos, el denominado por el art. 4 LOPD, calidad de los datos. El art. 4.1 LOPD establece que “los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”. Por lo tanto, sólo cuando la finalidad del tratamiento de datos no sea el mantenimiento, desarrollo y control de la relación contractual se es preciso el consentimiento del afectado.

Por ello, aunque no se requiere el consentimiento expreso de los trabajadores para adoptar esta medida de vigilancia que implica el tratamiento

¹⁹ Se ha visto en ello contradicción con la tesis previa del propio Tribunal Constitucional. De hecho, esta Sentencia cuenta con un voto particular, más partidario de la doctrina representada por las SSTC 29/2013, de 11 de febrero de 2013 (STC 2013, 29), 98/2000 de 10 de abril (RTC 2000, 98) y 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000, 186). Vd. al respecto, entre otros, H. MONZON PÉREZ, “El deber de protección de datos personales» de los trabajadores y su transgresión., en Revista de Información Laboral, n. 2/2017. Y también, considerando críticamente esta Sentencia, véase C. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «Control empresarial de la actividad laboral, videovigilancia y deber informativo. A propósito de la STC de 3 de marzo de 2016» en Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 5/2016. Imprescindible también resulta en este sentido, para determinar la trayectoria previa del TC, examinar la obra de Casas Baamonde, M.^a Emilia, «El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en 20 años de protección de datos en España, Madrid (AEPD) 2015, pp. 91-126.

de datos, persiste el deber de información del art. 5 LOPD. Sin perjuicio de las eventuales sanciones legales que pudieran derivar, concluye el Tribunal que “para que el incumplimiento de este deber por parte del empresario implique una vulneración del art. 18.4 CE exige valorar la observancia o no del principio de proporcionalidad”.

Se requeriría por lo tanto, sólo, “información”. Pero, es más, incluso la misma sería eludible en ciertos términos, a la vista de la excepción contemplada en el art. 5.3 LOPD.

Es oportuno citar, al respecto, la Sentencia del TS (Sala de lo CA) de 2 de julio de 2007 (RJ 2007/6598) y que recientemente ha sido sacada a la luz en un brillante artículo de los profesores GARCIA PERROTE Y MERCADER²⁰, a propósito de los requisitos en materia de protección de datos cuando se trata de datos biométricos de los trabajadores, cuestión sobre la que, por cierto, se volverá más adelante.

Se destaca en esa Sentencia que, aunque es cierto que el art. 5.1. LOPD determina que los interesados a los que se soliciten datos personales deben ser, al menos, informados con carácter “...expreso, preciso e inequívoco” de distintas cuestiones relativas al fichero que se va a generar, dispone el mismo art. 5, en su núm. 3 que sólo será necesario informar de la identidad y dirección de los responsables de tratamiento, así como de la propia existencia del fichero y de su fin “... si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban”. En el caso contemplado por la Sentencia en cuestión, se aprecia que la información sí se dio al trabajador -aun verbalmente, se ha de entender- por el mero hecho de que, al tomársele con infrarrojos la huella digital se le debería haber indicado en buena lógica su fin. Y en cuanto al responsable del fichero, si bien no se entra en detalle, parece que es un dato que se pasa por alto ante su obviedad, o porque probablemente le constaba al trabajador. Lo cierto es que, a pesar de no haber habido una información documentada convenientemente, el Tribunal entiende que se actuó correctamente por parte de la empresa y concluye que no procede sanción contra la misma.

Lo cual, como ya se hizo notar, deja la puerta abierta a que incluso pueda omitirse en la gran mayoría de los casos el deber de información a los trabajadores del tratamiento que van a sufrir sus datos personales. No es que sea algo precisamente recomendable o una regla a seguir por los empresarios, pero lo que nos indica esta Sentencia es que ese camino está abierto y que no

²⁰ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. R., MERCADER UGUINA, “El control biométrico de los trabajadores”, Revista de Información Laboral num.3/2017 (BIB 2017\1102).

puede presumirse que la falta de información aludida sea directamente un hecho sancionable.

No parece, por lo demás que el Reglamento Europeo vaya a cambiar este estado de cosas, puesto que el mismo, en su art. 6, requiere que, para que el tratamiento de datos sea legal, que el interesado dé su consentimiento al mismo (art. 6.1.a), pero no es menos cierto que también admite que el tratamiento de datos sea "... necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales" (art. 6.1.b), entre otras excepciones²¹.

Sea entendido todo lo demás, por supuesto, con excepción de los "datos especialmente protegidos" del art. 7 LOPD (ideología, creencias, origen...), para los que no hay que obviar el consentimiento en modo alguno²².

4. ¿ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO PARA MOSTRAR LA IMAGEN EN "VIDEOLLAMADAS"? ¿PUEDE ÉSTE DARSE AL INGRESO EN EL TRABAJO Y CON CARÁCTER GENERAL? LA SENTENCIA DE LA AN DE 15 DE JUNIO DE 2017 (REC. 137/2017) (CASO UNISONO)

En una reciente decisión, la AN ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cuestiones críticas en la prestación del consentimiento en materia de protección

²¹ Aunque algún autor pretende averiguar en este Reglamento un cambio a favor de exigir siempre el consentimiento expreso. Así, E. BLÁZQUEZ, *op. cit.*, pág. 13, que no entiende que pueda justificarse la falta de consentimiento expreso en la necesidad de ejecución de un contrato en el que es parte el interesado.

²² Vd. AEPD, Guía... pags. 12 y 13: "Se trata de datos que bien por su naturaleza religiosa o ideológica, bien por pertenecer al núcleo más íntimo de la persona resultan merecedores de una especial protección. Lo que obliga a disponer de procedimientos que garanticen: Una adecuada información en la recogida de los datos ya que aquí se acentúa la importancia del cumplimiento de este deber. «En consecuencia, la posibilidad de admitir un consentimiento expreso que no conste por escrito para el tratamiento de los datos de salud, se encuentra condicionada a que pueda acreditarse que es una manifestación de voluntad libre, inequívoca y específica, que se presta una vez que se ha tenido conocimiento de una concreta información entre la que, necesariamente, ha de constar la finalidad determinada, explícita y legítima del tratamiento que se va a realizar sobre los datos personales del afectado. Lógicamente, la concurrencia de los extremos expuestos deberá constatar-se en cada caso concreto. (PS/00029/2004 PS/00525/2007)». Antes de recabar este tipo de datos es necesario analizar la proporcionalidad del tratamiento y la legitimación para el mismo. Ej. Como más adelante se examina, para la adaptación de un puesto de trabajo es posible que deban conocerse algunos datos de salud, o que estos se deduzcan de la adaptación propuesta. Pero ello no legitima al empresario para incorporar y tratar los datos de salud en sus sistemas de información salvo que cuente con un servicio de prevención de riesgos laborales propio o un servicio médico de empresa. En estos últimos casos se gestionarán historias clínicas."

de datos de ámbito jurídico-laboral. Nos referimos concretamente a la Sentencia de la AN de 15/6/2017 (Rec. 137/2017, Caso Unisono). Por el interés del tema tratado, así como por ser reciente, es buen punto de reflexión y por ello debe ser tratada, a pesar de que a buen seguro tal Sentencia está siendo objeto de recurso, no habiéndose en todo caso pronunciado el Tribunal Supremo al respecto.

La cuestión planteada se centra en el consentimiento prestado por los trabajadores ante el eventual uso de la herramienta de videollamada dentro del sistema informático y de comunicación de la empresa con los usuarios. “Unisono” es una empresa que presta servicios telemáticos, y en concreto, el de venta y atención telefónica en interés de terceras empresas, que incluye trato directo por el público a través del teléfono principalmente.

Unisono, al incorporar a los trabajadores, les invitaba a firmar una cláusula en el contrato de trabajo de este tenor:

«El trabajador consiente expresamente, conforme a la LO 1/1982, de 5 de mayo, RD 1720/2007 de Protección de Datos de carácter personal y Ley Orgánica 3/1985 de 29 de mayo, a la cesión de su imagen, tomada mediante cámara web o cualquier otro medio, siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de telemarketing y cumplir, por tanto, con el objeto del presente contrato y los requerimientos del contrato mercantil del cliente”.

La finalidad que perseguía dicha cláusula era precisamente la de amparar jurídicamente el hecho de que, eventualmente, los empleados tuviesen que prestar su imagen ante una webcam cuando la interlocución con el cliente así lo requiriese. Estaba claro –así se destaca también en la sentencia- que no se trataba de cubrir con esta cláusula la aparición de la imagen con fines promocionales (para lo que sí se solicitaría un consentimiento específico), sino únicamente cubrir esa posibilidad que en realidad afectaba a sólo unos 15 trabajadores frente a los aproximadamente 6.000 con los que contaba la empresa.

Advirtamos que, aunque la cláusula en cuestión alude tanto a la cesión de la imagen del trabajador (en tanto que menciona la Ley Orgánica 1/1982), como a los datos de carácter personal (en tanto que cita expresamente el R.D. 1720/2008 Reglamento de la Ley de protección de datos), la Sentencia que comentamos examina el caso, principalmente, desde la perspectiva del consentimiento y tratamiento de datos contenida en la normativa específica en materia de datos.

La Sentencia concluyó que esa cláusula debía considerarse nula. Razona al respecto que:

“A lo que exclusivamente nos oponemos es que en el contrato de trabajo se haga constar -como específica cláusula/tipo- que el trabajador presta su «voluntario» consentimiento a aportar los referidos datos personales y a

que la empresa los utilice en los términos que el contrato relata, siendo así que el trabajador es la parte más débil del contrato y ha de excluirse la posibilidad de que esa debilidad contractual pueda viciar su consentimiento a una previsión negocial referida a un derecho fundamental”.

Concluye esta Sentencia, así pues, que en un momento inicial del contrato de trabajo sobre todo, el consentimiento prestado por el trabajador no tiene, de hecho, una validez asegurada. Ese consentimiento puede no ser sincero –de hecho, en la Sentencia parece asegurarse que así fue- porque siendo el trabajador la parte débil del contrato, el mismo no tiene otra alternativa que dar ese consentimiento, mucho menos cuando se presta al inicio de su relación jurídica con la empresa.

Otra cuestión esencial y que así es valorada por la Sentencia es que se considera poco razonable que se pida de manera genérica a todos los trabajadores el consentimiento para atender videollamadas cuando sólo una pequeña parte de los trabajadores va a prestar efectivamente ese servicio que implica contacto visual con los clientes. Así, entiende que resultaría más adecuado y más acorde a la proporcionalidad que requiere la limitación del derecho fundamental, el hecho de que se pidiese ese consentimiento sólo a los trabajadores que fuesen destinados a ese minoritario servicio y precisamente cuando se aproximara ese momento. Desaprueba por lo tanto el Tribunal que sea factible manifestar tal consentimiento de manera indiferenciada por todos los trabajadores y justo además en el momento de inicio del contrato de trabajo.

Esta Sentencia, pues, con independencia de que sea confirmada o revocada por una decisión posterior del TS, nos plantea varios puntos de reflexión interesantes y que deben ser abordados:

-El primero es –de nuevo- el de la naturaleza realmente libre del consentimiento cuando éste es prestado por el trabajador. Apunta la AN que el consentimiento puede no ser jurídicamente aceptable, generándose así un incumplimiento de la normativa sobre protección de datos, por el mero hecho de la debilidad objetiva del trabajador como parte negociadora, sin necesidad por lo tanto de acreditar tan siquiera vicio de la voluntad en un caso concreto. Reprodúzcamos por ello precisamente el texto específico de la Sentencia donde se formula tal observación:

“A lo que exclusivamente nos oponemos es que en el contrato de trabajo se haga constar -como específica cláusula/tipo- que el trabajador presta su «voluntario» consentimiento a aportar los referidos datos personales y a que la empresa los utilice en los términos que el contrato relata, siendo así que el trabajador es la parte más débil del contrato y ha de excluirse la posibilidad de que esa debilidad contractual pueda viciar su consentimiento a una previsión negocial referida a un derecho fundamental, y que dadas las

circunstancias -se trata del momento de acceso a un bien escaso como es el empleo- bien puede entenderse que el consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario”.

Invoca para ello distintas Sentencias del Tribunal Supremo si bien reconoce que las mismas están referidas a “cláusulas de temporalidad” insertas en contratos de trabajo.

Este razonamiento está en línea con el habitual recelo con el que es observada la autonomía individual en el ámbito laboral, particularmente desde las resoluciones judiciales. Y no hay que abundar mucho para cuestionar hasta qué punto la aceptación por un trabajador medio de las condiciones laborales que le vienen marcadas desde la empresa se aceptan de una manera genuina o si son realmente impuestos.

Sin embargo, ¿es realmente exportable esa desconfianza al ámbito de la protección de datos? Y aún más, ¿es en el ámbito jurídico-laboral donde únicamente se produce esa desventaja del individuo frente a la empresa/institución en materia de datos? Pensemos en que el consentimiento en materia de datos se pide, en la casi totalidad de las ocasiones, por instituciones o empresas en las cuales la alternativa a no prestar el consentimiento puede ser realmente frustrante para el usuario: en general, la alternativa será la denegación del servicio solicitado; sea una línea de teléfono móvil, una cuenta bancaria, una tarjeta de crédito o una compra on-line. Es decir, la alternativa a no prestar el consentimiento cuando éste sea necesario en materia de tratamiento de los datos personales no es otra que la de no recibir el servicio (el equivalente en el ámbito laboral sería: no obtener el trabajo ofertado). Por lo demás, las “cláusulas de datos” son redactadas siempre por el empresario o institución en cuestión, sin que el cliente o usuario tenga ninguna opción en relación a la modificación de su contenido.

Se hace esta reflexión únicamente para poner de relieve las consecuencias tan significativas y graves que tendría aceptar con carácter general este planteamiento de la AN en relación al consentimiento en materia de tratamiento de datos: si se entiende que la situación intrínseca de sumisión en la que se encuentra estructuralmente el trabajador (y no el engaño, el abuso o el dolo en una determinada ocasión) a la hora de acceder a un empleo es susceptible de viciar en términos materiales el consentimiento para el tratamiento de los datos, las consecuencias sobre la invalidez del consentimiento podrían extenderse de forma ilimitada.

-El segundo es que pedir un consentimiento demasiado amplio en materia de datos en relación a los datos que posiblemente vayan a ser objeto de tratamiento se debe tener como una práctica rayana al fraude, en tanto que supone un exceso respecto de los derechos personales en juego. Se indica que debe pedirse el

consentimiento según vaya a ser necesario el tratamiento de datos de acuerdo con la modificación del puesto de trabajo o con la posible modificación funcional del trabajador. En concreto, no se debe pedir un consentimiento para datos –como en este caso, los relativos a la imagen del trabajador- que no vaya a ser tratado. Debe pedirse ese consentimiento para cada contrato que exija desvelar el físico de cada trabajador. Así lo razona la Sentencia de la AN:

“Consiguientemente, cuando la empresa destine a sus trabajadores a la realización de servicios de video llamada, porque lo requiera así el contrato mercantil con el cliente, deberá solicitar, en ese momento, el consentimiento del trabajador, que deberá ajustarse de manera precisa y clara a los requerimientos de cada contrato, sin que sea admisible la utilización de cláusulas tipo de contenido genérico, que no vayan asociadas a servicios concretos, requeridos por contratos específicos, por cuanto dicha generalización deja sin contenido real el derecho a la propia imagen de los trabajadores, que queda anulado en la práctica, aunque se diera consentimiento genérico al formalizar el contrato”.

Desde esa perspectiva, según ya se ha indicado, habría que ir pidiendo a los trabajadores consentimiento de tratamiento de datos no de un modo genérico y al inicio de la relación laboral, sino por etapas, ajustando la petición de consentimiento a las específicas necesidades de tratamiento. El Tribunal observa que en este caso, al tratarse de datos concernientes a la imagen, que sólo afectaba a una cantidad muy poco significativa de trabajadores, no era proporcionado pedir ese consentimiento indiscriminadamente a todos los teleoperadores, como al parecer así sucedía.

El propósito de esta tesis es desde luego muy cabal, pero la misma no está exenta de inconvenientes:

-El primero es que la Ley no exige tal requisito. La norma requiere que el consentimiento sea informado y libre y, sobre todo, inequívoco. Recordemos que el art. 12.2 RLOPD dispone que el interesado “...deberá ser informado de forma que conozca inequívocamente la finalidad a la que se destinarán los datos respecto de cuya comunicación se solicita el consentimiento y el tipo de actividad desarrollada por el cesionario” disponiendo que “en caso contrario, el consentimiento será nulo”. Esto es, se reserva la declaración de nulidad a aquellos supuestos en los que falle la información previa al interesado -sin perjuicio, naturalmente, que sean aplicables al caso las causas de nulidad derivadas de la teoría general del Derecho de obligaciones- pero, sobre todo, no se impide que el consentimiento pueda ser dado para eventuales situaciones posteriores que surjan en la relación con la entidad o persona que precisa el consentimiento para su tratamiento. Siempre, claro está, que no se trate de eventualidades claramente inconexas del factor que promovió que prestara originariamente el consentimiento.

Por lo demás, el art. 3. H) LOPD, a la hora de especificar los requisitos de la manifestación de voluntad que exprese el consentimiento que hay que dar, la voluntad tiene que ser “libre, inequívoca, específica e informada”. ¿Cuál es el elemento que faltaría en el asunto contemplado por la AN en esta Sentencia? ¿Por qué? No olvidemos que el procedimiento en el que se emite esta doctrina es un conflicto colectivo en el que el sindicato demandante argumenta el carácter ilícito en sí de la cláusula, de manera apriorística, pero no se llega a alegar de qué manera algún trabajador puede haber visto singularmente perturbada su libertad a la hora de suscribir su consentimiento.

Desde esta perspectiva, esta exigencia adicional que formula la AN consistente en que el consentimiento sea escalonado o adecuado a las distintas situaciones que puedan surgir, puede ser razonable, e incluso una atinada propuesta *de lege ferenda*. Pero resulta más que cuestionable que, con la vigente ley en la mano, pueda exigirse ello bajo sanción de nulidad.

-El segundo se refiere a si la alternativa que sugiere el Tribunal realmente es capaz de superar los inconvenientes que observa en ese consentimiento anticipado y más genérico. Y las dudas vienen porque, si el punto de partida es que el consentimiento del trabajador no es muy creíble, al estar en un lugar de debilidad en su relación contractual, esa situación va a persistir también al momento de ser pedido un nuevo consentimiento. Presumir que al principio de la relación el trabajador es más débil que en ese segundo momento es algo que puede ser verdad o puede no serlo, dependiendo de cada caso. Habrá, por ejemplo, algún trabajador que en las condiciones de negociación de su contrato se atreva a incluir una mayor restricción en el tratamiento de sus datos, dentro de las condiciones generales de incorporación a la empresa, y habrá quien lo prefiera hacer de otra manera y habrá a quien le sea indiferente. Pero presumir con carácter apriorístico que al principio de la relación laboral el trabajador firma “cualquier cosa” para no perturbar que le den su trabajo, y que después no lo haría, es algo que todo lo más podría ser cierto por aproximación, de manera intuitiva o estadística, pero que no se puede elevar a categoría jurídica. Pero, es más, si aceptamos ese razonamiento, cualquier consentimiento habría de darse por viciado, y por lo tanto por inútil, tanto si se refiere a eventos futuribles y de dudosa ocurrencia, como si se refiere a otros inmediatos.

El argumento que más sólidamente podría haber sido expuesto por la Sentencia, se habría de referir a valorar si concurren en este caso los elementos del consentimiento para desplegar sus efectos, pero eso no se ha hecho así ya que, como se ha recordado, se trata de una Sentencia de conflicto colectivo, en la que por tanto se ha prescindido de las peculiaridades de casos concretos.

-El tercero es que la ley prevé algo que, aunque la Sentencia recoge, parece haber quedado fuera de su razonamiento: El consentimiento puede ser revocado

en cualquier momento. Así nos lo recuerda el art. 6.3 LOPD cuando afirma que “El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos”.

En muy buena medida, esa previsión legal permite que los abusos que se hubieran constatado a la hora de haber solicitado el consentimiento, puedan ser redimidos con una revocación. Poca mejor “justa causa” para la revocación puede ser la de entender que no se debe extender a aspectos que no quedaron suficientemente claros a la hora de dar el consentimiento, la falta de libertad subjetiva al suscribir el compromiso o bien la existencia de cualquier circunstancia sobrevenida que haga razonable tal revocación.

-Por último, destaquemos que un aspecto muy llamativo de esta Sentencia es que entra en el análisis de la demanda de conflicto colectivo, esto es, en la adecuación a Derecho de la cláusula de datos, obviando el tema de que podría haber supuesto enfocar el asunto de una manera muy distinta: ¿es preciso realmente prestar el consentimiento al tratamiento de datos en un supuesto como el presente?

A la vista de la Sentencia del TC mencionada en el epígrafe anterior, no lo parece. Pero ese es un tema que, quizás por no haberse planteado adecuadamente en el proceso, no fue considerado en la Sentencia, que siguió la pauta lógica de la petición formulada en el conflicto colectivo –la declaración de antijuridicidad de una cláusula determinada- sin entrar a considerar si ese consentimiento era en realidad necesario para el correspondiente tratamiento de los datos.

Tampoco puede obviarse que, en el caso, junto al consentimiento en materia de datos puede estar también implicado el derecho a la protección de la propia imagen, invocándose también el mismo en el proceso, por lo que podría estar también bajo consideración el art. 2.1.de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, precepto según el cual “La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. Dos. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su *consentimiento expreso*”.

Este aspecto, curiosamente, no ha sido prácticamente tenido en cuenta por la Sentencia, si bien cita a esta Ley en algún momento, no la tiene en cuenta a la hora de emitir sus razonamientos. Así, se ha centrado de hecho, de forma exclusiva, en la aplicación de la normativa de datos. Esta perspectiva, de haberse considerado con mayor profundidad, nos hubiese llevado a otro escenario y a otra serie de

cuestiones incluso previas a la del tratamiento de datos: ¿Debe considerarse la aparición en pantalla ante un cliente como un hecho que atente, en sí mismo, a la propia imagen, y que por tanto deba ser requerido de consentimiento previo?

Cuestión ésta que se sale en cierto modo del objeto de este estudio pero en relación al que se pueden exponer ahora algunos planteamientos básicos:

No parece que fuese directamente aplicable a este supuesto la doctrina del TC construida a partir de su Sentencia 99/1994, de 11 de abril, sobre “el cortador de jamón”, en tanto que la misma dirimía la legitimidad de incluir fotografías del empleado en un medio impreso con fin publicitario.

Por el contrario, en el caso presente, lo que se dirime es la aparición de un empleado a través de una conversación donde, eventualmente, mostrara su cara (“videochat” de cualquier tipo, aplicaciones estándar como Skype o Facetime...) no implica la apropiación ni divulgación de su imagen (pues divulgar una imagen es distinto que meramente ser observado, siquiera por vía telemática, por el único interlocutor que tiene el interesado en cada momento). Más propiamente son medios de comunicación instantánea, que no presuponen una grabación ni almacenamiento de las imágenes. Por lo tanto, ni siquiera constituye un almacenamiento de las mismas en una base de datos.

A lo sumo, es algo parecido a una conversación telefónica (sólo que con imagen, que a su vez no es almacenada en ninguna base de datos): en una videoconferencia estamos prestando la imagen, al igual que no estamos prestando la voz en una llamada de teléfono de voz.

Es cierto que esa imagen implica que el empleado sea visto por el cliente: ¿Pero no sucede lo mismo en cualquier trabajo que exige interacción con el público? En todos ellos el empleado muestra su cara –y presta su voz- a esa interacción; así como en relación a sus compañeros de trabajo, con los que se relaciona constantemente. ¿Exige ello un consentimiento especial en relación a la normativa de datos?

Es cierto también que sería susceptible de almacenamiento: Pero no por sí mismo. Esto es, las aplicaciones informáticas en cuestión utilizadas no están directamente orientadas a la grabación. Son comunicaciones instantáneas que, en sí mismas, no se orientan a la grabación. No se descarta que puede haber utilidades que las graben de alguna manera, pero eso es algo extraordinario y excepcional, sólo para el caso de que algún cliente haga algo indebido. En ese caso, la empresa no se lo facilitaría y sería sólo fruto de las “malas artes” del cliente en cuestión. Ante eso, baste oponer una cláusula contractual en el contrato a suscribir con el cliente, sobre la prohibición de estas grabaciones y, además, adecuar los elementos técnicos de la aplicación para evitar la grabación.

Si el cliente, burlando tales prohibiciones y obstáculos tecnológicos logra grabarlo, entonces no sería ya un problema de cesión o de consentimiento, sino un tema de mera ilegalidad y fraude del propio cliente. Algo parecido a que entrase en un establecimiento físico y grabase ilegalmente a los demás clientes y al personal.

Desde esta perspectiva, la carencia de esta Sentencia es confundir la mera visualización con la grabación y almacenamiento de datos, que son conceptos distintos. Error no solamente imputable a ella, dicho sea de paso, sino a las propias partes litigantes, en tanto que la propia empresa obligaba a una dudosa “cesión de la imagen” del trabajador que en realidad no lo era: ni se “cedía” la imagen en sentido real, ni tampoco se constituía sobre ella una base de datos, en tanto que no se realizaban registros de las mismas. O, acaso, sí (por motivos de control de calidad o para grabar el eventual compromiso contractual del cliente), pero no era sobre ello sobre lo que se pedía el consentimiento, sino que únicamente se orientaba a una “cesión de imagen” que no parece que fuese tal.

En resumen, debe entenderse que la mera aparición virtual “cara a cara”, siempre al menos que no implique grabación y almacenamiento de esos encuentros, no debe considerarse ni como una cesión de imagen ni de datos cuyo almacenamiento requiera consentimiento (ni siquiera información).

Distinto sería el caso si esas charlas cara a cara virtuales fueran registradas y almacenadas. En tal caso, se trataría de elaborar una base de datos que contuviera, además de voz, imágenes, y entonces sí que habría que cumplir las obligaciones derivadas de la ley, pero ello, como se ha indicado, no es el objeto de debate en este litigio.

5. CONSENTIMIENTO Y DATOS BIOMÉTRICOS DE LOS TRABAJADORES

Unas últimas líneas para hacer referencia a las bases de datos constituidas por los datos biométricos de los trabajadores.

La adquisición de los mismos –básicamente, las huellas dactilares- se hace cada vez más frecuente no ya como registros de presencia (“picar”), si bien también puede tener ese uso, sino sobre todo como vía de superar controles de acceso: barreras, cerraduras, zonas restringidas...

Es obvio que el registro de los mismos constituye la creación de una base de datos.

La pregunta sería si para ello es necesario el consentimiento o por el contrario bastaría la mera “información”, a la vista de los argumentos expresados páginas atrás.

Cuestión ésta que va ganando actualidad y que fue abordado extensamente en la ya mencionada Sentencia del TS (Sala de lo CA) de 2 de julio de 2007 (RJ 2007/6598) y que mereció brillantes reflexiones de GARCÍA PERROTE Y MERCADER²³. Tras su examen, concluyen que las bases de datos basadas en datos biométricos como éste, no exige previo consentimiento según indica el Tribunal, en tesis por cierto, bastante seguida por otros Tribunales Superiores de Justicia, sin que quepa hallar ninguna sentencia discrepante.

Se considera no sólo que se trata de un sistema plenamente aceptable (de control de horario, para el caso, y –añadimos- sin duda extrapolable a la apertura de accesos). Así, indica el TS que no se trata de un sistema lesivo para la integridad, ni es una injerencia ilegítima, ni ocasiona un resultado perjudicial para el empleado. La finalidad apuntada por el empresario –el control horario, como se ha indicado- es legítima.

Por lo tanto, no hace falta consentimiento –art. 6.2 LOPD- y, por supuesto, está plenamente justificado y es proporcional, en atención al fin perseguido, además de no resultar incompatible con la dignidad del trabajador.

Debe subrayarse además que se concluye que tampoco hace falta ejercer una información específica y detallada de este hecho, dadas las características del caso.

En efecto, aunque es cierto que el art. 5.1. LOPD determina que los interesados a los que se soliciten datos personales deben ser informados con carácter “...expreso, preciso e inequívoco” de distintas cuestiones relativas al fichero que se va a generar, dispone el mismo art. 5, en su núm. 3 que sólo será necesario informar de la identidad y dirección de los responsables de tratamiento, así como de la propia existencia del fichero y de su fin “... si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban”.

Obviamente, la información se le dio al trabajador (aun verbalmente) por el mero hecho de que, al tomársele con infrarrojos la huella digital se le indicó su fin, y en cuanto al responsable del fichero, si bien no se entra en detalle, parece que es un dato que se pasa por alto, también ante su obviedad.

Llegados a este punto, es pertinente verificar si existe alguna contradicción entre estas conclusiones y lo dispuesto en el Reglamento Europeo 2016/679.

Al respecto, e invocando también el estudio de GARCIA PERROTE Y MERCADER²⁴, hay que alcanzar una respuesta negativa. Es cierto que este Re-

²³ Vd. Nota 20.

²⁴ Ob. Cit., Pág 7

glamento ha incluido los datos dactiloscópicos entre los sujetos a una especial protección. Pero, igualmente, hay que reparar en que el art. 9.2.b) indica que tal regla no resulta aplicable en los supuestos de que el tratamiento del dato en cuestión sea necesario “... Para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo....” Siempre dentro del necesario respeto a los derechos fundamentales.

6. REFLEXIONES FINALES

Estas líneas no han tenido otro propósito que el de revisar sólo algunas de las cuestiones clave del tratamiento de datos de los trabajadores en las circunstancias actuales, particularmente a la vista del nuevo Reglamento Europeo que muy pronto será ya de inexcusable vigencia.

En tal sentido, no se puede sino reconocer la enorme dificultad que tiene, en el mundo actual, preservar la privacidad, y con ella los datos personales. Lo que no exime –al contrario– del permanente esfuerzo de protegerlos, y no a otra cosa se endereza el nuevo Reglamento Europeo. No sabemos si con un empeño digno de mejor causa, pero lo cierto es que el legislador no puede abdicar de ese constante propósito, pues el mismo está en el propio núcleo de los derechos fundamentales.

Se ha querido igualmente destacar que en el ámbito de las relaciones laborales, la regla por defecto en materia de tratamiento de datos es la de “información”, más que el consentimiento del afectado.

Obviamente, los datos especialmente sensibles o protegidos (ideología, afiliación sindical, creencias...) no pueden sino estar sujetos a la más alta protección al respecto, y por escrito según indica el art. 7.2 LOPD, y por lo tanto su tratamiento exige consentimiento previo y escrito del afectado.

La Sentencia del TC 39/2016, en concreto, viene a confirmar que, en el ámbito laboral, el consentimiento se entiende implícito en la relación contractual inherente a la misma, en tanto que el tratamiento de los datos personales sea necesario para el cumplimiento del contrato firmado por las partes. Matiza además que este carácter implícito del consentimiento también se debe entender dado al tratamiento de datos que se dirige al control de la relación laboral.

Merece ser reseñada la Sentencia de la AN de 15 de junio de 2017, en tanto que aborda el consentimiento dado de modo amplio, en relación al tratamiento

de datos relativos a “hechos futuros”. Entiende que el consentimiento en tales casos se ha de considerar ineficaz, declarando nula la cláusula en el marco de un procedimiento de conflicto colectivo.

Sin embargo, se concluye en este estudio que no sería necesario el consentimiento en este caso, sino sólo información a los interesados. Y, además, que no puede considerarse el “videochat” o la videoconferencia con los clientes como un tratamiento de datos.

En cuanto al tratamiento de datos biométricos de los trabajadores, que es un tema de cada vez mayor uso, reactivado como medio de control de presencia en los lugares de trabajo, la jurisprudencia –en la que destacamos la Sentencia del TS (Sala CA) de 2 de julio de 2007- entiende que el tratamiento de los mismos no sólo no precisa consentimiento de parte de los trabajadores, sino que ni siquiera requerirían de información específica, al ser obvio, cuando se le toman esos datos el uso que se le va a dar.

JORNADA LABORAL Y TECNOLOGÍAS DE LA INFO-COMUNICACIÓN: “DESCONEXIÓN DIGITAL”, GARANTÍA DEL DERECHO AL DESCANSO

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

EXTRACTO

Palabras clave: Derecho a la desconexión, trabajo digital, centros de trabajo virtuales, economía de gran demanda

Las innovaciones tecnológicas y organizativas asociadas al mundo digital provocan profundos desafíos al Derecho del Trabajo, entre ellos, la delimitación de las fronteras entre el tiempo de trabajo y el tiempo de no trabajo. En un buen número de países se ha dado el banderín de salida para la regulación de derechos de los trabajadores vinculados a este nuevo mundo del trabajo digital. Uno de estos derechos más célebres es el derecho a la desconexión digital del trabajador fuera de su jornada de trabajo. El primer país en reconocerlo ha sido Francia. Sin embargo, la regulación francesa ni define el contenido de ese presunto derecho ni le atribuye garantías de eficacia. El sentido práctico de ese derecho se reduce a mera libertad del trabajador de no responder a los mensajes profesionales fuera de su jornada.

Por lo tanto, la cuestión jurídica que se plantea en este estudio es la de calificar la desconexión digital no como un derecho nuevo, sino como una garantía de efectividad de un derecho social fundamental clásico, el derecho al descanso. Desde esta perspectiva, el artículo ofrece un amplio catálogo de razones jurídicas para entender que esa garantía ya existe en el Derecho español.

ABSTRACT

Key words: Right to disconnect, digital work, virtual workplace, gig economy

Technological and organizational innovations associated with the digital world create profound challenges to labor law. One of the main problems is the distinction between “working time” and “rest periods”. The global race to civilize digital capitalism is on. In France, the “right to disconnect” –requiring companies of a certain size to negotiate how their employees handle out-of-hours work and availability – came into force on 1 January. However, the French regulation neither defines the content of that alleged right to nor does it attribute warranty of effectiveness. The practical meaning of this right is reduced to mere freedom for the worker not to respond to professional emails out-of-hours work.

Therefore, the legal question that arises in this study is to describe the digital disconnection not as a new right, but as a warranty of the effectiveness of a classic fundamental social right, the right to rest. From this perspective, the article offers a wide catalog of legal reasons to understand that this warranty already exists in Spanish Labor law.

“Los empleados salen físicamente de la oficina, pero no dejan de trabajar. Quedan amarrados por una especie de correa electrónica, como si fueran perros. Los mensajes de texto, los e-mails y demás invaden la vida de los trabajadores”

Benoit Hamon (líder socialista francés)

“Laws protecting workers from employers’ out-of-hours emails ignore the fact that, for many, switching off is not an option”

The Guardian, 27 de febrero de 2017

ÍNDICE:

1. REGULACIÓN Y “ERA DIGITAL”: ¿MODERNIDAD DE LOS DERECHOS PARA UN “NUEVO TIEMPO” O EXCESO DE “ESNOBISMO DE LOS DERECHOS”?
2. AMPLIACIÓN DE FRONTERAS DE LA JORNADA LABORAL POR LA DOBLE INNOVACIÓN TECNOLÓGICA Y ORGANIZATIVA: NUEVAS “ZONAS GRISAS”
 - 2.1. La creciente dilución de las unidades de lugar y tiempo de trabajo en la era digital: de las “unidades físicas” (analógicas) a los “centros virtuales” (digitales)
 - 2.2. La irrupción del problema en la experiencia española: multiplicación de problemas y germen de algunas soluciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria
 - 2.2.1. *Los retos aplicativos de las normas laborales vigentes a la transformación digital de la organización de trabajo: ¿quién decide cómo se reparten los costes?*
 - 2.2.2. *El tiempo de desplazamiento de los trabajadores desde su domicilio particular al lugar de trabajo para los clientes: ¿tiempo de trabajo?*
 - 2.3. La razón protectora (fin), no el formato de la organización (forma), determina el derecho: Una doctrina general en busca de éxito más allá del caso Tyco
 - 2.3.1. *Neutralización jurisprudencial en la práctica de la doctrina Tyco: ¿pura cuestión fáctica vinculada a la constatación del control digital del empleador?*
 - 2.3.2. *Alguna proyección exitosa, explícita e implícita: el accidente de trabajo durante el tiempo de desplazamiento al trabajo se beneficia de la presunción*
3. LA NEONATA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL DERECHO ESPAÑOL: ¿“DERECHO NUEVO” O GARANTÍA DE EFECTIVIDAD DE UN CLÁSICO DERECHO?
 - 3.1. La desconexión digital del trabajador en su “ley de origen”: un derecho inconcreto, incompleto y condicionado a un acuerdo no obligatorio
 - 3.2. El derecho fundamental al descanso efectivo como fuente integradora del contrato: El poder de desconexión digital como garantía aplicable y aplicada en España
 - 3.2.1. *Vincular el tiempo libre del trabajador a la empresa es inconstitucional por reducir la persona a mero factor productivo (STCO 192/20013)*
 - 3.2.2. *La sobrecarga digital extra-laboral como factor de estrés prohibido legalmente: alguna experiencia judicial nacional de garantía de desconexión digital*
4. CONCLUSIONES: ¿“NON NATA” O “NEO NATA” GARANTÍA DESCONEXIÓN DIGITAL EN ESPAÑA?

1. REGULACIÓN Y “ERA DIGITAL”: ¿MODERNIDAD DE LOS DERECHOS PARA UN “NUEVO TIEMPO” O EXCESO DE “ESNOBISMO DE LOS DERECHOS”?

El Artículo 14 del nuevo convenio colectivo de AXA SEGUROS (2017-2020), que está teniendo un descomunal eco mediático, reconoce el célebre -al final de este estudio quizás se acreditará que más bien mítico- “derecho a

la desconexión digital”. Dejando a un lado el texto de profusa retórica sobre el fenómeno de la interconectividad digital y su impacto -pretendido o real- en la dilución en las formas clásicas (“analógicas”) de prestación de servicios laborales, dando por consolidado un escenario de mutaciones que está más bien in fieri, previo como justificación¹, qué dice realmente la cacareada norma convencional:

“Es por ello [por la dilución de las unidades de espacio y tiempo de trabajo a raíz de la interconectividad digital permanente] que las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo”

Expuesto con absoluto fidelidad la letra (transcrita del BOE) de la norma convencional de reconocimiento, por primera vez en España y anunciado con toda la solemnidad que tan noble hito histórico-jurídico precisa, del afamadísimo derecho “de nuevo cuño” prototípico de “un nuevo tiempo de los derechos digitales” ¿en dónde reside el sentido práctico del mismo? ¿Cuál es el conjunto de facultades y garantías que blindar para la defensa efectiva de la posición de autodeterminación que quiere blindar para el trabajador y qué deberes genera en el sujeto empleador para hacer realidad aquéllas? En otros términos ¿si el vigente convenio colectivo de AXA, entidad aseguradora filial de un grupo de matriz francesa, no hubiera sido tan valiente e innovador a la hora de avanzar en la adecuación del obsoleto modelo regulador estatutario a la altura de los tiempos -digitales-, los trabajadores de AXA tendrían la obligación de responder a correos eventualmente enviados por su empleador fuera de la jornada de trabajo? Y si no lo hicieran ¿podrían ser sancionados o perjudicados de algún modo por ello?

No seguiré con las preguntas porque es evidente que todas ellas son retóricas y tienen una fácil respuesta: ni antes de este precepto convencional los trabajadores de AXA estaban obligados a responder necesariamente a los mensajes

¹ El texto que precede al precepto, más que expresión de un sano realismo rimbombante alegato de aceptación de una realidad que parece darse como inexorable, dice lo siguiente: “Los cambios tecnológicos producidos en las últimas décadas han provocado modificaciones estructurales en el ámbito de las relaciones laborales. Es innegable que hoy en día el fenómeno de la “interconectividad digital” está incidiendo en las formas de ejecución del trabajo mudando los escenarios de desenvolvimiento de las ocupaciones laborales hacia entornos externos a las clásicas unidades productivas: empresas, centros y puestos de trabajo.

En este contexto, el lugar de la prestación laboral y el tiempo de trabajo, como típicos elementos configuradores del marco en el que se desempeña la actividad laboral, están diluyéndose en favor de una realidad más compleja en la que impera la conectividad permanente afectando, sin duda, al ámbito personal y familiar de los trabajadores. (...)”

profesionales fuera de la jornada, salvo previsión contractual en contrario, siempre que no fuese desequilibrada, estando protegida su posición por un derecho social hoy fundamental (el derecho a la efectividad del descanso ex art. 31.2 CD-FUE), ni -esto es mucho más inquietante- después de él tienen garantías plenas de no tener que hacerlo, porque el propio precepto prevé “excepciones” a la pretendida garantía que, sin embargo, no delimita. Lluve sobre mojado, porque si se atiende al artículo siguiente, relativo al código de uso de las nuevas tecnologías informáticas, además de atribuirle usos de carácter profesional sólo, siendo el personal excepcional, también contempla limitaciones al uso pactado de los sistemas de control sin el debido acuerdo colectivo. Lo que hace sospechar de la real bonhomía de la empresa al tutelar la autodeterminación digital del trabajador

Pero no es esta otra vertiente -alcance y límites de la hipervigilancia empresarial que deriva- de la transformación digital de nuestro mundo de vida, también y especialmente el del trabajo, el que aquí me ocupa, siendo objeto detenido de estudio en otros trabajos de este monográfico. El objeto fundamental de este ensayo es analizar los desafíos que esa mutación, que la doble innovación tecnológica y organizativa que impulsa la sociedad digital, plantean a la cuestión nodal de delimitar el tiempo de trabajo efectivo, para diferenciarlo del no laboral, en un contexto en el que, como afirma el texto que encabeza el referido art. 14 CC de AXA, las fronteras entre un tiempo de vida, el productivo, y el otro, el reproductivo, se difuminan, por esa conectividad continuada, aunque pueda ser intermitente. Ciertamente, esta temática tiene una complejidad muy superior a la que sintetiza el actual debate sobre el reconocimiento -y, esta vertiente se suele ignorar más, la garantía efectiva- del nuevo derecho, real o pretendido, a la desconexión digital del trabajo en la vida privada. Por lo tanto, analizaremos aquí más de un aspecto de esta compleja, por extensa, intensa, heterogénea y cambiante, problemática².

Ahora bien, pretendemos poner el acento en esta otra dimensión, por entender que, además de ocupar el primer plano del debate -político, social, jurídico-, se desarrolla por unos senderos que, a nuestro juicio, resultan altamente erráticos. Por eso no ha parecido la mejor presentación posible del tipo de análisis que aquí se va a hacer, al menos parcialmente, el dejar constancia de esa pretendida fuente pionera en España de ese no menos pretendido nuevo derecho, desvelando sus inconsistencias y sus contradicciones

² Cfr. García-Perrote, I. -J. Mercader Uguina, J.R. “*El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo)*”. Información Laboral, n. 10/2016. Más crítica Vallecillo Gámez, M.R. “*El derecho a la desconexión: ¿Novedad digital o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?*”, CEF-Trabajo y Seguridad Social, n. 408/2017, pp. 167 y ss.

No es casual que esta empresa sea filial de un grupo de matriz francesa. Muy conocido es que la fortuna, mediática, política y científica, de este debate se debe a la nueva aportación que la cuna de la “primera generación de derechos de la persona”, los derechos de libertad, Francia y su revolución liberal -la de igualdad y fraternidad quedaría pendiente para venideros siglos-, parecería querer hacer a un “nuevo tiempo de los derechos”³, el de los derechos cívicos de la nueva era digital. Fiel a su ancilar esnobismo, la pompa francesa se ha encargado bien de publicitar hasta el paroxismo que el 1 de enero de 2017 entró en vigor uno de los aspectos más llamativos de la reforma laboral francesa de 2016 (Ley 2016-1088, el 8 de agosto, conocida como *Loi Travail* o *Loi El Khomri*)⁴: el reconocimiento -pero sin garantía de efectividad alguna- de un neonato derecho a la “desconexión digital del trabajador” finalizada la jornada laboral (*Droit à la déconnexion*), como su medida estrella para la adaptación de la norma laboral a las demandas de un mercado marcado por un nuevo entorno digital. ¿Qué dice la norma gala para ser tan célebre y anhelada en otros países europeos? ¿Su texto ofrecerá más garantías que el visto emulador convencional patrio de la empresa AXA para congratularse mundialmente del amanecer de un nuevo derecho a la altura del desafío digital que tanto fascina como amenaza?

Lo veremos en su momento. Por lo esbozado en estas páginas introductorias se intuye cuál es mi valoración jurídica (técnica y de política jurídica). Pero retrasaré clarificarla -pongamos algo de suspense-, aplazando mi ensayo de racionalización jurídica y búsqueda de un auténtico sentido práctico a este imperativo -cierto⁵- de efectividad del derecho social al descanso de todo trabajador frente al exceso de conectividad laboral que crea el mundo de lo digital. Antes conviene realizar un repaso, ilustrativo, pero sucinto, de algunos problemas que provoca esta interacción entre las “tecnologías de la Info-comunicación” (TIC) y

³ Por evocar la magistral obra de N. Bobbio. *El tiempo de los derechos*. Editorial Sistema. 1991. De especial interés sus reflexiones sobre la “función ideológica del lenguaje de los derechos”, p. 22.

⁴ Vid. Ray J.-E., «*Grande accélération et droit à la déconnexion*», *Droit social*, 2016; Loïc, L. : “*Le Droit à la déconnexion “à la française”*”, www.cielolaboral.com;

⁵ Más de 6 de cada 10 trabajadores declaran usar los dispositivos informáticos para continuar con sus quehaceres laborales fuera de la jornada, sintiendo auténtica “presión laboral digital” en los periodos de descanso 4 de cada 10. Cfr. *Estudio de la consultora de recursos humanos Randstad, 2016*. Las cifras varían de unos Estudios a otros, con alguna rebaja importante de porcentajes (vid. Encuesta de satisfacción Laboral elaborada por la empresa Ipsos-Edenred, 2016). Pero en todos ellos queda claro estadísticamente la existencia de un factor de “sobrecarga digital” en los trabajadores (los franceses, de nuevo más con ánimo expresivo que acierto, lo llaman “obesidad digital”). Será esta constatación, no sólo cualitativa sino cualitativa, la que lleve a realizar un Informe específico que sirvió de base a la Ley finalmente aprobada. Vid. Informe M. Bruno Mettling. “*Transformation numérique et vie au travail*”. En <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf>

los modos de determinación y cómputo de la jornada laboral. La mutación digital grisea las fronteras, otrora más claras, entre los tiempos de trabajo estrictamente productivo (bajo la dependencia del empleador y orientados a los resultados de productividad debidos) y los reproductivos (bajo el poder de autodeterminación de la persona del trabajador para asuntos propios).

2. AMPLIACIÓN DE FRONTERAS DE LA JORNADA LABORAL POR LA DOBLE INNOVACIÓN TECNOLÓGICA Y ORGANIZATIVA: NUEVAS “ZONAS GRISES”

2.1. La creciente dilución de las unidades de lugar y tiempo de trabajo en la era digital: de las “unidades físicas” (analógicas) a los “centros virtuales” (digitales)

A estas alturas, es innegable que la digitalización de la economía (empresas) y de la sociedad (relaciones sociales) en el mundo más “desarrollado” es un proceso imparable y que se desenvuelve a velocidades de vértigo, con sus incuestionables beneficios (ventajas respecto del pasado) y sus manifiestos inconvenientes (perjuicios y riesgos). De ahí que sume tanta fascinación como temores, lo que, por otro lado, ha sido una constante en la evolución humana, pues la búsqueda continua de innovación es tan recurrente como el miedo que provoca sus cambios en los hábitos de vida de una sociedad inclinada a garantizar la seguridad (disponible y conocido ahora) frente al riesgo (la incierta oportunidad de mejora por conocer). Un breve repaso por los anales de los mejores estudios de la doctrina jurídico-laboral pondría de relieve que este tópico del impacto de las “nuevas tecnologías de la información” en las relaciones laborales, que tanto furor tiene hoy, ocupando miles y miles de páginas de todas las Revistas especializadas (incluido -oportunamente- este monográfico-), cuenta en nuestro país, cuando menos, con 30 años de historia⁶.

⁶ Vid. E. Borrajo Dacruz. “*El impacto de las nuevas tecnologías y medios informáticos en la relación de trabajo*”, AEDIPE, 1984, págs. 32 y ss. Proliferando a partir de esas fechas los estudios doctrinales, ocupando gran relieve en cada década posterior. Entre los más remotos y generales vid. R. Pradas Montilla. “*Organización del trabajo y nuevas tecnologías*”. Documentación Laboral, núm. 53, 1997, págs. 13 y ss; M.R. Alarcón Caracuel. “La informatización y las nuevas formas de trabajo”, en Aa.Vv. (Coord.: Id. y R. Esteban Legarreta). *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2004. En la doctrina extranjera, por su preclaridad, destaca M. Igbaria-M.Tan. *The virtual workplace*, Londres Idea Group, 1998; S. Fuller-A. Hartman-S. Raman. “Bell meets Taylor: desmythifying Knowledge work”, en Orlikowski, W.J. et alii. *Information technology and changes in organizational work*, Londres, Chapman & Hall, 1996

Ciertamente, los impactos entonces augurados adquieren hoy tanto mayor extensión como intensidad, porque proliferan los nuevos dispositivos digitales que hacen que vivamos en una sociedad máximamente conectada, hasta el punto que vivir al margen de las empresas incluso “fuera de la jornada laboral” parece devenir una utopía, cuando no quimera. De este modo queda ensombrecido el clásico derecho al descanso recogido desde hace décadas en los ordenamientos civilizados (para las vacaciones anuales vid. Convenio n. 132/1970 OIT). En este tipo de sociedades digitalizadas delimitar una cuestión tan básica como el tiempo de trabajo -condición sustancial del contrato de trabajo (los denominados “a llamada” o “intermitentes” la diluyen- respecto del “tiempo de no trabajo” se tornaría muy problemática, poniendo a dura prueba de resistencia las soluciones clásicas, también del Derecho de la Unión Europea.

La jornada de trabajo forma parte del corazón mismo de la relación de esta naturaleza, por lo que su regulación resulta clave para lograr un justo equilibrio entre la pluralidad de los derechos e intereses en juego (salud, productividad, conciliación de la vida laboral y familiar, reparto de empleo...). Consecuentemente, a la dificultad para lograr soluciones óptimas para todos ellos, añade su extremo dinamismo, desestabilizando las alcanzadas precedentemente. Precisamente, y 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 del más transparente, por su conexión en redes⁷).

Estos procesos de innovación tecnológico-organizativa del mundo digital ampliarían las posibilidades de conectar los “periodos de no-trabajo (productivo)” con los de “trabajo productivo”, a través de las tecnologías de la Info-comunicación y al margen del lugar en que se hallen los trabajadores, cada vez como menos unidades físicas de referencia (centros de trabajo “analógicos”), para devenir virtuales. Resurge, así, en el centro de la cuestión moderna del tiempo de trabajo y su ordenación bajo los nuevos modelos de organización, una cuestión clásica, código genético de su regulación: la protección de la seguridad y salud en el trabajo (en el plano comunitario la 2003/88/CE). Piénsese que la propia legislación francesa referida tiene como razón de ser principal la protección

⁷ Fuera de la literatura, general y especializada, en las artes cinematográficas también ha tenido recientemente su reflejo. Destaca -no por su calidad, sino por el reflejo de la tendencia-, la película *El Círculo* (adaptación de la novela homónima de David Eggers). En ella se cuenta como la empresa de internet más prestigiosa del mundo actúa creando una pantalla de innovación e implicación con sus empleados, yendo más allá de la atención laboral (responsabilidad social corporativa), pero que, en realidad, a través de un sofisticado sistema de conexión por redes digitales, ejerce un extremo control que no sólo afecta a sus empleados, sino también al resto de usuarios de la Red.

de una dimensión contemporánea de ese derecho, hoy de carácter igualmente fundamental en el ámbito comunitario (art. 31.2 CDFUE; art. 15 en relación a los arts. 40 y 43 CE): la protección de la salud psicosocial de las personas en su lugar o entorno de trabajo. No por casualidad, una parte significativa de los acuerdos colectivos que anticiparon el “derecho a la desconexión digital” se vinculaban, de un modo u otro, a los más innovadores “acuerdos colectivos de gestión del estrés laboral”, obligatorios en Francia para las empresas de mayores dimensiones a raíz de las alarmas surgidas en el país vecino con la multiplicación de suicidios en grandes empresas⁸.

Por supuesto no es la única experiencia europea preocupada por esta pérdida de certeza de las fronteras entre ambos tiempos de vida (laboral y personal), aunque haya tenido menos eco, quizás porque ha resultado, de momento, fallida en el plano legislativo. Me refiero al debate alemán sobre la necesidad-oportunidad de aprobar una ley sobre estrés laboral en la que, entre otros factores determinantes, se pusiera coto a la constante conectividad digital de las personas, aun fuera de su trabajo. Dejando de lado la anécdota de su presentación en algún medio de comunicación como “una de las leyes laborales más extrañas del mundo” por ser una expresión singular de ética en el trabajo (a la altura de otras como la japonesa que exige una determinada dimensión máxima de la cintura de sus empleados, a fin de evitar el sobrepeso, por los elevados costes que tiene, para empresas y para la sociedad⁹), la pretensión de este proyecto (2014) era prohibir a los empleadores (y sus directivos) seguir dando instrucciones a los empleados fuera de jornada, salvo, eso sí, las célebres “circunstancias excepcionales”.

Con ello, al igual que en Francia, sólo se pretendía convertir en obligación general el compromiso que ya habían asumido, de forma voluntaria, sus empresas más punteras (en 2011, el Grupo Volkswagen adoptó un acuerdo por el que desactivaba los correos electrónicos de Blackberry fuera de las horas de trabajo). Las desavenencias entre los socialistas y los conservadores -el proyecto fue presentado por la Ministra de Trabajo socialista, sin acuerdo con el partido de la Canciller-, en su coalición de Gobierno, y fuertes resistencias patronales, por la

⁸ Especialmente interesante, también por ser más reciente, y si bien no formula un derecho a la desconexión digital, pero sí una obligación de evaluar el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en la empresa, para evitar que constituyan un factor de estrés y quiebre el equilibrio entre vida laboral y personal, es el art. 4 del *Acuerdo del Comité de Grupo Europeo BNP PARIBAS, de 10 de enero de 2017*. Estos acuerdos suelen remitir a los Acuerdos Marcos Europeos sobre gestión de estrés laboral -también de violencia en el trabajo-, actuando como concreción nacional, o internacional, de ellos. Ampliamente sobre todo ello M. García Jiménez et alii. *Regulación de los riesgos psicosociales en los ambientes de trabajo: panorama comparado de modelos y experiencias en Europa y América*. Bomarzo. 2011.

⁹ Vid. http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/06/140603_vert_cap_leyes_laborales_extranas_yv

rigidez que conllevaba ciertas prohibiciones generales, hizo que no prosperara, al menos de momento. Una iniciativa que, cierto, lo que hacía es poner en evidencia que el derecho al descanso efectivo, exigido por la Directiva, no se cumplía en un creciente número de personas por el exceso de conexión digital. En definitiva, los pioneros en plantearse el problema fueron los alemanes pero, ¿quizás por su mayor rigor, o seguramente por su “rigidez”¹⁰, perdieron la gran oportunidad histórica de adelantarse a los franceses en tan memorable “hito jurídico”?

También Bélgica, zona de influencia cultural francesa dominante, ha creído necesaria una iniciativa legislativa que reordenara la cuestión del tiempo de trabajo en el contexto de una sociedad mutada y que exigiría nuevos equilibrios entre los intereses en juego. De ahí, la Ley de 5 de marzo de 2017, “*Loi concernant le travail faisable et maniable*».

Por supuesto, no tenemos pretensión alguna aquí de analizar esta ley, interesante, pero muy compleja en su aplicación y, por lo tanto, como evidencian los sindicatos de forma mayoritaria, poco creíble o de muy difícil factibilidad -comparte problemática con la celebrada ley francesa-¹¹. Nuestra intención es evidenciar cómo es irrefrenable -incluso ya urgente- el debate sobre cómo reescribir -en términos de regulación- un “justo equilibrio” entre la vida privada y la profesional, de modo que, las garantías de bienestar de los trabajadores ni cedan a, ni tampoco perjudiquen los imperativos de flexibilidad empresarial, en el nuevo escenario de globalización, digitalización e incertidumbre en el que se desenvuelven las empresas. Si bien por razones diversas, ni sindicatos ni patronal tienen la más mínima convicción de que esta ley sirva ni para los unos ni para los otros. En todo caso, sí parece claro que la evolución de la realidad no va en la dirección de reducir la jornada (tópico sindical) sino en la de incrementar la flexibilidad con horas suplementarias: “*plus de flexibilité, plus d’heures supplémentaires*”.

No por casualidad, dentro de este escenario cambiante, incierto y conflictivo, también la Comisión retomó su vieja Propuesta de 2006 para modificar la Directiva 2003/88/CE, destacando, para lo que interesa a nuestro estudio, además

¹⁰ La patronal alemana toma este debate público “poco más que como una excentricidad de un mercado laboral que disfruta de pleno empleo técnico en buena parte del territorio alemán”, recordando que la Ley de Protección de los Trabajadores de 1996 recogía ya una protección integral que previene los abusos de ese tipo. En cambio, el poderoso sindicato “IG Metall” tenía una visión diferente, presionando para su aprobación a fin de hacer efectiva la tutela de la salud psicosocial, la causa mayor de jubilaciones anticipadas en Alemania, según algunos datos estadísticos disponibles. Vid. <http://www.elmundo.es/economia/2014/08/08/53e48ed7268e3e97588b4570.html>

¹¹ La síntesis de la Revista del MEYSS *Actualidad internacional sociolaboral*, número 211 (abril de 2017), pp.138 y ss. <http://www.empleo.gob.es/es/mundo/Revista/Revista211/138.pdf>. También sugerentes los comentarios en el blog de E. Rojo Torrecilla. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/06/una-breve-nota-de-la-ley-belga-de-5-de.html>

de la cláusula de “*opting-out*” (legitimidad de eximirse de los límites de la jornada máxima si media consentimiento del trabajador), la búsqueda de tiempos que, siendo de puesta a disposición del empleador, no impliquen trabajo efectivo, esto es, de estricta “productividad”, declarándose de “inactividad”, aunque tampoco sean de descanso en sentido propio. Se reabría la cuestión de fijar horas de diferente naturaleza, en la línea deseada de intensificar las distinciones conceptuales, con efectos, por supuesto, de flexibilidad en la gestión empresarial (excluyentes o limitativos, tanto en el cómputo de la jornada máxima, ampliándola indirectamente, cuanto en su retribución, rebajándola respecto de la jornada laboral pura). Bien conocido es este debate en sectores de actividad, no sólo sanitario, que distingue entre “*horas de localización*” (que no computan para las de trabajo) y “*horas de disposición*” (que sí lo hacen), así como entre las “horas ordinarias”, las “horas extraordinarias” y también las “horas complementarias”, más allá de la previsión para el trabajo parcial. De momento, y dado la persistencia de diversidad de posiciones por los Estados, se habría limitado recientemente a unas pautas orientativas para la interpretación, siguiendo muy de cerca la copiosa jurisprudencia comunitaria en la materia, por lo que persiste la imagen de regulación provisional en busca de tiempos de mejor fortuna reformista¹².

2.2. La irrupción del problema en la experiencia española: multiplicación de problemas y germen de algunas soluciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria

2.1.1 Los retos aplicativos de las normas laborales vigentes a la transformación digital de la organización de trabajo: ¿quién decide cómo se reparten los costes?

Cómo acabamos de resumir, al margen de las decisiones legislativas adoptadas, y de la suerte de los proyectos de reforma emprendidos, no se puede obviar ya que la constante innovación tecnológica derivada de la transformación digital en todas las esferas de nuestro mundo de vida, en particular la económica y social, por lo que aquí más nos interesa, así como la evolución de los modelos organizativos del trabajo en las empresas que aquellos impulsan o favorecen, suscita un extenso e intenso catálogo de retos y problemas al Derecho del Trabajo. Estos conflictos se proyectan en su momento “regulador” (fuentes de producción de normas a la altura del nuevo tiempo) y en el momento “aplicativo” (para la interpretación evolutiva de las normas creadas), sin que a menudo sea fácil diferenciar para la solución ambos, pese a que parecía consolidada su

¹² Vid. la Comunicación interpretativa sobre 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 [C(2017) 2601]. Cfr. E. Martín Puebla. “*El fallido proceso de revisión de la Directiva comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo*”. *Aranzadi Social*, n. 22, 2016.

distinta naturaleza y diversidad de técnicas de solución [“conflictos de regulación de intereses” o económicos versus “conflictos de interpretación” o “jurídicos”). Por lo tanto, tampoco nuestro país puede estar, ni lo ha estado, ajeno a esta convulsión, debiendo afrontar delicados conflictos, tanto de regulación como de interpretación, yendo mucho más allá del tiempo de trabajo¹³, pues tiene hondas raíces organizativas.

En efecto, el profundo desafío lanzado por la conjunción de innovación (tecnológica y organizativa) en la era digital, nuevo paso, pues, en esa constante de las relaciones de trabajo, adaptadas y adaptables desde su mismo “código genético” a las constantes mutaciones de la economía (capitalista) de mercado, tiene como presupuesto una general desmaterialización de las fronteras antes físicas de la organización del trabajo. Un rasgo caracterizador, por lo que aquí interesa, será la búsqueda de un modo de ordenación que sustituya la base de centros de trabajo perfectamente ubicados territorialmente, según el prototipo normativo (art. 1.5 ET), por una red de servicios que, habitualmente con un centro único de dirección, organiza y dirige aquélla mediante conexiones facilitadas por el uso tecnologías de la Info-comunicación.

Tales modelos de organización de las empresas, que optan por, como vía de recorte de costes (de producción y de transacción), suprimir o reducir las previas “unidades productivas con organización específica” materializada (esto es, los centros de trabajo físicos ex art. 1.5 ET) de relaciones de trabajo, sustituyéndolas por formas (virtuales u online) de comunicación y de instrucción directa desde una única unidad a todos los trabajadores, pese a que su prestación de servicios se realiza en dispersas y alejadas zonas geográficas, generará graves problemas aplicativos para las normas laborales, incluso para las de Seguridad Social. Los conflictos se dan tanto en las relaciones individuales como en las colectivas de trabajo, en la medida en que en los dos casos la unidad organizativa referencial sigue siendo, en el modelo de proximidad física canonizado por el vigente, pero obsoleto, ET, es el centro de trabajo. En este estudio vamos a limitar a los individuales y, dentro de ellos, a los más íntimamente vinculados a la “adaptación de la jornada de trabajo”, por el extremo desbordamiento de tiempos de conexión laboral que propician, incluso fuera del momento estrictamente productivo. Pero

¹³ Para una completa evaluación de esos principales retos, oportunidades y riesgos, que las nuevas realidades empresariales y organizativas de nuestro tiempo generan a la regulación del tiempo de trabajo, de interés el conjunto de estudios compilados en S. Perán Quesada (Director y coordinador). *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI*. Granada. Editorial Comares. 2014. Para la lógica del conflicto entre vida laboral y vida privada (no sólo, pero en especial familiar), no por casualidad igualmente retomada por la Comisión Europea en su Programa de reformas para 2017, destacamos S. Rodríguez González. *Tiempo de Trabajo y vida privada*. Granada. Editorial Comares. 2016.

no conviene perder de vista los colectivos, lógicamente también relevantes para aquéllos (estructura representativa, convenio colectivo aplicable...).

A título de ejemplo, pero que no sólo ilustra las mayores dimensiones del problema de fondo, sino que, como se verá, guarda una cierta conexión, por el contraste de soluciones jurídicas adoptadas y de política judicial derivadas, respecto de cuestiones relativas al tiempo de trabajo suscitadas por una realidad organizativa desmaterializada o virtual análoga, resulta del máximo interés referir a la muy polémica STS 379/2017, 28 de abril. En el caso, una empresa de publicidad, tras diversos procesos de reorganización acordados, dará lugar a una estructura empresarial centralizada (único centro de trabajo en Madrid), pero donde su personal administrativo y de ventas termina convertido mayoritariamente en tele-trabajadores (tras los acuerdos individuales de reconversión en contratos de tele-trabajadores a domicilio). La prestación de servicios se realiza de forma dispersa a lo largo y ancho de la geografía, pero toda la plantilla queda referenciada al único centro, Madrid. A consecuencia de ello, decide la empresa dar por extinguido el mandato representativo en los demás centros.

Naturalmente, esta decisión recibe crítica sindical, porque considera la representación que el *“fin de los centros de trabajo físicos”* no pondría fin al mandato representativo *porque “continúa la distribución territorial de la actividad”*, referencia de las últimas elecciones. A su entender, no sería el modo elegido en cada momento para organizar físicamente la actividad sino la actividad misma la que debe marcar la articulación de los derechos colectivos, al menos hasta que haya nuevas elecciones. En consecuencia, no sería el formato de la organización (que sea analógico o digital) sino el sustrato, la sustancia (razón de protección) lo relevante.

Presentada la correspondiente demanda de conflicto colectivo la SAN 23 de diciembre de 2015, Autos 2999/2015 la estimará, sobre la base de que la adscripción de trabajadores al centro de Madrid, y el cierre de los restantes, habría sido a efectos sólo administrativos o de gestión interna empresarial, al no haberse producido modificación alguna en las condiciones de trabajo, ni en el modo de llevar a cabo el trabajo para los trabajadores que lo prestan en régimen de “teletrabajo”. En cambio, para la STS 379/2017, 28 de abril, que revoca la de instancia, en la medida en que, pactada la reestructuración, *“...la conservación del mandato representativo requiere la subsistencia del sustrato objetivo y subjetivo o electoral de su representación, es decir, del ámbito en el que fueron elegidos los representantes”*. Por lo tanto, concluye -cierto no unánimemente, sino por mayoría, con un voto particular muy bien razonado- que *“la desaparición de un centro de trabajo implica la finalización del mandato representativo de los representantes del indicado centro”*.

Pues bien, ni esta nueva realidad organizativa desmaterializada permanece ahora ya aislada o episódica ni los problemas se asocian sólo a los derechos colectivos. Precisamente, dos años antes, una situación de reorganización basada en la innovación tecnológica típica de una era digital, concomitante, aunque no idéntica, dio lugar a un conocido conflicto colectivo que entra de lleno en el aspecto que aquí interesa desarrollar: *la determinación del tiempo de trabajo y su criterio de cómputo*. Me refiero concretamente al célebre asunto (Grupo) “Tyco”. La STJUE de 10 de septiembre de 2015, C-266/14 tiene por objeto una cuestión prejudicial en la que se plantea básicamente un problema de comprensión del sentido y alcance del artículo 2 de la Directiva, respecto de la decisión de reorganización tomada por el Grupo Tyco: suprime los centros de trabajo físicos y los sustituye, salvo el central, por conexiones móviles. El caso es de un gran interés doctrinal, mucho más allá del caso concreto, de ahí que merezca un análisis con cierto detenimiento

2.1.2. *El tiempo de desplazamiento de los trabajadores desde su domicilio particular al lugar de trabajo para los clientes: ¿tiempo de trabajo?*

Se recordarán las circunstancias del caso. Las empresas se dedican a la instalación y mantenimiento de sistemas de seguridad. Los técnicos prestaban sus servicios en el territorio español, *estando adscritos funcionalmente a una provincia*. En este periodo, las empresas calculaban la jornada efectiva empezando cuando el trabajador llegaba a los locales de la empresa para retirar el vehículo y recibir el listado de clientes que tenía que visitar y la hoja de ruta. La jornada finalizaba cuando volvía a los locales de la empresa para depositar el vehículo.

En 2011 se cerraron las oficinas provinciales, adscribiendo a todos los trabajadores a las oficinas centrales de Madrid (reorganización centralizadora). Los trabajadores disponían de vehículo de la empresa para el desplazamiento diario desde su domicilio a los centros donde han de realizar las tareas, tornando a su domicilio al terminar su jornada. La distancia desde el domicilio hasta el centro es variable, superior en ocasiones a 100 kilómetros. Para realizar sus funciones, estos trabajadores disponen de un teléfono móvil que les comunica con las oficinas centrales (*conexión digital*). En dicho teléfono está instalada una aplicación mediante la cual reciben el día anterior la hoja de ruta laboral diaria y mediante otra cumplimentan los datos de las intervenciones (*registro electrónico de actividad e incidencias*).

En este nuevo modo de organización del trabajo, las empresas calculan la jornada de trabajo en función del tiempo transcurrido entre la llegada del trabajador al centro del primer cliente diario y el momento en el que sale del centro del último cliente. Por lo tanto, *los únicos desplazamientos que se tienen en cuenta son los desplazamientos intermedios, entre cliente y cliente*. En cambio, *rechazan*

tener en cuenta el dedicado a *los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente* que les asigna su empresario. La empresa descarta su calificación como tiempo de trabajo porque el trabajador (1) ni realizaría en esos periodos funciones en el centro ni menos (2) está sometido a la autoridad empresarial. Los sindicatos, naturalmente, son de otra opinión, y presentan demanda de conflicto colectivo contra el “Grupo TYCO” (termina calificándolo como tal la unidad que integran Tyco Integrated Security, SL y Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios, SA).

Para la AN, el Derecho español no daría satisfactoria respuesta a la complejidad propia de este asunto. De un lado, el art. 34.5 ET no asimilaría el tiempo de desplazamiento domicilio-clientes al tiempo de trabajo, porque presupone que *la opción por el domicilio es única del trabajador*, por lo que en función de ella hay mayor o menor comodidad en el desplazamiento precisado por la organización del trabajo en la empresa, pero esa sería una responsabilidad de tipo personal. De otro, tampoco le parece tiempo de descanso, porque reciben información laboral que condiciona, pero no neutralizaría, su libertad de disposición. Sin perjuicio de la solución analógica con los trabajadores móviles o itinerantes, está convencido de que el justo equilibrio en este caso está en una “situación intermedia”. Pero el art. 2 de la Directiva 2003/2001 no autoriza este tipo de soluciones, pues al definir el “tiempo de trabajo” (“período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”) como el “período de descanso” (todo período que no sea tiempo de trabajo), evidenciarían que son opuestos.

Precisamente por ello, se recordará -como anticipamos más arriba- que la Comisión promovió un intenso debate de reforma para lograr crear en la norma comunitaria el concepto intermedio, de modo que la calificación no suponga ni que gane solo el trabajador (pierde toda la razón e interés al respecto el empleador) ni que gane solo el empleador (pierde toda razón e interés al respecto el trabajador)¹⁴. De este modo, restringiendo en buena medida la opción expansiva o maximalista

¹⁴ Así se derivaba de los puntos 1 bis, 1 bis bis y 1 ter añadidos al art. 2 Directiva (muy marcado por la problemática de la organización del tiempo de trabajo en el sector sanitario)

“1 bis. “Tiempo de atención continuada”: todo período durante el cual el trabajador debe estar disponible en su lugar de trabajo a fin de intervenir, a petición del empresario, para ejercer su actividad o sus funciones.

1 bis bis. “Lugar de trabajo”: el lugar o los lugares en los que el trabajador ejerce habitualmente sus actividades o funciones....

1 ter. “Período inactivo del tiempo de atención continuada”: todo período durante el cual el trabajador está disponible con arreglo al punto 1 bis, pero no es requerido por el empresario para ejercer su actividad o sus funciones.”

de la jurisprudencia del TJUE, se buscaría reescribir el deseado “justo equilibrio” entre los distintos intereses en conflicto, que mantenían duros enfrentamientos en orden al concepto mismo de tiempo de trabajo. Pero, evidentemente, cualquiera que fuese la opinión o valoración al respecto, era claro que la solución de este tipo conlleva una decisión creativa, reguladora, conforme, para diversos casos concretos en nuestra experiencia, pudo sentenciar la propia Audiencia Nacional -e incluso el Tribunal Supremo-. En definitiva, la AN no podía tomar una decisión que creara la norma (conflicto de intereses), limitándose a su mejor interpretación (conflicto jurídico)

En la duda sobre el sentido práctico de la Directiva para este caso, y una vez salvada sus cuitas también en torno a si una cuestión estrictamente interna como está podía competir al TJUE, preguntó cuál era la calificación correcta para esos periodos de desplazamiento. Para la respuesta, el TJUE, fiel a su método de pertrecharse de sus presupuestos doctrinales más arraigados en sus precedentes, en especial los finalistas y axiológicos, de esta regulación de los descansos, recordó que la Directiva carecería de sentido sin las garantías de eficacia de su fin. Por eso -conviene enfatizar esta cuestión, por lo que luego se dirá respecto del imperativo de hoy en orden a la desconexión digital-, los periodos de descanso:

“...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 periodos de trabajo...”

A partir de estos presupuestos -conocidos por reiterados¹⁵-, afrontará la comprensión del artículo 2.1 respecto al caso litigioso, apareciendo novedades de interés. Por supuesto, la referencia conceptual y normativa será identificar -o no- en el caso la concurrencia de *los tres criterios normativos fijados en el precepto*. A saber:

- a) criterio espacial (permanencia en el centro de trabajo)*
- b) criterio de autoridad (estar a disposición del empresario) y*
- c) criterio profesional (estar ejerciendo su actividad o sus funciones).*

Pero, sobre ellos, irá introduciendo modulaciones, de modo que tanto la exigencia de estar en el ejercicio de sus funciones profesionales como la de disponibilidad para el empleador se flexibilizarán notablemente. En relación al criterio espacial, el TJUE asume una doctrina de gran trascendencia para el conjunto de problemas que hoy plantean las mutaciones de los modelos organizativos de

¹⁵ Para los turnos de atención continuada vid. sentencias *Simap* y *Jaeger*

trabajo típicos de las sociedades de “trabajo analógico” (organización física y estable), a los propios de sociedades de “trabajo digital”. En efecto, el TJUE recuerda que la empresa ya calificaba esos tiempos de trabajo en la precedente organización. Pues bien, a su juicio, “la naturaleza de estos desplazamientos no ha cambiado a partir de la supresión de las oficinas provinciales; sólo ha cambiado el punto de partida de estos desplazamientos” (apartado 33). En definitiva, lo relevante finalmente no sería el “formato” dado al trabajo sino la “sustancia” protectora, por lo que sea un trabajo “analógico” (físico y estable) o “digital” (desmaterializado y móvil, conectado a distancia), la razón protectora pervive. La *presencia en el vehículo* puesto a disposición por la empresa pasaría a entenderse como si fuese presencia en el centro.

Respecto de la disponibilidad, el TJUE matiza que, en el nuevo escenario digitalizado, la disponibilidad no debe ser necesariamente material, sino que cabe estimarla en función del poder real de autodeterminación de los trabajadores para gestionar su tiempo de vida privada. Pues bien, en estos trayectos, el empresario “*puede exigir a los trabajadores que realicen una intervención para un cliente suplementario...*”, careciendo entonces de “*posibilidad de disponer libremente de su tiempo y dedicarse a sus asuntos personales...*”. En definitiva, no calificar los desplazamientos como tiempo de trabajo “*tendría como efecto la desnaturalización de este concepto* y el menoscabo del objetivo de protección de la seguridad y de la salud...”.

Pese a la centralidad de la razón social en el razonamiento del TJUE, no será ajeno al análisis de los costes económico-organizativos de la calificación jurídica maximalista de esos periodos de desplazamiento como tiempo de trabajo. A ese enfoque funcionalista, típico del balance costes/beneficios (del gusto del método de ponderación propio del análisis económico del Derecho), el TJUE dedicará dos momentos relevantes de su valoración, con éxito dispar. En el primero, fallido, el TJUE consideró que los mayores costes económicos para el empleador de control de eventuales abusos del trabajador en ese tiempo, sólo a él deben imputársele, pues solo él tomó la decisión de cambio (*Cuius commoda, eius incommoda*).

En el segundo, en cambio, mostrará más de receptividad, de manera que el eventual “*incremento de costes...*”, si está prohibido que se desplace íntegramente al trabajador, sí podría repartirse de algún modo entre los empleadores y los trabajadores. Al respecto:

“...Sobre este particular, basta señalar que, aunque, en las circunstancias concretas del asunto controvertido en el litigio principal, el tiempo de desplazamiento debe considerarse tiempo de trabajo, *Tyco sigue siendo libre para determinar la retribución del tiempo de desplazamiento domicilio-clientes*” (apartado 47).

Naturalmente, lanzada la piedra, esconde de inmediato la mano. El guiño del TJUE a la razón económica de la Directiva se queda sólo en eso, porque “...*el método de remuneración de los trabajadores que se encuentran en una situación como la controvertida en el litigio principal no se regula en esta Directiva, sino en las disposiciones de Derecho nacional pertinentes*” (Apartado 49). En suma, de forma sutil, pero apreciable, el TJUE termina convirtiendo lo que es un “conflicto jurídico” (calificación de un determinado periodo de actividad del trabajador) en otro “de intereses” (retribución de justo equilibrio entre el interés del empleador y el del trabajador de ese periodo, laboral sí, pero que admite un precio diverso, específico, más bajo). En definitiva, el TJUE hablando en su expresión más genuina de oráculo: resuelto un problema (de interpretación), creado otro (de regulación de intereses)¹⁶.

2.2. La razón protectora (fin), no el formato de la organización (forma), determina el derecho: Una doctrina general en busca de éxito más allá del caso Tyco

2.2.1. Neutralización jurisprudencial en la práctica de la doctrina Tyco: ¿pura cuestión fáctica vinculada a la constatación del control digital del empleador?

La invocación de esta sentencia es muy recurrente hoy. Tanto como lo es el fracaso de su aplicación fuera del caso que lo motivó. La extrema frustración del cambio auspiciado por la sentencia comunitaria se refleja en la STS de 1 de diciembre de 2015, Rec. 284/2014, que rechaza aplicarla por “*la existencia de grandes diferencias entre ambos, lo que conduce a que la interpretación dada por dicho Tribunal...no resulte de aplicación al asunto ahora debatido*” (FJ Séptimo, punto 3). Se trata de una sentencia importante, porque arrastrará otras muchas de suplicación en el mismo sector (trabajadores, y sobre todo trabajadoras -el enfoque de género no debería perderse de vista en el análisis jurídico- del sector de la ayuda a domicilio). Las diferencias con el asunto TYCO serían más que las semejanzas: “...*no se ha acreditado que los trabajadores deban acudir desde su domicilio al domicilio del usuario...ni que la distancia al mismo pueda alcanzar hasta 100 KM, ni que los domicilios a los que han de acudir se encuentren en diferentes provincias, ni que con anterioridad se iniciara el cómputo de la jornada contabilizando desde que se incorporaban al centro de trabajo de la empresa*”.

De acuerdo con que hay diferencias fácticas notables, es criticable el pertinaz apego de la Sala a la “interpretación literal” del precepto convencional

¹⁶ Vid. Y. Maneiro Vázquez. “*El desplazamiento de trabajadores sin centro de trabajo habituales: ¿tiempo de trabajo, pero ¿al mismo precio?*”, CEF-Trabajo y Seguridad Social, n. 394, enero de 2016, p. 179.

controvertido, orillando cualquier juicio de conformidad del mismo -recuérdese que no sólo es un contrato el convenio, sino una norma jurídica-. Sin embargo, y evidenciando dudas, termina recomendando -es evidente su extralimitación jurisdiccional, pues no es esa su función institucional (sino calificar en el plano jurídico, no hacer recomendaciones de ética jurídico-laboral o de conveniencia reguladora), que “*las partes negocien la regulación de los gastos de desplazamiento en este concreto supuesto*” (principio de oportunidad, pero no de legalidad).

En la práctica, la pesada inercia jurisprudencial en esta materia sigue. La “puerta de renovación” jurídica abierta¹⁷ por el TJUE es cerrada por el TS sobre la base de una devaluación del problema a una cuestión fáctica (que se den todas y cada una de las circunstancias del caso TYCO), anclando la jurídica en la mera interpretación literal de la Ley nacional. A lo sumo, se aceptaría recomendar una específica regulación de esta cuestión, que seguiría configurada más como “*conflicto de intereses*” que como “*conflicto jurídico*”, según entendiera la STS de 12 de junio de 2015, Rec. 113/2014 (confirma la SAN de 16 de octubre de 2013, Rec. 277/2013 ALTADIS, S.A.).

El relato del caso es el siguiente, en apretada síntesis. El personal del Departamento comercial de ALTADIS presta sus servicios, salvo Madrid y Barcelona, en más de una provincia, lo que les obliga a desplazamientos. La empresa *ofrece diariamente* -no costa el medio de hacerlo, si a distancia o no- *una lista de visitas*, comenzando su jornada donde hace la primera visita y termina al concluir su última visita, fuere cual fuere la distancia con su domicilio (no se sabe si son largas o cortas). La Comisión sindical de Empresa reclama que se compute como tiempo efectivo de trabajo tales desplazamientos. La empresa comprometió estudiarlo; pero nunca lo materializó, abriéndose conflicto colectivo, tras varios intentos de mediación fallidos.

Pues bien, sobre la base de la interpretación literal -en este momento todavía no se había producido la sentencia TYCO-, el TS le *parece* “*claro que no estamos ante ninguna norma legal o convencional que necesite ser interpretada, ni se puede hablar en este caso de una práctica empresarial contraria a un criterio distinto, de computar los desplazamientos como tiempo de trabajo, que hubiese venido practicando la empresa...(...)*”. El TS se convence de que más que reivindicar una interpretación jurídica es una “reivindicación sindical” sin acordar.

No son dudosas tampoco las diferencias fácticas entre el caso TYCO y el caso ALTADIS, como reseña la sentencia de casación, que bien pudiera justificar decisión distinta. Pero, una vez más, criticamos que el TS identifique sólo un

¹⁷ En este sentido, vid. CABEZA PEREIRO, J. “*Algunas reflexiones a la vista del asunto Tyco sobre el concepto de “tiempo de trabajo*”. En Derecho de las Relaciones Laborales, n. 1/2016, p.41.

silencio elocuente, no una laguna legislativa, o convencional, dejando la cuestión de fondo como conflicto de intereses y no jurídico.

La jurisprudencia y doctrina judicial, pues, parece identificar como *una clave fáctica principal para que prospere jurídicamente la doctrina Tyco la existencia de conexión digital*, porque se derivaría la falta de disponibilidad del trabajador y la existencia de disponibilidad suficiente del empleador. La STSJ Castilla-León/Valladolid, 24 de abril de 2017, Rec. 4/2017 (conflicto colectivo sobre interpretación del artículo 15 del III Convenio Colectivo Regional de Castilla y León para la actividad de ayuda a domicilio, con tenor literal del art. 34.5 ET), excluye su aplicación por falta de prueba de esta circunstancia (uso de “teléfonos móviles u otros dispositivos de comunicación y localización, propios o de las empresas para las que prestan servicios, facilitando su control”), pero tras reprobar la deficiencia anima a presentar nuevas demandas colectivas e individuales: “... Todas estas circunstancias no pueden predicarse sin más de todo el conjunto de trabajadores bajo el ámbito de aplicación del Convenio... para llevar a una solución uniforme. (...). Esto no significa que al analizar el caso de concretos trabajadores del sector,... *aún sobre circunstancias diferentes a las analizadas en el caso TYCO, pueda llegarse a la conclusión de que determinados desplazamientos han de ser considerados como tiempo de trabajo al amparo de la Directiva...*”

Sin embargo, otros fracasos de la doctrina en su invocación práctica estarían bastante menos justificados. Por ejemplo, respecto de la STSJ Andalucía/ Sala de Granada, 562/2017, 2 de marzo, para los trabajadores que de los retenes del INFOCA. A su entender, el “tiempo de trabajo efectivo debe ser computado *a partir de que el retén, en su conjunto*, está disponible para desarrollar la actividad contractualmente pactada. Es decir, “reunido y operativo”, en términos literales del convenio”. De nuevo, la clave literal anega toda interpretación de conformidad, neutralizando en la práctica la sentencia TYCO, pero en este caso está poco justificado, ya que la exigencia de “operatividad colectiva” para establecer el momento de inicio del cómputo supone introducir un criterio restrictivo, que no estaría de conformidad con la doctrina del TJUE que exige una interpretación expansiva, no restrictiva¹⁸.

2.2.2. *Alguna proyección exitosa, explícita e implícita: el accidente de trabajo durante el tiempo de desplazamiento al trabajo se beneficia de la presunción*

No obstante, parecen evidenciarse algunas luces. El resultado aplicativo alguna vez es exitoso, aunque en muy pocas. Así, de interés resulta traer a comentario,

¹⁸ En este sentido, vid. CABEZA PEREIRO, J. “Algunas reflexiones a la vista del asunto Tyco sobre el concepto de “tiempo de trabajo”. En Derecho de las Relaciones Laborales, n. 1/2016, p.41.

por tratarse de efecto asignado a la doctrina Tyco fuera de la relación contractual, para abarcar la relación de prestación de Seguridad Social conexas con aquélla, la STSJ de la Rioja, 180/2016, 11 de octubre. Es interesante este caso porque, para la aplicación de la doctrina Tyco, no exige conexión digital, al menos expresa.

La sentencia revoca la de instancia social, y califica como “accidente de trabajo” el fallecimiento de un trabajador (inspector comercial, cuyas funciones consistían en desplazarse diariamente con su vehículo desde su domicilio a los establecimientos de los clientes) por un infarto agudo de miocardio sufrido en el portal del edificio de su casa, cuando regresaba a coger las llaves olvidadas, tras salir de casa para ir a trabajar y percatarse, ya en el coche, de que las había dejado. Para la sala de suplicación, a diferencia de la sala de instancia, debe ser de aplicación la presunción de laboralidad ex art. 115.3 LGSS (hoy art. 156 TRLGSS), pues en el momento en que sufrió el infarto el trabajador ya habría iniciado su jornada laboral, es decir, estaba en tiempo y lugar de trabajo. Esta convicción la alcanza, una vez descartado que se trate ni de un accidente en misión (STS 6 de marzo de 2007, Rec. 3415) ni de un *accidente in itinere*, porque

“el tiempo transcurrido desde que el trabajador sale de su domicilio hasta que regresa al mismo después de realizar la última de las visitas programadas para cada día, ha de conceptuarse como tiempo de trabajo, tal y como, desde la óptica puramente contractual, ha entendido la STJUE de 10 de septiembre de 2015... Caso TYCO, citada por la recurrente” (FJ 3º).

Consecuentemente, *la doctrina laboral tiene una repercusión en la relación jurídica de seguridad social*, modulando el tenor del art. 156 TRLGSS. A partir la doctrina comunitaria:

“...la actividad laboral se inicia en el momento mismo en que el trabajador sale de su residencia para realizar las visitas a los diferentes clientes incluidos en su ruta diaria de trabajo, por lo que no es dable calificar, como tiempo de desplazamiento hacia el trabajo, el que media desde que se abandona el domicilio hasta la llegada a la sede del primer cliente...ni como lugar de trabajo este último emplazamiento, sino que, cuando el trabajador, una vez fuera de su domicilio... comienza a realizar el trayecto para dirigirse a las instalaciones de los clientes a visitar en ejecución de la prestación..., se encuentra ya en tiempo y lugar de trabajo” (FJ 3º)

Se ha llegado a exportar esta doctrina parcialmente para coadyuvar a la solución de una cuestión -algo extravagante o estrambótica- de legislación aplicable, relativa a la selección del convenio sectorial provincial aplicable (Palencia o Barcelona), para concretar el “punto de conexión relevante” (típico concepto de Derecho Internacional Privado). Y ello, se advierte de forma expresa, tanto si la elección resultase favorable al trabajador como si lo fuese en contra de sus intere-

ses, salvo pacto contrario (artículo 8 del Reglamento (CE) 593/2008, 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales -“Roma I”-)¹⁹.

En el caso, una empresa de transportes, con servicios nacionales e internacionales, cuenta ahora ya con una organización en la que sólo hay una unidad central física (Barcelona), que cuenta con convenio propio y con mejores condiciones de trabajo. A esa unidad, la empresa suma plataformas logísticas en otras ciudades de España, como Madrid y Sevilla. Determinados trabajadores de la empresa consta que fueron contratados para prestar servicios en un centro de trabajo de Palencia, si bien éste fue cerrado en 2011 tras varias decisiones de reestructuración colectiva (ERTE). No obstante, la empresa sigue contando en esa zona palentina con un área de estacionamiento para camiones de aquélla, donde aparcan los conductores que, con rutas por España y Francia, residen en esa ciudad. Asimismo cuentan con una oficina igualmente arrendada -como el aparcamiento-, que también suele hallarse cerrada, aunque tiene alguna mínima actividad -de vez en cuando el auxiliar administrativo que presta sus servicios en Valladolid, se acerca a la oficina para recoger documentación y realizar trámites-. En este contexto organizativo, los trabajadores adscritos al (no) centro de trabajo de Palencia piden que se aplique el Convenio colectivo de Barcelona y no el propio del sector de transportes de Palencia.

Para la Sala castellano-leonesa, la clave para aplicar el convenio palentino (*lugar del domicilio del trabajador*) frente al convenio colectivo del establecimiento empresarial principal (Barcelona) debe ser “*el principio de vinculación (más) estrecha*” para el trabajador. A su juicio, en el seno de este tipo de organizaciones de trabajo de nuevo cuño:

“hay una vinculación estrecha con el domicilio o con el punto de aparcamiento del vehículo, incluso a efectos del cómputo de la jornada (sentencia Tyco)... Por ello el punto de aparcamiento entre viajes, que está situado en Palencia, se configura como un elemento esencial delimitador de lo laboral, ya que al recoger o dejar el camión en el mismo se pasa por el trabajador de la situación extra-laboral a la actividad laboral o viceversa” (FJ Séptimo)

De este modo, aplicando un razonamiento -en este punto ciertamente discutible- derivado del Derecho Internacional Privado del Trabajo- selecciona como convenio aplicable el sectorial de transportes de Palencia, un lugar en el que, sin embargo, expresamente afirma que no existe como centro de trabajo (centro de trabajo “fantasma”).

¹⁹ Cfr. STSJ CL/Valladolid, 11 de mayo de 2016, Rec. 407/2016 y la saga que le ha sucedido respecto de la misma empresa, en virtud de demandas de trabajadores distintos del precedente centro extinguido físicamente, entre ellas la STSJ CL/Valladolid, 25 de mayo de 2016, Rec. 681/2016.

Ciertamente, hay muchos tipos de experiencias, con una mayor o menor dimensión transformadora. Así, son muy usuales los conflictos derivados de cambios parciales de gestión, vinculados al favor por la reducción de costes de la implantación de programas informáticos. Por ejemplo, destacaría la *SAN 140/2016, 19 de septiembre*, que se vio llamada a valorar *si era tiempo de trabajo el que emplean los trabajadores en la utilización del sistema informático de gestión de ausencias a través del programa informático* - denominado META4- implementado de forma unilateral por la empresa, una vez constatado que tenía esa calificación antes del cambio organizativo. Aunque sin referencia explícita a la doctrina TYCO, sí usa su mismo razonamiento de fondo: ni el formato elegido ha de condicionar el nivel de protección ni el empresario puede elegir a beneficio de inventario el impacto del cambio, aventajándose de los ahorros y eludiendo los eventuales nuevos costes. En consecuencia, *dentro de su poder de organización* -no es modificación sustancial establecer sistemas de gestión más racionales en un contexto de gestión digital generalizada- *implementa un sistema informático ahorrándose costes de gestión*, pero que requiere de ciertos tiempos para su realización, es a la empresa a quien corresponde asumirlos, facilitando medios y tiempo necesario (FJ 4º, último párrafo)

3. LA NEONATA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL DERECHO ESPAÑOL: ¿"DERECHO NUEVO" O GARANTÍA DE EFECTIVIDAD DE UN CLÁSICO DERECHO?

3.1. La desconexión digital del trabajador en su "ley de origen": un derecho inconcreto, incompleto y condicionado a un acuerdo no obligatorio

Acabamos de ver cómo la innovación digital permite ampliar el tiempo de disposición del trabajador sin que implique un tiempo de plena actividad, creando tiempos intermedios, con eventuales efectos en su cómputo y/o, en su retribución, según la sentencia TYCO y sus limitaciones aplicativas en la experiencia española -forense y convencional-. Pero empezamos este estudio con una situación diversa, que acapara mayor atención mediática, la constituida por las posibilidades que esa tecnología ofrece para ampliar aquel tiempo de disposición más allá de toda jornada de trabajo (ordinaria y extraordinaria). Si respecto del primer tipo de conexión digital ampliada se reivindica, por protección de la salud y por equidad de trato, su valoración como tiempo de trabajo (cuestión jurídica), aunque el TJUE permita la fijación de un "precio menor" (cuestión económica), respecto del alargamiento digital pos-jornada laboral se solicitaría, sin más, su liberación plena, con una doble medida de desconexión digital: el poder de autodeterminación del trabajador, plenamente libre para no responder, de un lado, y el deber del empleador de abstenerse de realizar disposición alguna en tal sentido, de otro.

Esta parecería ser, a primera -y distorsionada- vista, la gran novedad aportada por el nuevo convenio colectivo de AXA (que regularía también el uso de dispositivos digitales, pero en sentido eminentemente prohibitivo como regla, lo que resultaría ser muy poco razonable y coherente; igualmente prevé el acuerdo individual de tele-trabajo, si es útil para la empresa), contribuyendo así a reducir -incluso a prevenir- el plus de carga psicosocial que lleva consigo el uso masivo de las nuevas tecnologías de la comunicación (fuera y también dentro de la jornada laboral), como solicitarían las iniciativas parlamentarias, si bien de momento no legislativas, que hoy hay en el Parlamento español. En definitiva, todo “nuevo tiempo” requería “nuevos derechos”. Por eso, la Opinión Pública en España, país caracterizado por la rigidez irracional de sus horarios, ya parece haberse decantado por mirar con envidia a nuestro país vecino y crear una conciencia social -incluso política, hasta gubernamental (aunque el MEYSS dijo hace más de 1 año que procuraría que la hora máxima de salida fuese a las 18 HH, y sabido que ni hay ni habrá nada al respecto en mucho tiempo)- favorable a reconocer de forma específica uno de esos derechos de nueva época -como para la ciudadanía general el “derecho al olvido digital”- del que nosotros careceríamos: el derecho a la desconexión digital. En consecuencia, el debate no es si hay que reconocerlo o no, sino cuánto tardaremos en importar la ley francesa.

Ciertamente, emergente y dominante la corriente de opinión que reclama una ley de tal guisa, aflora de inmediato otra, de contraste, que recuerda que la digitalización del trabajo genera tanto riesgos (crea caldos de cultivos para usos irrazonables) como ventajas (permite usos flexibles del tiempo de trabajo, en beneficio del empleador y también del trabajador). En consecuencia, debe huirse de una regulación unilateral y simplificada (autoridad heterónoma y sentido prohibitivo general), para acoger otra pactada y articulada (autonomía colectiva y con reglas especiales, sectoriales y profesionales), a fin de reescribir los nuevos términos del “justo equilibrio” entre vida profesional y personal en el mundo digital. Cómo no, de forma natural, brillará con luz propia la única fuente capaz de obrar la maravilla: la negociación colectiva.

Precisamente, esa sería la opción de la experiencia originaria triunfante -la francesa; una vez fallida la apuntada alemana, más coactiva y rígida-, que hace de la autonomía colectiva la condición principal del sentido, contenido y alcance de este “derecho”. Pero, ¿de verdad es una buena opción mirarnos en el espejo francés? A mi juicio, como ya adelanté, no²⁰. Veamos las razones para esta crítica y, por lo tanto, la necesidad de ensayar otra vía diferente, si quiera sea parcial-

²⁰ En sentido crítico, M.R. Vallecillo Gámez. “*El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?*”. CEF- Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, n. 408, 2017, pp. 167 y ss.

mente. Para ello, lo mejor será tanto conocer de primera mano qué dice la reforma y, después, qué opinan los comentaristas franceses de ella.

La reforma -en vigor a primeros de este año, como se anticipó- introduce un apartado 7 en el artículo L. 2242-8 del Código de Trabajo francés, a fin de incluir la obligación²¹, en el marco de la negociación colectiva anual exigida sobre igualdad por razón de sexo y la calidad de vida en el trabajo (art. L. 2241.1 *Code du Travail*)-, de negociar: “...*las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección*”.

¿En qué consiste, entonces tan necesario derecho? Para nuestra perplejidad, la ley ni lo define ni lo delimita (derecho inconcreto), remitido al eventual pacto colectivo que fije (es un derecho condicionado) las “modalidades de pleno ejercicio” del “derecho a la desconexión” -así como del código de uso razonable del conjunto de dispositivos online de la empresa-. Pero aquí viene la segunda sorpresa negativa ¿y si no hay acuerdo, qué pasa? Esta materia no forma parte del contenido obligatorio del convenio, sino del proceso negociador -para empresas de más de 50, según se ha explicado en la nota anterior-, por lo que la ley asume el eventual fracaso, siendo obligación de negociar pero no de acordar. En tal caso, y he aquí la tercera perplejidad, el legislador no prevé ningún régimen subsidiario, como hubiese consecuente, en ausencia de acuerdo colectivo (regulación dispositiva), sino que lo deja en manos por completo del empleador, sin perjuicio de su deber de consulta previa (que no puede ser negociación en un sentido estricto, pues esa ya habría fracasado). Pero la ley no sólo no da pista de cómo debe hacerse, sino que ni tan siquiera prevé (derecho incompleto) sanción

²¹ Sólo para empresas de más de 50 trabajadores (umbral significativo, aunque menos que los 300 trabajadores que proyectaba la versión primera); para el resto de las empresas basta con una “*Charte*” (código práctico) del empleador a fin de sensibilizar sobre el buen uso (uso razonable) de los dispositivos tecnológicos puestos a disposición por el empleador. Por lo tanto, la obligación será la misma que para las empresas de más de 50 trabajadores en caso de negociación fallida. El incumplimiento de este deber no tiene previsión de sanción alguna, a diferencia de la inobservancia de la “obligación de negociar” -que no de acordar- prevista para los empleadores de más de 50 trabajadores, que sí es sancionada -con pena de hasta un año de prisión y multa (3.750 Euros)

específica para el caso en que no se haga -teniendo en cuenta que tampoco la ley define, como se ha dicho, de qué se está hablando, más allá de la finalidad, esa sí muy, clara: la efectividad del descanso-.

En definitiva, comprobamos con facilidad que la normativa francesa obligaría a ciertas empresas a poner en marcha herramientas de regulación de los medios digitales, aunque no incluye ni medidas concretas ni prevé sanciones para las empresas incumplidoras. Lo que hace más que probable que la regulación acabe siendo “carne de cañón” de los códigos de buenas prácticas empresariales, volviendo, pues, a la casilla de salida (recuérdese que procede de las prácticas convencionales de multinacionales en este sentido, lo que ha marcado directamente el modelo final, devaluado, legislativo). Por lo tanto, tanto boato con que se ha presentado mundialmente este pretendido “derecho” (inconcreto, incompleto y condicionado) queda a toda luz completamente descafeinado, pues se trata un desnaturalizado derecho: carece de la garantía de un poder -a favor del trabajador- para negarse realmente a la conexión y de la imposición de un genuino deber -del empleador- de abstenerse de disposición alguna digital.

¿Pura crítica desmedida y desinformada de un comentarista español que infravalora la originalidad del gabacho legislador? En absoluto. La doctrina francesa evidencia la vacuidad del derecho en su configuración legal, pues sin delimitación de contenidos (normas primarias) ni imposición de las sanciones de efectividad (normas secundarias), la efectividad del derecho queda difuminada, mutando en un puro deseo, en un desiderátum que hace del convenio, allí donde haya, su condición principal de existencia y sentido práctico²².

¿Pura cortina de humo jurídico, pues, una vez más, tanto del gusto de la pompa del país vecino, cuna de la Ilustración? No tan poco. Como enseña la doctrina francesa -y confirma un sector de la española que mejor la ha analizado²³-, que ha de servir de especial referencia, tras el solemne nombre estaría el *poder* -quizás algo ingenuo, pues la práctica de una relación de poder desigual debilita la posición- *del trabajador de no responder cuando esté fuera de su jornada al empresario*. En realidad, no se trataría sino de atribuir al trabajador más una garantía de eficacia de su verdadero derecho: el derecho al descanso, derecho fundamental comunitario ex art. 31.2 CDFUE, así como principio general del Derecho de la Unión (*sentencia Tyco*).

Pero si esto es así, como parece hay sobradas razones jurídicas y prácticas para que se pueda sostener, como hacemos ¿qué aporta realmente de nuevo a

²² Vid. J. Ray. “*Grande accélération...*”, Op. cit., págs. 912.

²³ Por todos, M.R. Vallecillo Gámez. “*El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?*”. Op. cit. pp. 169 y ss.

cualquier ordenamiento de la UE, como el español, para reconocer y garantizar un poder de autodeterminación razonable de los trabajadores para evitar que tengan que estar conectados siempre, incluso fuera de su jornada de trabajo -tiempo de libre disposición para él-? Realmente, fuera de las diferencias de texto, coincidiría, en lo sustancial, con el citado art. 14 CC de AXA SEGUROS. Pero, entonces ¿sí sólo se refleja el derecho/libertad, pero no el deber/prohibición de la empresa de mantener esa conexión, en qué se ha innovado el ordenamiento jurídico-laboral francés, objeto de deseo por otros, como el español, según se desprende de las iniciativas parlamentarias?

3.2. El derecho fundamental al descanso efectivo como fuente integradora del contrato: El poder de desconexión digital como garantía aplicable y aplicada en España

3.2.1. Vincular el tiempo libre del trabajador a la empresa es inconstitucional por reducir la persona a mero factor productivo (STCO 192/20013)

Una vez expuesto en qué consiste realmente la regulación francesa, tomada en serio, a través de los análisis de doctrina científica autóctona, y no voceada como propaganda de una nueva realidad jurídica que no existe, surge una cuestión clave para nosotros: ¿de verdad no existe ya, de derecho positivo, en nuestro ordenamiento una garantía jurídica verdaderamente operativa de efectividad del derecho al descanso que responda al sentido de la desconexión? Visto la potencia del derecho al descanso, como enseña la jurisprudencia comunitaria, y lo limitado y obvio de la facultad que resume la afortunada denominación francesa ¿alguien se puede creer que sin ley ni convenio no haya facultad de oponer la libertad de desconexión?

Para darle más concreción al interrogante y orientar más fácilmente la respuesta -en el sentido favorable a su existencia ya en nuestro Derecho, como definiendo, sin necesidad de una mediación legislativa o convencional necesaria, por más que pueda convenir, pero siempre que sea útil, no en el sentido genérico de la ley francesa- traigamos a colación diversas fuentes de las relaciones de trabajo, de carácter extra-legislativo. Primero, recordemos que es lo que, en su núcleo duro último y realmente operativo, depurado de toda la fanfarria explicativa, dice el celebradísimo artículo 14 CC AXA SEGUROS: “...*salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo*”.

Vemos, pues, que AXA no reconoce en ningún momento ninguna obligación a cargo del empleador de no enviar mails o mensajes profesionales al trabajador fuera de su horario, sino que lo garantizado es que el trabajador tiene libertad de no responderlos. Ciertamente, es de entender que si no tiene que responder no los debería enviar, pero ¿qué pasa si sí los hace, hay alguna consecuencia? ¿Puede el

trabajador exigir, en el ejercicio de su derecho a disponer libremente de su tiempo de no subordinación, que haya dispositivos en la empresa de los que se desprenda una tutela realmente preventiva, esto es, que bloquee cualquier envío fuera de la jornada? Nada de eso aparece en el precepto convencional tan loado, sólo que el trabajador puede desconectar individualmente y no responder. Pero ¿qué tiene eso de nuevo en nuestro Derecho? Nadie, seriamente, puede creer o argumentar que antes de ese reconocimiento los trabajadores de AXA estaban disponibles obligatoriamente frente a su empleador fuera de su jornada de trabajo, debiendo contestar, o exponiéndose, en caso contrario a represalias, pues el reconocimiento convencional no añade nada al poder de autodeterminación que otorga, sin mediación legislativa alguna, por su eficacia directa, el art.18 CE, a todas las personas cuando están en su vida privada, especialmente en su relación obligada con el art. 10, 1 y 2 CE.

Al respecto, entiendo del máximo interés traer a colación la conocida doctrina del TCO según la cual, *toda concepción* -por supuesto toda conducta y/o práctica- empresarial -y social- *que considere el tiempo libre del trabajador como tiempo vinculado*, de una u otra manera, al interés productivo del empleador, *es inconstitucional*, porque reduce a simple factor de producción la persona del trabajador. Aunque, como es sabido, esta doctrina constitucional se fijó en relación al periodo de vacaciones anuales (STCO 192/2003, 27 de octubre), realmente tiene una dimensión general y ha de servir para toda comprensión de los periodos de descanso. En todos ellos, con una mayor o menor intensidad, se da un mismo fin: el tiempo de descanso es un tiempo de reposición de energías y de esparcimiento propio, por lo tanto, exige, por sí mismo, la garantía de una libertad de desconexión respecto del tiempo productivo.

En otros términos, fuera de la jornada de trabajo (en su sentido amplio, claro, por lo tanto ordinaria y extraordinaria, y atendiendo siempre a los diversos modos de organización y distribución flexible del mismo, pues no será lo mismo el trabajador a distancia, o el trabajador a tiempo parcial con horas complementarias...), el tiempo de vida lo es para ejercer la propia personalidad a placer, también, naturalmente, atendiendo a circunstancias de tipo personal, social y familiar (enfoque realista). Pero siempre expresión de libertad y, por lo tanto, no sólo no se le puede exigir que mantenga la conexión productiva, aun digital, sino que incluso cabría extraer un poder de oposición a conductas y prácticas empresariales que lo obstaculizaran, activando la inmensa gama de medidas de tutela efectiva ligadas a la eficacia de los derechos fundamentales, incluidas indemnizaciones disuasorias (art. 183 LRJS).

Refuerza este plus de protección, tratándose de una cuestión de orden público laboral, la jurisprudencia comunitaria que aboga por el carácter no solo efectivo

del descanso sino de su eficacia preventiva de riesgos a la seguridad y salud en el trabajo. Al respecto, debe tenerse presente la elevación de rango que le otorga el art. 31.2 CDFUE. El TJUE ha cuidado siempre de preservar, cualquiera que sea el “formato” organizativo del trabajo y en la convicción de que debe primar el fin, el estatuto de salud de los trabajadores que está en la base de estas regulaciones²⁴. Desde esta óptica, debe recordarse que la libertad de desconexión digital extra-laboral haya su causa principal en la Ley francesa en la prevención del plus de presión laboral estresante que la sobrecarga digital general si se mantiene fuera de la jornada

3.2.2. *La sobrecarga digital extra-laboral como factor de estrés prohibido legalmente: alguna experiencia judicial nacional de garantía de desconexión digital*

Por lo tanto, las normas sociales de la Unión y la Constitución (arts. 18 en relación a los arts. 10, 15 y 40 CE), en el marco del sistema de instrumentación operativa de tales derechos (nivel primario), para la protección eficaz de la salud psicosocial, constituido por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales -LPRL-, conforme a la doctrina constitucional (STCO 62/2007, de 27 de marzo). No hay que olvidar que el TJCE (15 de noviembre de 2001, C-49/00), al igual que el TS español (STS 101/2016, 16 de febrero), ha considerado que la LPRL incluye la tutela eficaz frente a los riesgos psicosociales, y su protección efectiva (art. 14 LPRL) exige evaluar y remover todo factor estresante, como la *sobrecarga digital*, dentro y, por supuesto, más fuera.

Al respecto, si es verdad que nuestra jurisprudencia no ha llegado tan lejos como la francesa a la hora de configurar el deber de protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo, por lo tanto también la psicosocial, como una auténtica obligación de resultado (Court de Cassation, 13 de marzo de 2013, n. 11-22.082, entre otras precedentes²⁵), no menos cierto es que en nuestra experiencia esa obligación está integrada por una diligencia especial a cargo del empleador -art. 96 LRJS-. Precisamente, una vez más, para progresar en mayor concreción práctica de la operatividad inmediata de cuánto se afirma en el plano de la dogmática jurídico-contractual y constitucional, de gran utilidad será traer a colación la doctrina judicial, pionera en nuestra experiencia y excesivamente

²⁴ Si bien la prevención de los riesgos a la seguridad y salud en el trabajo derivados de la fatiga y el cansancio asociados al trabajo ha sido la finalidad básica asociada a los periodos de descanso, con posterioridad se vinculan otras, en especial a las vacaciones, como disponer de tiempo real de esparcimiento y de ocio. Vid. STJCE de 20 de enero de 2009, caso *Shultz-Hoff*. Más recientemente la STJUE 30 de junio 2016, caso *Sobczyszyn*.

²⁵ Vid. la cuidadosa referencia en M.R. Vallecillo. “*El derecho a la desconexión...*”, Op. cit., p. 175.

ignorada en la mayor parte de los estudios doctrinales al respecto²⁶, que, en cierto modo, ya habría reconocido y actuado una suerte de garantía o de derecho a la desconexión digital en relación a nuevos dispositivos móviles, como los “GPS”, en el tiempo de vida privada. De particular relevancia, a mi juicio, resultará la doctrina emanada de la STJS Cataluña 3613/2013, de 23 de mayo.

El caso es el siguiente. La empresa SCHINDLER instaló el denominado acelerómetro en los teléfonos móviles de los trabajadores de la sección de mantenimiento. Dicho aparato, es un elemento electromecánico que permite convertir fenómenos físicos en señales (se encarga de captar el movimiento o la ausencia del mismo). El acelerómetro se encuentra instalado dentro de un teléfono móvil cotidiano, entregado por la empresa a los trabajadores de mantenimiento. Este dispositivo se complementa con un GPS integrado en el teléfono. Comunicada esta implantación a la representación de los trabajadores, la empresa la justifica en la intervención precoz en caso de eventual accidente. Cuando el acelerómetro se activa, y detecta una ausencia de movimiento del trabajador de más de dos minutos, lanza señal acústica de 60 segundos y un mensaje en la pantalla, desencadenando de manera automática una llamada de emergencia al centro de control (atendido durante 24 horas los 365 días). La empresa da un tiempo máximo para la realización de las tareas de mantenimiento. Es obligado llevar personalmente el acelerómetro, no en la caja de herramientas, incluso fuera de la jornada, porque *lo tiene que poner a cargar en sus casas. El acelerómetro como tal no se puede desconectar, sino que se tiene que hacer con una aplicación*, de la que no tienen conocimiento los trabajadores; lo que sí se puede es desconectar el sonido.

La ITSS levantó acta de infracción preventiva contra esta práctica y la autoridad laboral dictó resolución sancionadora. Impugnada, la sentencia de instancia la legitimó.

En el recurso de suplicación se confirma la sentencia de instancia. No vamos a entrar ahora en la cuestión, más clásica, de los problemas de legitimidad del control que permite este tipo de dispositivos, que la sentencia también analiza de forma exhaustiva, recorriendo con un gran detalle la jurisprudencia constitucional clásica²⁷. Sin embargo, añade otro razonamiento de control de legitimidad que

²⁶ De interés el estudio de E. González Cobaleda. “Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC: una perspectiva de protección diferente”. RTSS-CEF, n. 387, pp. 17-42.

²⁷ Frente a la alegación de la empresa de que la finalidad del control es puramente a efectos de seguridad y salud del trabajador, sin que permita conocer detalles personales de éste, la Sala de suplicación afirma que “si que permite un control definitivo pues mediante el GPS de la Blacberry permite tener conocimiento de la actividad que realiza el trabajador en cuanto a la ubicación del mismo e impide que se pueda ausentar, ya que quedaría registrado por la señal por el GPS y si lo deja en la caja de herramientas se activaría la alarma y procederían a llamarlo por teléfono”. De lo

resulta mucho más novedoso y que aquí interesa mucho más. En efecto, para la sala:

“...la forma de fiscalización del citado acelerómetro, *lleva consigo una situación de riesgo psicosocial*, pues...*que utilice la empresa un aparato de última tecnología* para controlar el trabajo no puede tener la consecuencia de que, *fuera de la jornada laboral*, tengan incluso que en su domicilio familiar...que es la esfera personal y privada del trabajador... *continuar en una situación in vigilando* del citado dispositivo para que esté en condiciones óptimas para su buen funcionamiento en la jornada laboral” (Fundamento Jurídico Décimo segundo)

Aunque no la denomina así, evidentemente, parece claro que la sentencia reconoce un clarísimo derecho a la desconexión digital fuera de la jornada de trabajo para este caso. Y no como expresión de una norma concreta que así lo diga, pues no la hay, sino directamente por la capacidad de los derechos fundamentales de los trabajadores de integrar prohibiciones para el empleador y derechos de autodeterminación para el trabajador en el ejercicio del poder de dirección extralimitado, como sería ejercerlo fuera de la jornada laboral, que es el caso. No lo hace directamente, claro, sino a través de instrumentos de última generación tecnológica. Pero, en línea con lo que advierte la ley francesa para reconocer expresamente la garantía de desconexión digital -que el tribunal español catalán extrae directamente de los derechos de la persona-, un ejercicio de este tipo tiene consecuencias perjudiciales en la salud psicosocial de los trabajadores pues al trasladar al trabajador la responsabilidad de la permanente conexión del acelerómetro *“fuera de la jornada laboral...lleva consigo un perjuicio en su salud [estrés] por...estar pendiente del citado dispositivo, y la incidencia que ello tiene no solo para él sino también en lo que es esa esfera privada personal familiar que la empresa demandada no puede tener interferencia alguna, ni siquiera por motivos tecnológicos como es el caso que analizamos, pues está fuera de la jornada laboral...”* (FJ Décimo Tercero).

En definitiva, no creo que sea necesario ir más allá en estos momentos en las razones jurídicas del caso concreto -resuelto con una pericia admirable- ni de la doctrina más general que acuña, pues han quedado suficientemente acreditadas. A saber:

que deduce que *“la finalidad del acelerómetro no es proteger la salud y seguridad de los empleados, ya que como lo establece la sentencia de instancia y se ha expuesto anteriormente reconoció en la vista oral que no era un equipo de protección individual sino un control de los trabajadores que... invade y entra en el ámbito de la intimidad y dignidad de los trabajadores”* (FJ Décimo primero)

a) la desconexión digital fuera de la jornada de trabajo es una garantía de efectividad del derecho al descanso y del derecho al debido respeto de la intimidad del trabajador, cuya utilidad puede exigirse en cualquier momento en que se sienta en peligro, sin necesidad de mediación legal ni tampoco convencional alguna, de un lado;

b) al tiempo que es irregular el ejercicio del poder directivo, aun mediante formatos tecnológicos avanzados, que se despliegue fuera del tiempo laboral, por lo que está prohibido su ejercicio, debiendo el empleador no sólo abstenerse de tales conductas, sino también de evaluar los riesgos psicosociales que puede generar en el trabajador el plus de carga digital, dentro y fuera del trabajo, de otro.

Esta doctrina judicial daría la razón a quienes venimos sosteniendo, desde hace meses, que el pretendido nuevo (o estatus naciente) derecho de desconexión laboral no existe como tal, autónomo y diferenciado, sino que es, en realidad, una concreción del contenido del viejo -o clásico- derecho, actualizado bajo el impuso adaptativo de las nuevas necesidades creadas por la tecnología digital -art. 3 CC-, al descanso, hoy derecho social fundamental comunitario²⁸. Bien comprendida esta doctrina judicial nacional ¿qué diferencia real hay respecto de algunas de las experiencias convencionales que dieron lugar al derecho -luego devaluado- de la ley francesa? Por ejemplo, cuando el acuerdo sectorial firmado en abril de 2014 entre Syntec y Cinov39 (patronales de empresas de tecnología francesas) y las centrales CFDT y CFE-CGC sobre duración del tiempo de trabajo establece la “*obligación de desconexión de los sistemas de comunicación a distancia*” de la empresa para determinadas categorías profesionales, a fin de asegurar su derecho a un período mínimo de descanso ¿acaso está diciendo algo diverso de lo que afirma la sala de suplicación catalana? No me lo parece, más allá de entender que ha de estarse a una interpretación restrictiva y apegada a los casos concretos. Pero sabemos que el canon hermenéutico es el contrario, la prohibición de interpretaciones restrictivas y el deber de realizar interpretaciones extensivas: estamos ante derechos sociales fundamentales²⁹.

²⁸ En esta línea M.R. Vallecillo. “*El derecho a la desconexión...*”. Op. cit. pp. 177-178.

²⁹ Sin que ahora tengamos que entrar en la espinosa cuestión de las relaciones entre particulares de las Directiva del tiempo de trabajo, pues además del efecto directo de los principios y de los derechos fundamentales, hay que tener en cuenta el predominio de la interpretación de conformidad (eficacia entre particulares u horizontal indirecta). El tema está mal resuelto por la polémica STS 8 de junio de 2016, Rec. 207/2015 (retribución de vacaciones). Una crítica en R. A. López Parada. “*Un retroceso en la primacía del derecho europeo...*”. Revista Derecho Social, n. 75/2016, pp. 121 y ss.

4. CONCLUSIONES: ¿“NON NATA” O “NEO NATA” GARANTÍA DESCONEJIÓN DIGITAL EN ESPAÑA?

Nadie discute, yo desde luego no, la profunda necesidad de adaptación del conjunto de fuentes del Derecho del Trabajo al impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, sin que las férreas resistencias de sus principales leyes a tal adaptación, que arrastran desajuste desde hace más de tres décadas, justifiquen el contumaz abstencionismo, menos ante la mayor capacidad de penetración de las tecnologías digitales. Por eso se ha dado aquí cuenta de algunos de esos problemas que exigirían una reforma legislativa, o una nueva orientación convencional, en virtud de las dificultades que se plantean en sede interpretativa, al tratarse a menudo más de conflictos de regulación (económicos) que de interpretación. Y así se ha evidenciado trayendo a colación la importante sentencia Tyco y las vicisitudes por las que está atravesando en la experiencia nacional, no demasiado exitosa, aunque conozca más de una aplicación esperanzadora. En todo caso, esa cuestión aboca más a la heteronomía, a la composición justa del equilibrio de intereses, como termina apostillando también el TJUE, que a la interpretación, sin que pueda marginarse, por supuesto, como parece hacer el TS, que sigue atrapado en su inercia de interpretación puramente literal, del art. 34.5 ET y también de los preceptos convencionales que lo recogen -literalmente-, en especial sobre la trasnochada doctrina de dar primado a la interpretación de instancia, por ser más una cuestión de hecho y de contrato el convenio que de norma jurídica.

Ahora bien, al mismo tiempo, se ha evidenciado que hay otras cuestiones en las que, en efecto, al contrario, más que un enfoque de regulación estamos ante un marcado tema de interpretación o, mejor, de integración de garantías de efectividad de derechos fundamentales de los trabajadores, para lo que, sin perjuicio de ser siempre bienvenidas las -buenas- leyes y los -buenos- convenios colectivos legislativo, no se precisa en absoluto una mediación expresa del legislador. Si, como hemos visto, tanto para la ley francesa como para las experiencias más recientes convencionales en España, que siguen su estela, el “derecho” de los trabajadores a desconectar de su trabajo y a no recibir mensajes ni correos electrónicos una vez concluida su jornada laboral es el núcleo duro del mismo, carece de toda razonabilidad esperar a que haya una ley o un convenio, que así lo diga para convencer o persuadir a los operadores jurídicos, y a los trabajadores, de que, en tanto, no existe en nuestro sistema una tal garantía de tutela del derecho a la efectividad del descanso -art. 15 en relación al art. 10 y 40 y 43 CE- y al respeto a la vida privada -art. 18 CE-. Nada tiene que ver que sea el convenio la norma natural para la determinación de la jornada de trabajo, en sus múltiples modalidades, para que el trabajador tenga siempre la libertad-poder de autodeterminación fuera de la jornada de trabajo.

Como reconoce una sólida doctrina judicial aquí expuesta y analizada, el imperativo legal de ejercicio regular de su poder de dirección (art. 20 ET) tiene como límite la vida privada. Por lo tanto, que las nuevas realidades tecnológicas faciliten un uso irregular, en nada obsta a que el trabajador tenga exactamente el mismo nivel de protección que en el modelo analógico de organización, aunque para que ese nivel sea realmente efectivo haya que concretar la protección ofrecida por los derechos fundamentales, ya directamente, pero en espera de concreción en la práctica conforme a las necesidades operativas de cada momento y supuesto, con medidas actualizadas en su denominación, o formato, pero no en su contenido. Entre desconectar digitalmente (nueva garantía nominada digitalmente) y disfrutar realmente del periodo de descanso (garantía general clásica) no hay ninguna diferencia de sentido práctico. En ambos casos, ayer como hoy, la regularidad del poder directivo exige que no pueda obligar al trabajador a prestar servicios, ni de forma presencial, ni a distancia a través de los dispositivos informáticos, fuera de estos tiempos de trabajo debidos.

Por lo mismo, el art. 5 ET es inequívoco cuando señala que el trabajador debe limitarse al cumplimiento de las obligaciones concretas de su puesto (art. 5 ET). En consecuencia, si la garantía de desconexión digital significa -como se deduce de la sentencia catalana comentada- que ni cabe controlar ni sancionar ni generar riesgo de estrés por la negativa del trabajador a hacer actividad en esos momentos extramuros de la jornada (aunque sea sólo tener enchufado un dispositivo de la empresa para que se cargue -acelerómetro- en el domicilio particular), su falta de respeto conlleva lesión de derechos fundamentales. ¿Qué aporta, entonces, su reconocimiento legal o convencional? Por supuesto, soy consciente de que existe un contenido amplio a integrar por la ley y convenio, en función de la creatividad y capacidad negociadora, por lo que será mayor su eficacia, ya que la experiencia convencional ofrece una infinidad de posibilidades superior a las derivadas de la interpretación³⁰. Ahora bien, no menos cierto es que, en la mayor parte de los convenios conocidos -en Francia, y el ahora emergido en España-, se limita a la faceta negativa: la libertad (no siempre estrictamente el poder) de no contestar en tiempo no laboral. Pero esa faceta -incluso otras activas -el poder de exigir que se abstenga de enviarlos el empleador- ni exigiría intermediación, ni legal y ni colectiva, sino que es una garantía directamente exigible de la eficacia de los derechos fundamentales que ya posee el trabajador, ni realmente falta, pues las leyes laborales, interpretadas de conformidad, tanto con la realidad cuanto con los derechos y principios superiores, ya reconocen esa garantía.

³⁰ Por ejemplo: Mercedes-Benz reconoce el sistema “Mail on holiday”, para que los correos enviados a trabajadores de vacaciones sean automáticamente redirigidos a otros disponibles de la empresa. De este modo tiene dos efectos: evita que lleguen a sus destinatarios en vacaciones -*desconexión propiamente*-, y también la sobrecarga de mensajes propia de la acumulación en el periodo de vacaciones -*efecto preventivo del estrés posvacacional*-.

A mi entender, esta construcción no peca ni de idealismo ni de falacia jurídica. Una sana dosis de realismo jurídico-laboral, más que conveniente absolutamente necesario, enseña que el despliegue empresarial de sus poderes extramuros de la empresa (que siendo digital se desvanecen o se vuelven “líquidas”, integrando también su entorno exterior, incluida la esfera privada del trabajador), no suele hacerse de manera visualizada con nitidez. Ni las consignas serán precisas, transparentes, ni los modelos de organización del trabajo tendrán fronteras tan nítidas, como por ejemplo sucede con la actual tendencia a sistemas más flexibles y también globales, para que la distinción se complique (ejemplo: trabajo por objetivos). Se comprueba esta orientación en el mismo convenio AXA, que no sólo se abre al teletrabajo (para muchos urgido de una excepción al “derecho” a la desconexión, precisamente allí donde puede tener más sentido, porque la dilución de fronteras es mayor), sino también al moderno sistema de “retribución variable”. El riesgo de esa mayor flexibilidad y disponibilidad del trabajador para el tiempo estricto de trabajo está en tener que convertir el eventual tiempo libre en laboral para alcanzar las expectativas comprometidas, de lo que dependerá la retribución y el cumplir con diligencia la obligación. La red digital, pues, se convierte en una trampa de “tela de araña” para el trabajador que se situará en los límites, sino los traspasará, del estrés laboral.

Sin embargo, entiendo que ningún argumento serio y sólido se aporta por tan obligada dosis de realismo para contradecir esta tesis del reconocimiento directo como imperativo de máxima efectividad de los derechos fundamentales (en cierto modo ya sucedió así hace años en relación al reconocimiento del derecho de los sindicatos ex art. 28 CE a utilizar el correo electrónico para su información sindical, pese al silencio, que pervive, de la LOLS). Primero porque si se extrema, cabría situarse muy cerca de las posiciones que critican -no sin razones-este derecho por ser sólo el reconocimiento de un “nuevo privilegio” a los trabajadores ya protegidos, mientras se olvida que para un buen número de trabajadores (irregulares, precarios, falsos autónomos) esa desconexión es una quimera, pues la conectividad sería la única oportunidad de un empleo. Así lo pondría de relieve el artículo de The Guardian citado:

“Laws protecting workers from employers’ out-off-hours emails ignore the fact that, for many, switching off is not an option”³¹

Segundo, porque nada añade a la dificultad práctica de cualquier norma laboral que se pueda dictar expresamente al respecto. Precisamente, para superarla razonable mente rigen las pautas interpretativas que dan primacía al fin sobre la forma.

³¹ Cfr. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/feb/19/right-to-disconnect-digital-gig-economy-evgeny-morozov>

Tercero, cuando se ha producido esa intervención legislativa -Francia- ni un solo útil de protección adicional se ha dado para deshacer esas dificultades, pues todo queda remitido, en efecto, a lo que pueda disponer, sin concreción ni sanción, el empleador. En definitiva, volvemos una y otra vez a la casilla de salida. Por lo tanto, no se debería confundir el nivel de intensidad de la tutela frente a la conectividad permanente, conforme a las circunstancias de cada caso -tipo contractual, sector, categoría profesional-, que precisará desarrollos, con el reconocimiento y garantía de un nivel mínimo de protección frente al desbordamiento digital de las fronteras de los tiempos de vida, para lo que no se precisa mediación reguladora adicional, legal o convencional. En ambos planos, de superiores niveles de protección como del nivel básico o mínimo (contenido esencial del derecho actual), cabe realizar la correspondiente adecuación flexible, para que la efectividad protectora no sea sinónimo de rigidez protectora. Pero tampoco aquí hay novedad ni dificultad alguna, porque, como enseña la sentencia catalana referida, el problema es siempre el mismo: de razonabilidad y de proporcionalidad.

Precisamente, para muchos partidarios de la regulación del derecho de manera formal -un acto de autoridad positiva, legal y/o convencional- la ley debería limitarse a un estatuto de mínimos, cuidadosa al tiempo con la necesidad de introducir especialidades y excepciones para no ser rígida, difiriendo en gran medida la labor al convenio. Pero, entonces ¿en qué queda el derecho como tal? En realidad, no habría novedad de gran calado, por cuanto, en una versión tan devaluada o diluida, es una práctica de “derecho débil” en muchas empresas de gran tamaño. En suma, por las razones que aquí he expuesto tengo la convicción de que hay que huir del exceso de esnobismo y artificialidad en los derechos de nuestro tiempo, evitando crear cortinas de humo sobre lo esencial: garantizar la efectividad de los periodos de descanso, esto es, hacer efectivo el clásico derecho, hoy social fundamental; no proponer a bombo y platillo pretendidos nuevos derechos bajo cuya fascinante denominación modernista no habría contenido o mejora real, como la mejor doctrina francesa concluye respecto de su ley.

Ciertamente, su nombre o denominación es afortunada y ya es imparable, y esa es una buena noticia. Pero dado que se ha vaciado de sentido práctico el derecho en la ley francesa, no debería suceder lo mismo en nuestra experiencia, que ya conoce casos de acertadísima aplicación de la garantía en su plena sustancia, al margen de la denominación que se le dé -como sin duda sucederá también con el “nuevo derecho al olvido digital” laboral, versión típica de un “derecho inespecífico” (Palomeque) que tendrá recorrido mayor cuando entre en vigor el Reglamento-. En última instancia, tampoco aquí el conflicto jurídico debería ser el nombre de la cosa (“El nombre de la rosa”), sino el de la mejor garantía de efectividad de la sustancia o la cosa misma: y esa no es otra que la efectividad en la era digital del derecho al descanso.

BRECHA DIGITAL, POBREZA Y EXCLUSIÓN SOCIAL

SOFÍA OLARTE ENCABO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras Clave: Brecha digital, discriminación, pobreza, exclusión

En este artículo se analiza el impacto de la sociedad tecnológica desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación. Para ello se estudian los conceptos y elementos definitorios de la revolución tecnológica y la brecha digital, partiendo de estudios en diversos campos del conocimiento y de documentos de organismos internacionales. A partir de conclusiones importantes obtenidas al respecto, como la ambivalencia del fenómeno desde un punto de vista social y sus múltiples implicaciones, se estudian la situación y las iniciativas en el ámbito de la UE y su orientación, así como las adoptadas en España, con sus continuidades y diferencias, con una referencia al ámbito autonómico. En lugar de una conclusión final única, se aportan conclusiones en cada uno de los apartados, de las que se desprende la relevancia de la brecha digital, su complejidad e importantes repercusiones sobre los derechos sociales, así como los avances y las insuficiencias de las políticas públicas, que lentamente caminan hacia la construcción de un derecho social a la inclusión digital como condición de una plena ciudadanía en la sociedad de la información.

ABSTRACT

Key words: Digital divide, discrimination, poverty, exclusion

This article analyzes the impact of the technological society from the perspective of the principle of equality and non - discrimination. To this end, the concepts and defining elements of the technological revolution and the digital divide are studied, starting from studies in various fields of knowledge and documents of international organizations. Based on important conclusions obtained such as the ambivalence of the phenomenon from a social point of view and its multiple implications, the situation and initiatives at EU level and their orientation are studied, as well as those adopted in Spain, with its continuities and differences, with a reference to the autonomous field. Instead of a single final conclusion, conclusions are drawn in each of the sections, which reveal the relevance of the digital divide, its complexity and important repercussions on social rights, as well as the advances and shortcomings of the policies Public, who are slowly moving towards building a social right to digital inclusion as a condition of full citizenship in the information society.

ÍNDICE

1. LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA COMO PRESUPUESTO DE LA BRECHA DIGITAL
2. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN DE LA BRECHA DIGITAL
3. EMPLEO, SERVICIOS PÚBLICOS Y BRECHA DIGITAL
4. LA UNIÓN EUROPEA ANTE LOS RETOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y LA BRECHA TECNOLÓGICA
5. LA LUCHA CONTRA LA BRECHA DIGITAL EN ESPAÑA

1. LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA COMO PRESUPUESTO DE LA BRECHA DIGITAL

La expansión totalizante de las TIC –Tecnologías de la Información y la Comunicación- determina, y en esto coinciden todos los estudios desde muy diversos ámbitos científicos, el progresivo abandono de la era industrial y la entrada en una nueva fase histórica, aún en construcción, conocida como sociedad postindustrial. Entre las múltiples dimensiones del fenómeno, - económica, social, política, cultural, tecnológica y cognitiva o filosófica-, es claro que las TIC afectan de forma muy profunda al trabajo, las relaciones laborales y la estructura social.

En el marco de esta obra monográfica, centrada en analizar las distintas implicaciones que para el trabajo y las relaciones laborales comportan las TIC, el presente artículo pretende estudiar su impacto sobre la estructura social, concretamente su incidencia en la pobreza y la exclusión social, íntimamente relacionadas, con el trabajo (y su carencia o calidad) como medio de vida y de integración social predominante, lo que condiciona, además, el acceso a los sistemas de protección social y servicios públicos básicos. En efecto, como veremos, las políticas de lucha contra la pobreza y la exclusión social, orientadas prioritariamente a la inserción activa, tanto en el plano nacional, como en la UE, se refieren a la brecha digital como una nueva forma de exclusión y a la necesidad de su reducción.

La noción de brecha digital –*digital divide*- se genera conceptualmente a partir de los análisis sobre la incidencia de las TIC sobre la estructura social y el mundo del trabajo. Y, cómo vamos a ver, nos remite a un concepto ya consolidado tanto en el ámbito científico, como en el discurso de organizaciones y organismos internacionales y en el de las políticas públicas nacionales. Y, aunque, en parte, se da por sabido, es importante hacer una aproximación conceptual detenida, identificando sus elementos definitorios, para poder deducir de ellos algunos aspectos importantes relacionados con la exclusión y las políticas sociales de lucha contra la pobreza.

No obstante, para analizar qué es la brecha digital, es obligado partir de una breve caracterización de la era postindustrial y la sociedad de la información, destacando sus elementos caracterizadores: Puede afirmarse que la Revolución Tec-

nológica –al igual que sucedió con la Revolución Industrial- tiene fecha y lugar de nacimiento: la segunda mitad del siglo pasado, en EEUU. Este país se benefició de su alejamiento de la Segunda Guerra Mundial, actuando como proveedor principal de los aliados y la mayor capacidad organizativa para la expansión de la producción de forma más eficaz- , pasando así a ser el centro político, económico y militar en detrimento de Europa¹ La apuesta pública, especialmente la Administración Militar, por la investigación, sobre todo en las áreas computacional, comunicacional e informacional, deja ver sus efectos rápidamente en la economía norteamericana de los años sesenta y ya en los años setenta más del 50% de la fuerza de trabajo participaba en actividades de información, siendo la industria de la información y comunicación una de las más fuertes y a la que se dedicaba más de la mitad de inversión de capital. En 1995 este sector representaba más de un tercio del crecimiento total de la economía estadounidense.² Los países europeos, en contraste, han ido a la zaga, con muchos años de retraso.

No podemos extendernos aquí sobre el proceso y su expansión global, limitándonos a destacar alguna de las características de esta revolución tecnológica de especial interés para tema que nos ocupa; concretamente, las siguientes:

-En primer lugar, la ambivalencia inherente a las TIC. En efecto, éstas constituyen, como factor de cambio en la economía global basada en el conocimiento y como factor de competitividad, una oportunidad de progreso social, a la vez que un riesgo de profundización en la fragmentación y la desigual distribución de la riqueza; efecto bidireccional en el que la accesibilidad universal, el acceso a internet y la extensión de la infraestructuras de la información y la comunicación juegan un papel determinante en este sentido. Es innegable que las TIC han generado expectativas de mejora social, al posibilitar, en términos teóricos, el acceso universal a la información, fortalecer la sociedad civil y la democracia, avanzar en la inclusión social, optimizar recursos, brindar nuevas oportunidades culturales, generar nuevos empleos y más progreso social, pero también es posible que genere efectos contrarios al agrandar las diferencias entre países, regiones y grupos sociales.

Tempranamente, la OIT constata dicha ambivalencia, al dar cuenta de los desafíos y, a la vez de las oportunidades que las TIC brindan al desarrollo económico, la creación de empleo y la erradicación de la pobreza³ También la ONU advierte de su carácter bidireccional, al señalar que, en la medida en que este

¹ HOBSBAWM, E.: Historia del Siglo XX, Grijalbo, 1998

² Cfr. HAYES, R.: History review: the development of information science in the United States, en http://www.chemheritage.org/explore/ASIS_documents/ASIS98_Hayes.pdf

³ Cfr. OIT, “Salvar la brecha digital. Aprovechar las TIC para favorecer el desarrollo económico, la creación de empleo y la erradicación de la pobreza”, Revista de la OIT, n° 38, 2001.

proceso tecnológico se deje en manos de los mercados de forma exclusiva, ello, puede comportar un agravamiento de las desigualdades sociales entre países desarrollados y países en vías de desarrollo⁴ Pero, además de este riesgo a nivel internacional, es claro que el mismo se reproduce a nivel interno, en cada país, incidiendo sobre la estructura social y el reparto de la riqueza. Por su parte la UNESCO, en su informe *Universalidad de Internet: un medio para crear sociedades del conocimiento y la agenda de desarrollo sostenible después de 2015*. (2013), centra la importancia del cambio tecnológico en Internet, al que define como un sistema global de dispositivos interconectados que ofrece servicios a los usuarios y usuarias de todo el mundo. Fenómeno que trata describirse de forma aséptica, señalando cómo después de tres décadas de evolución y adopción, Internet se ha convertido en una red de redes diversificada y en evolución que consta de millones de conexiones privadas, públicas, académicas, empresariales y de administraciones, de un alcance que va desde local a mundial, y que se gestiona a través de una amplia gama de tecnologías con cable e inalámbricas. En particular, afirma que “Internet transporta una amplia gama de datos y recursos, servicios y aplicaciones de información... la infraestructura que da soporte al correo electrónico, a redes privadas y a la Internet de las cosas”. No obstante, el Informe, aun centrado en la descripción del fenómeno, incide igualmente en los retos y riesgos de fractura entre pobres y ricos en la sociedad global, estableciendo el principio de universalidad de Internet y la accesibilidad para todas las personas y todas en todas las dimensiones. Concretamente afirma la necesidad de Internet “Accesible para todos” como parte de la “universalidad de Internet”, lo que implica acceso abierto, como vía de evitar discriminaciones digitales, y “que los modelos sostenibles y fiables de negocio puedan financiar el acceso universal y además puedan garantizar la accesibilidad a través del mantenimiento de una gama diversa de contenidos y de servicios.” Asimismo, propugna la necesaria implicación pública y de recursos públicos “que va desde las asociaciones entre el sector público y el privado hasta la producción entre iguales basada en el dominio público, y una normativa y unas medidas de política adecuadas, son necesarias para una universalidad eficaz”.

De este modo, las distintas organizaciones internacionales coinciden en señalar que las TIC por sí solas no constituyen un remedio para las grandes fracturas sociales, sino que, al contrario, pueden incidir en un agravamiento de las brechas sociales preexistentes. Y el reto es crear un marco jurídico e institucional que garantice, entre otros principios como la seguridad, la fiabilidad y privacidad, la no discriminación tecnológica, porque las TIC también tienen un potencial

⁴ Vid., en este sentido, más ampliamente, las conclusiones de la Declaración de principios de la Cumbre de la Sociedad de la Información, ONU, 2003.

importante en orden a aumentar las oportunidades de todos y mejorar el nivel de vida de forma generalizada⁵

-En segundo lugar, otra característica a destacar, es su amplio impacto y diversidad de variables sobre las que incide. La mayor y más rápida accesibilidad a la información y el conocimiento, actualmente considerados factores claves del progreso social y económico, han afectado profundamente la economía, el trabajo (vertiente ocupacional, sobre todo) y la sociedad y su globalización. Y a partir de estas tres dimensiones, sus efectos se proyectan, también, en lo cultural, lo político y lo científico. En lo que aquí nos interesa, conviene destacar su impacto sobre el modo de producción capitalista, desplazando el trabajo como factor de producción, en favor del conocimiento y la tecnología. En la economía del conocimiento, el acceso a la información es un imperativo de competitividad en el mercado global, afectado ello en primera línea a la fuerza de trabajo, las relaciones laborales y las empresas en prácticamente todos los aspectos, desde los mecanismos de intermediación laboral o la formación y capacitación de los trabajadores, el desplazamiento del paradigma del trabajo por cuenta ajena, la expansión del teletrabajo y nuevas formas de control empresarial o riesgos laborales emergentes, hasta las propias relaciones laborales colectivas. Por tanto, y esta es la segunda característica aquí destacada, es un fenómeno multidimensional pero predominantemente económico-laboral.

-En tercer lugar, otro aspecto relevante es la retroalimentación entre los procesos de globalización económica, revolución tecnológica y deslocalización empresarial. El mercado global y el retroceso de las economías nacionales ha facilitado la revolución tecnológica, a la vez que ésta proporciona la base tecnológica que aquélla requiere. La combinación de ambas realidades ha generado la progresiva desindustrialización de los países ricos, desplazándose la producción industrial a países en vías de desarrollo –o incluso países pobres–, como resultado de estrategias planificadas de las grandes corporaciones empresariales y ello no sólo en lo que se refiere a actividades de suministro, sino abarcando también procesos industriales tecnológicamente punteros. La deslocalización industrial vinculada a la revolución tecnológica, con efectos desiguales y ambivalentes en las economías emergentes, genera problemas en la estructura del empleo en los países industriales de primera generación sin precedentes, cuantitativa y cualitativamente hablando. Problemas que están estrechamente vinculados a la revolución tecnológica, sin que se pueda hablar, por ahora, de

⁵ Se suele destacar como oportunidades o aspectos positivos de las TIC: el rápido proceso de generación y distribución de la información, la posibilidad de dar acceso a todos, la superación de barreras espacio temporales, el teletrabajo, la agilización de trámites administrativos, posibilidad de un mayor desarrollo cultural, o la educación a distancia.

una completa desaparición de la sociedad industrial, ya que nos hallamos en una etapa de transición o de solapamiento de dos modelos. Pero si algo es claro es que la sociedad postindustrial, que poco a poco desplaza al modelo industrial, trae consigo nuevos retos sociales, políticos y económicos, entre los que destaca la aparición de una nueva fuente de desigualdad y pobreza a escala mundial y a nivel interno en cada uno de los Estados, la brecha digital.

2. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN DE LA BRECHA DIGITAL

El término brecha es lingüísticamente hablando un sustantivo polisémico, con significados muy precisos en distintos ámbitos científicos alejados del campo de las ciencias sociales, como la geología o la ciencia militar. En el lenguaje usual nos remite a una rotura en una superficie o a una herida, lo que trasladado a nuestro tema, aun abusando de la metáfora, comportaría entender la brecha como rotura o herida en la sociedad. También se define brecha como boquete, abertura, agujero, separación, resquicio por donde algo empieza a perder seguridad o diferencia difícil de salvar, lo que aplicado al campo social nos da ya algunas pistas sobre la connotación negativa que el término comporta. Pero, incluso, aun limitándonos a las ciencias sociales, es constatable su diferente significado, por ejemplo, en economía, donde se habla de brecha inflacionista o se emplea como sinónimo de introducción de un nuevo producto en el mercado, y la sociología, donde se quiere indicar la existencia de una desigualdad entre grupos sociales.

Una de las expresiones de uso más extendido en relación con el término brecha es la denominada “brecha de género”. En realidad, un neologismo, nacido en el ámbito de la sociología, hoy ya de empleo generalizado incluso en el ámbito jurídico, con el que se alude a la existencia de desigualdades entre hombres y mujeres. El término brecha de género responde a una construcción analítica y empírica relativa a las diferencias entre las categorías de una variable en relación con las tasas masculinas y femeninas, poniendo de manifiesto la existencia de desigualdad entre mujeres y hombres en distintos ámbitos.

El paralelo neologismo, “brecha digital”, se refiere a la separación entre grupos (por países y dentro de cada Estado) que tienen acceso y utilizan las TIC como parte de su rutina diaria (saben utilizarlas y obtener rentabilidad de ellas) y los grupos que no⁶. Su configuración conceptual se sitúa en los Estados Unidos en la década de los 80, donde Larry Irving la define como “diferencia entre personas y regiones en el acceso a las TIC por una densidad telefónica

⁶ la sociedad de la información”, en Revista puertorriqueña de bibliotecología y documentación, nº 5, 2003.

y de computadoras”⁷ Y Naciones Unidas ya alude en 1998 a la “brecha informacional y tecnológica”, centrándose sobre todo en la perspectiva de las desigualdades entre países industrializados y países en vías de desarrollo, que se estarían incrementando, dando lugar a un nuevo tipo de pobreza, la “la pobreza informacional”⁸, preocupación que no rebaja su tono, sino que se hace más exacerbada, hablando incluso de “info ricos” e “info pobres”, en la Cumbre de la Sociedad de la Información de NNUU en 2003 y 2005.

El acceso o no acceso a las TIC determina desigualdad de posibilidades de acceso a la información y al conocimiento, pero no es sólo una cuestión tecnológica, ya que en ello se consideran también aspectos socioeconómicos (recursos para la adquisición de equipos, infraestructuras, formación). Y, en este sentido, al admitir la categoría teórica de brecha digital, se acepta implícitamente que la revolución tecnológica no tiene un efecto unidireccional –generación de riqueza, oportunidades y bienestar- sino ambivalente, como anticipábamos, ya que, a la vez que brinda nuevas oportunidades, incide de forma negativa en la dimensión y características de la pobreza y la exclusión social. Y, de hecho, es considerada como la gran amenaza o riesgo de la sociedad de la información, en la medida en que puede incidir en un ensanchamiento de la brecha entre pobres y ricos⁹

Esta desigual posición de grupos sociales o de países, en relación con las TIC, actúa tanto como causa, como efecto de desigualdades socioeconómicas, ya que, por un lado, incide más sobre regiones y grupos desfavorecidos, acentuando su posición de desventaja previa a la irrupción de la revolución tecnológica y, por otro lado, resta oportunidades sociales a grupos nuevos cuya posición social y económica se deteriora directamente por influencia de las TIC. Si se valora la brecha digital entre países, se observa que la brecha digital incide y determina el desarrollo o el retraso económico de un país. Pero, a la vez, la incidencia de la brecha digital sobre la pobreza y exclusión no es solo actuar como consecuencia o efecto, puesto que, simultáneamente, también es expresión de desigualdades sociales previas. En otros términos, incidiría sobre nuevos grupos sociales, a la

⁷ Sobre estos elementos definitorios de la brecha digital, vid. FELICIÉ: “La desigualdad y la exclusión en Cfr. Al respecto CARIDAD, M. y MARZAL, M.A.: “Políticas de información y alfabetización como medios de la inclusión social desde la óptica europea”, en Rev. Inclusao Social, vol 1, n.º.2, 2006.

⁸ Cfr. ONU: World telecommunications development repor 1998, Ginebra, International Comunication Union, 1998.

⁹ Cfr. en este sentido, CASTELLS, :M: La galaxia Internet: reflexiones en torno a Internet, empresa y sociedad, Madrid, Areté, 2001, cuya tesis es precisamente que el acceso a las Tic y el poder que ello comporta, no solo se realiza de forma desigual entre países, regiones o personas sino que es, el mismo, una fuente nueva de desigualdad social.

vez que profundizaría en la peor posición de los grupos –o países- ya incluidos en situaciones de pobreza y exclusión previamente a la incidencia de este nuevo factor –el acceso, uso y aprovechamiento de las TIC-. Esto significa, que la brecha digital incidiría, por un lado, en la persistencia y agravamiento de las desigualdades previas –que no se verían corregidas por su impacto- y, por otro, en su ampliación a nuevos grupos, personas o territorios.

La exclusión social vinculada a las nuevas tecnologías lleva a situaciones complejas de desintegración social, más allá del acceso a las nuevas tecnologías o el no acceso a la información, como puede ser la marginación institucional, el acceso o no a nuevas forma de consumo y comunicación o a servicios públicos básicos. Como hemos señalado, la incidencia de las TIC en los procesos de exclusión es doble, en el sentido de que profundiza en situaciones de desventaja previas, a la vez que genera nuevas formas de exclusión social¹⁰. Nuevas formas, por tanto, que añaden un factor de riesgo nuevo, sin embargo, las dinámicas de inclusión y exclusión socioeconómica en el mundo globalizado y digitalizado se producen a partir de las desigualdades económicas y sociales preexistentes, constituyendo la brecha digital un factor que incide sobre todo en la profundización en dichas desigualdades previas –y en menor medida en la generación de nuevas--

Para determinar el contenido de la brecha digital –en qué consiste o como se produce- se ha de tener en cuenta que no es solo un concepto asociado al acceso a Internet, sino que está vinculado a las habilidades y competencias necesarias para saber usar las nuevas tecnologías (selección y discriminación de información y extracción de utilidad). Por tanto la lucha contra la brecha digital requiere la adopción de políticas públicas en el ámbito educativo, que garanticen el acceso a la educación y contenidos y metodologías que garanticen la alfabetización digital, no bastando las inversiones públicas en infraestructuras y adquisición de equipos, programas y aplicaciones.

Dejando ahora a un lado la brecha digital territorial –nacional e internacional-, la incidencia de ésta en los procesos de exclusión desde la perspectiva subjetiva apunta a factores socioeconómicos, pero también a otros como la edad o el sexo. Es decir, existen determinados colectivos que por circunstancias personales, sociales, económicas o laborales, son especialmente vulnerables a la brecha digital, colectivos sobre los que se añadiría un nuevo factor relevante que agravaría su previa situación de desventaja. De hecho, entre los tipos de brecha digital, junto a la brecha digital territorial, se habla de brechas digitales de género o generacionales¹¹, aunque también se puedan añadir otros colectivos

¹⁰ RAAD, L.: “Exclusión digital: nuevas caras, viejos malestares”. Revista Mad., núm 14, 2006.

¹¹ BRUNET, I. y BELZUNEGUI, A.: “Desigualdad y estratificación social” en Marín, L.(coords)

especialmente vulnerables como las personas inmigrantes, personas en situación de pobreza, de desempleo de larga duración o minorías étnicas.

En definitiva todo ello nos lleva a la conclusión de que la brecha digital, aun con elementos nuevos, en gran parte es reflejo de las desigualdades sociales previas, lo que determina que las principales medidas adoptadas – políticas públicas de inversión tecnológica y la promoción del acceso digital- no sean suficientes, precisando la adopción de medidas más amplias e integrales que ataquen la causa originaria de la desigualdad, la causa de la pobreza de estos colectivos, incluyendo medidas de acción positiva y no sólo medidas digitales indiscriminadas.

No obstante, matizando, sí podemos hablar de un tipo de brecha específicamente digital –o casi brecha autónoma, no previa-, “la brecha generacional” que proyecta sus efectos de forma importante sobre el empleo, teniendo en cuenta el avance de internet en los procesos de búsqueda de empleo, lo que hace del factor tecnológico vinculado a la edad una vía de discriminación y de desventaja social y laboral. En efecto hay coincidencia en considerar, en relación con los grupos sociales nuevos cuyas oportunidades y derechos se verían perjudicados directamente por la cuestión tecnológica, la edad. Los estudios sobre brecha digital distinguen dos fases o tipos de brechas: una primera brecha digital se habría producido por problemas de acceso, lo que se ha tratado de frenar impulsando la accesibilidad universal a las TIC; mientras que la segunda brecha digital, probablemente más grave, apuntaría, en cambio, a un problema de competencia digital (*digital literacy*) Precisamente es al analizar esta segunda brecha digital cuando se plantea la existencia de la brecha digital generacional¹², según la que habría un grupo de nativos digitales-los nacidos antes de 1990-, que desde que nacieron se han desenvuelto en un entorno tecnológico, están familiarizados con las TIC y no conciben la vida sin ellas y cuya competencia, paradójicamente, se ha mitificado. En contraste, los “inmigrantes digitales” –los nacidos antes de dicha fecha- son los que se han incorporado, aun con dificultades y deficiencias, a dichas tecnologías, no obstante lo cual, son de algún modo minusvalorados por sus carencias generacionales. En relación con ello, el mercado de trabajo exige tres tipos de educación: una formación general, constituida por las competencias básicas (nociones de lectoescritura, matemáticas, alfabetización tecnológica), un formación específica en distintos niveles de conocimientos y habilidades, capaces de ser aplicados a múltiples campos y circunstancias y una educación ocupacional ge-

La estructura social. La realidad de las sociedades avanzadas, Madrid, Pearson, D.L, 2006, pp. 299 a 321.

¹² Cfr. BUSQUETS, J, CALSINA, M. y MEDINA, A.: Ciento cincuenta conceptos de sociología, Ed. Uoc., 2015.

neral que brinda habilidades, actitudes y aptitudes. Y en ese contexto, los jóvenes cuentan con mayores ventajas por su mayor capacidad para adquirir y manejar las nuevas tecnologías y adaptarse a sus cambios continuos, frente a los mayores, con dificultad de adquirir competencias y más aún de actualizarlas.

En cambio, en relación con la “brecha digital de género” que se define como las desigualdades existentes entre hombres y mujeres en relación con las diferencias de acceso a las infraestructuras de las tecnologías de la información y la comunicación, no se trataría, entiendo, de un tipo de brecha autónoma o específica sino vinculada a un brecha previa y general que apunta a la posición social, económica, laboral y cultural de desventaja de las mujeres en la sociedad. El factor tecnológico sería uno más a añadir y en él se observa que no sólo incide la menor capacidad económica o su inferior tasa de empleo y actividad o de capacitación tecnológica, sino que se produce una especial incidencia de lo cultural, en relación con la vinculación de lo tecnológico al género masculino –lo que es evidente reparando meramente en la tasa de estudiantes universitarios en grados tecnológicos-. Explícitamente aparece este elemento en el Plan de Acción para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en la Sociedad de la Información, que se ha realizado desde el Ministerios de Igualdad, Industria y Educación, con participación del Instituto de la Mujer, donde se hace un diagnóstico en este sentido, advirtiendo de la existencia de una tendencia a que se refuerce la desigualdad de género según se incremente la intensidad y la complejidad del uso de las TIC. No obstante el Plan parece dejar claro que la brecha digital de género no es autónoma, sino que está relacionada con otros factores de discriminación previos que confluyen en su situación desfavorable en la sociedad de la información, por lo que la brecha digital de género –cuya existencia es indiscutible- no es sino una manifestación más de las desigualdades preexistentes entre hombres y mujeres¹³

La superación de la brecha digital a través de lo que se denomina inclusión digital es un factor de inclusión social va más allá de la mera alfabetización digital, en cuanto consiste no solo en la adquisición de competencias digitales e infor-

¹³ Según datos del INE, en la *Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de la Información y Comunicación en los hogares 2014*, el porcentaje de hombres que usaron el ordenador en los últimos 3 meses era del 75,4%, mientras que el porcentaje de mujeres era del 71,3 %. En la misma línea, el ítem relativo al uso de Internet en los últimos 3 meses ofrece que el 77,9 % de los hombres ha hecho uso de este recurso, mientras que el porcentaje de las mujeres es del 74,5%. En cuanto al uso del teléfono móvil en los últimos tres meses, se puede observar que en este caso el porcentaje de uso es mayor en las mujeres, puesto que, mientras el porcentaje de hombres es del 94,7, el porcentaje de mujeres es del 95,3.

macionales, educativas y de conocimientos sino que comporta un impacto social real, medido en la mejora de las condiciones de vida de las personas y colectivos.

A partir de esta conceptualización, es preciso proceder la caracterización del problema, determinando cómo y en qué grado actúa sobre la pobreza y la exclusión social la brecha digital. Del mismo modo que no se cuestiona la existencia de la brecha digital y la gravedad del problema –aunque no faltan análisis más optimistas que señalan que la brecha se cierra progresivamente como consecuencia de la rápida extensión de las TIC, su abaratamiento y la mayor facilidad para el uso de los aparatos- , existe consenso generalizado entre los analistas en señalar que su solución pasa necesariamente por las políticas públicas, sin las cuales, no solo no se solucionará sino que se agudizará. Políticas públicas que han de partir de un diagnóstico y determinación de sus causas.

Cuando se analizan los factores o variables determinantes de la brecha digital destacan los siguientes

- nivel educativo, de modo que a mayor nivel de formación y generalización de la educación menos riesgo de brecha digital y viceversa, debiendo tenerse en cuenta que lo realmente relevante es la capacidad cognitiva necesaria para seleccionar la información y obtener una utilidad de ella, ya que en la sociedad del conocimiento el intelecto en sí mismo pasa a convertirse en una fuente productiva.

- nivel económico, considerando el coste económico para la adquisición de ordenadores, móviles, internet- , en lo que ha de tenerse en cuenta, que tras una etapa inicial en la que los equipos tenían precios elevados, se ha producido una importante rebaja, haciendo de ellos bienes de uso masivo y casi generalizado

- la lengua, por el predominante uso del inglés,

- el territorio: diferencias entre zonas urbanas y zonas rurales y entre países con diferente grado de desarrollo de infraestructuras,

- la edad: los jóvenes con menos recursos y mayor facilidad competencial y los mayores con más recursos y también mayores dificultades de adaptación a la innovación incesante- ,

- el sexo, factor no menos importante, sobre todo si tenemos en cuenta que a nivel mundial casi dos tercios de los analfabetos son mujeres

- el empleo o desempleo actúa como vía de acceso y utilización/actualización o de exclusión, por lo que los desempleados tendrían menos oportunidades¹⁴

¹⁴ La Comisión Europea, señala que en la UE los desempleados usan internet la mitad que los empleados, del mismo modo que se observa una baja participación de las amas de casa en la

Desigualdad y exclusión social adoptan nuevas formas en la sociedad de la información. La exclusión social como proceso de separación –no pertenencia- de personas y grupos sociales respecto a la sociedad y sus oportunidades (económicas, sociales, políticas, culturales y laborales) se proyecta en relación con las TIC cuando se produce una desigualdad en el acceso a éstas. Por tanto, junto a otros factores o causas de la exclusión tales como la pobreza, la educación, el contexto familiar, la edad, la guerra, la emigración, la carencia de vivienda, la discapacidad, la etnia, el género, la religión, el desempleo, la enfermedad, las adicciones, la prisión, se suma uno nuevo, la brecha digital. El proceso de exclusión digital partiría de una falta de acceso a las tecnologías, determinante de una desinformación y menores oportunidades personales; y a partir de aquí, ante la carencia de oportunidades, se produce una incapacidad para responder a las exigencias sociales, destruyéndose, finalmente el vínculo con la sociedad. En esta nueva etapa del capitalismo, aunque algunas fuentes afirman incluso el efecto perverso de las Tic en cuanto potenciadoras de la desigualdad, lo que es incuestionable es que por sí solas no han generado una sociedad más inclusiva, y, al contrario, han introducido un nuevo factor de empobrecimiento y exclusión, que llama a una actualización del Estado Social, un intervencionismo públicos que oriente el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en función de los intereses de la sociedad, toda ella, con especial atención a los menos favorecidos. Todo ello, sin desconocer, como señala Castells, que nuestra sociedad y nuestro sistema económico no son hoy sostenibles sin internet, de la misma manera que la industrialización no hubiera sido posible sin electricidad¹⁵

3. EMPLEO, SERVICIOS PÚBLICOS Y BRECHA DIGITAL

Entre las múltiples perspectivas e interacciones existentes entre las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y las relaciones laborales, analizamos aquí cómo el acceso o no – cuando hablamos de acceso no nos referimos solo a los recursos e infraestructuras, sino a la necesaria capacitación- determina una segmentación laboral que influye en una nueva forma de pobreza y exclusión. En efecto, esa brecha digital acaba incidiendo de forma importante en la posición de la persona en el mercado laboral, tanto en el acceso al empleo, como en la elección de los mejores/peores empleos y la permanencia en el mismo.

sociedad de la información, cf. E Inclusion, The Infomation Society's potential for social inclusión in Europe, disponible en http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-dial/info_soc/esdis/ein-cl en.pdf

¹⁵ Cfr. CASTELLS, M.: La galaxia Internet... op. cit., pg. 298.

De este modo los “excluidos” digitales, en posición de desventaja en el mercado de trabajo, acaban, por esta vía, en la pobreza o la más profunda exclusión social. Y es que es incuestionable la existencia de una mayor incidencia de la brecha digital en los colectivos más desfavorecidos, porque se constata que los más desfavorecidos en el acceso a internet son más desfavorecidos socialmente y en peor posición en el mercado de trabajo. Haciendo un símil, si comparamos el papel de las autopistas, o el de ferrocarril en su día, sobre el mercado, la economía y el mercado de trabajo, es fácil comprender la influencia de internet sobre ellos, con la diferencia de que las TIC no sólo implican inversión en infraestructuras sino que requieren un fuerte esfuerzo de formación y capacitación de los trabajadores, y ello no sólo porque la sociedad de la información genera nuevos empleos que demandan nuevas cualificaciones, sino porque los empleos tradicionales también se ven requeridos de las mismas, para su adaptación a las nuevas demandas del mercado, con el riesgo de obsolescencia profesional continua. En otros términos, junto a la oferta de empleo en el sector de las tecnologías de la información y comunicación, se produce un cambio en la oferta de la totalidad de los sectores de la economía, en los que es precisa una adaptación de las cualificaciones tradicionales –y hablamos de sectores como agricultura, ganadería o pesca, no solo el sector industrial y el de servicios-. A lo que se añade la expansión de la red internet como vía de contacto entre oferta y demanda directa, al margen de los servicios públicos de empleo y demás agentes de intermediación laboral, siendo la búsqueda de empleo por esta vía una ventaja constatada frente a las opciones institucionalizadas.

Los efectos de la sociedad tecnológica no se limitan al mercado de trabajo y la economía sino que implican toda la estructura del Estado, la Administración Pública y los servicios públicos esenciales. La penetración de las TIC en el ámbito de las Administraciones Públicas es amplia y tiene efectos profundos sobre el Estado del Bienestar y su desarrollo; no se trata meramente de que la introducción de las TIC en las Administraciones Públicas –desde luego absolutamente necesaria- lleven a la ciudadanía a la necesidad de usar de herramientas electrónicas para cumplir sus obligaciones tributarias (además de su impacto en la reducción de sus plantillas), sino que su utilización se impone para cualquier solicitud de ayudas, acceso a información pública, autorizaciones, ejercicio de derechos, ofertas educativas, de formación y empleo, de becas... , etcétera, lo que, sin haber alcanzado la accesibilidad universal, afecta a la igualdad de oportunidades y al pleno e efectivo desarrollo del Estado Social, en la medida en que toda la ciudadanía no dispone de ordenador, conexión a internet, programas y, sobre todo, no tiene los necesarios conocimientos y habilidades para acceder a ellos. Conocimientos que, además, están sometidos a una renovación constante que exige nuevas inversiones y adaptación constante de conocimientos. De esta

manera, las TIC, si no se garantiza la formación digital continua de todos –además de la accesibilidad a equipos e infraestructuras actualizados-, incide negativamente sobre todos los derechos sociales, ampliando las brechas tradicionales. Más webs, correo electrónico, aplicaciones y plataformas electrónicas y menos teléfono y atención presencial en oficinas y “ventanillas” no se traducen en una mayor accesibilidad a servicios, derechos, prestaciones e información pública, al menos en las condiciones materiales y formativas de la ciudadanía.

En conclusión, en la medida en que la competencia tecnológica tiende a ser la vía de acceso al empleo –y mejora y mantenimiento del mismo- y a los servicios públicos básicos, es más que evidente, que la brecha digital es la vía de entrada o de agravamiento de situaciones de riesgo de exclusión social. Siendo el empleo y el acceso a los servicios públicos los elementos básicos en la lucha contra la pobreza y la exclusión, se comprenderá la relevancia de adoptar medidas para la inclusión digital como vía de inclusión social y plena ciudadanía social¹⁶

4. LA UNIÓN EUROPEA ANTE LOS RETOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y LA BRECHA TECNOLÓGICA

La importancia del factor tecnológico fue expresamente asumida en el Consejo de Lisboa (2000), donde se concluía que el objetivo estratégico para la próxima década era convertir la UE en “la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo capaz de crecer económicamente de manera sostenible con mejores empleos y con mayor cohesión social”. Una clara apuesta por la economía del conocimiento vinculada a la sociedad tecnológica, la sociedad de la información y la I+D, denunciando la necesidad de cubrir la demanda de cualificaciones, sobre todo en tecnología de la información, donde cada vez hay mayor número de puestos de trabajo desocupados. También en este Consejo quedó clara la orientación de las políticas comunitarias de fomento del Estado del bienestar “activo” –es decir, inclusión por el empleo- y “dinámico”- esto es, incorporado ya de pleno a la revolución tecnológica-. Y en esa apuesta por la Sociedad de la Información, se alude a una sociedad de la información para todos, “garantizado una “infraestructura de comunicaciones mundial barata y un amplio abanico de servicios”, así como la adquisición por los ciudadanos de “los conocimientos necesarios para vivir y trabajar en la nueva sociedad de la información” y la progresiva incorporación de estas tecnologías en las

¹⁶ Vid al respecto ORZA LINARES, R.M: “Nuevos enfoques sobre nuevos derechos de la sociedad de la información y comunicación. A propósito de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Granada, monográfico Ciris y estado del bienestar, núms. 16/17/18, 2013, 2014 2015, Tirant lo blanch, 2017, pp. 1071 a 1096.

Administraciones públicas, de modo que la información sea lo más accesible posible.

Pese a estos objetivos, la situación en la UE dista mucho de la consecución de los mismos, sobre todo por falta de homogeneidad, ya que hay una gran desigualdad territorial, entre Estados, regiones y entre zonas rurales y urbanas. A lo que se añade la dimensión subjetiva, constatándose que las desigualdades preexistentes inciden negativamente en la brecha digital que es más amplia en colectivos ya de por sí desfavorecidos. En el conjunto de la UE se observa un impacto mayor en función del género (mujeres), situación de empleo (desempleados), grado de educación (baja cualificación), edad (mayores) y capacidad económica (pobres). De lo que se deduce que en el seno de la UE no ha producido una integración igualitaria, lo que desde la perspectiva del Estado del Bienestar es especialmente preocupante, ya que la implantación de un sistema de acceso electrónico generalizado en los servicios públicos esenciales, puede determinar directamente la exclusión de los mismos para tasas importantes de población. La existencia de una brecha digital a nivel europeo, entiendo no ha recibido atención suficiente por parte de las instituciones europeas, más preocupadas por los aspectos económicos que sociales de la revolución tecnológica, lo que como vamos a ver es manifiesto en la *Agenda Digital para Europa. Relanzar la Economía Europea*¹⁷, en la que no está presente la problemática de la brecha digital ni la necesidad de políticas y acciones positivas para las personas más desfavorecidas

Pero volviendo a las primeras iniciativas, la UE, sobre todo a partir del año 2000¹⁸, ha llevado a cabo una intensa actividad en el campo de la sociedad de la información y las nuevas tecnologías, consciente de las oportunidades integradoras que le son inherentes, a la vez que de sus riesgos y desafíos en el campo de la pobreza, la marginación y la exclusión social. Y en sus distintas iniciativas se observa que la gran apuesta en orden a aprovechar las potencialidades de desarrollo económico, bienestar y empleo de las TC, es claramente la mejora de las cualificaciones y la formación tecnológica de toda la población, no sólo de las personas empleadas –y empleadas en el sector servicios o en puestos de trabajo que requieren formación superior-. Esto supone dar un renovado protagonismo a la formación digital en el campo de las políticas activas de

¹⁷ La Agenda Digital para Europa, Relanzar la Economía Europea, es una iniciativa de la Comisión Europea, Comunicación de 19 de mayo de 2010 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2010) 245 final, no publicada en el DOUE.

¹⁸ No obstante, con anterioridad, la Comisión Europea ya evidencia esta preocupación, vid la Comunicación de la Comisión Europea de 1997 sobre la dimensión social y del mercado de trabajo de la sociedad de la información. Prioridad para las personas, disponible en http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-dia/info_soc/com397/97397es-pdf

empleo, prestando, en esta primera etapa, especial atención a los sectores menos favorecidos, promoviendo el aprendizaje a lo largo de toda la vida, implicando a los interlocutores sociales y al sector educativo. En esta primera etapa, las apuestas fundamentales de la UE son la formación tecnológica, atajar las brechas sociales, en el convencimiento de que las TIC tienen un potencial integrador y la inversión en TIC,; y esto último se considera algo necesario, de modo que para la UE en la economía global y tecnológica no hay otra alternativa para Europa que aprovechar la ventaja competitiva que supone contar con la mano de obra más cualificada del mundo

En esta etapa inicial en la UE destacan las iniciativas *e Europe* y *e Learning* que se han adoptado con el fin de promover el acceso y uso de las nuevas tecnologías. Y coherentemente, con ellos, los planes de acción nacional para responder a los retos de la sociedad de la información han dado una gran importancia a la educación y a un replanteamiento de contenidos y metodologías de los centros educativos públicos, tanto en los niveles básicos, secundaria y bachiller, como en los sistemas de formación profesional y, aun en menor medida, en las universidades.

La iniciativa *e Europe* fue adoptada por la Comisión Europea en 1999 siendo sus objetivos los siguientes:

Conseguir que todos los europeos entren en la era digital y estén conectados a la red (objetivo claramente inclusivo, en favor de la accesibilidad digital universal)

Crear una cultura europea y un espíritu empresarial abiertos a la cultura digital (consideración de las TIC como factor de desarrollo y competitividad)

Garantizar que el proceso tecnológico no se traduzca en una mayor exclusión social (reconocimiento del riesgo de brecha y apuesta por las oportunidades inclusivas de las TIC).

Desde un principio, por tanto, la UE es consciente de la ambivalencia y de los riesgos que el advenimiento de la sociedad de la información comporta no sólo para la competitividad de la economía europea, sino para la cohesión social y la lucha contra la exclusión social y la pobreza. De hecho en el Consejo de Feira en junio de 2000 se adoptó el Plan de Acción *e Europe* 2002, concretando las medidas a adoptar para la consecución de estos objetivos del Consejo de Lisboa, para lo que se propone conseguir un acceso a internet más rápido, barato y seguro, invertir en formación y estimular el uso de internet, para que esta iniciativa contribuya al desarrollo de una política más firme y preventiva y de una sociedad de información más equitativa con más oportunidades de inclusión para todos. Es cierto que la esta iniciativa centra más su atención en la brecha digital territorial,

entre países miembros, evitando una Europa a dos velocidades tecnológicas, pero también se expresa la dimensión más subjetiva centrada en la lucha contra la exclusión digital de los grupos sociales más desfavorecidos, afirmando, incluso que ello solo es posible mediante la adopción de acciones positivas.

La preocupación por la brecha digital ocupa un lugar muy destacado también en el documento de la Comisión Europea *e Europe 2002. Impacto y prioridades. Comunicación al Consejo Europeo de primavera de Estocolmo del 23 y 24 de marzo de 2001*, en el que se señala que el rápido desarrollo de las TIC aumenta el riesgo de que se produzcan disparidades entre regiones en un momento en que Europa afronta los crecientes retos de la competencia mundial, por lo que conmina a los poderes públicos a prestar atención y actuar ante este riesgo de exclusión de la sociedad de la información. Y advierte como las actividades económicas del sector tecnológico tienden a concentrarse dando lugar a “redes densas de alto rendimiento que sólo enlazan las economías de las regiones centrales de Europa”

La segunda de las iniciativas de la Comisión Europea mencionadas, la *e Learning*, adoptada un año después de la *e Europe*, en mayo de 2000, es complementaria de ésta y su Plan de Acción se aprobó en marzo de 2001. En la misma línea de objetivos que la iniciativa *e Europe*, se centra particularmente en el ámbito de la educación y la formación, que es el factor considerado clave por la Comisión Europea para la consecución de una sociedad digital inclusiva, aunque también pretende implicar a los agentes económicos y sociales para su contribución a la formación permanente. En este Plan hay tres aspectos significativos para nuestro análisis: la vinculación de los objetivos de la sociedad de la información al empleo (compensando el déficit de competencias asociadas a las TIC), su inclusión en la Estrategia Europea para el Empleo y la inclusión tecnológica como garantía de una mejor inclusión social.

Para la consecución de estos fines, contempla como líneas de acción prioritarias una mejora de las infraestructuras tecnológicas en los centros educativos –que todas las aulas tengan conexión a internet con una ratio 5-15 alumnos por ordenador para 2004– adaptación de contenidos y metodologías de forma que al finalizar 2003 todos los alumnos adquieran una cultura digital al finalizar la escolarización obligatoria y de la misma manera los trabajadores, debiendo ser la cultura digital una de las habilidades básicas a adquirir a lo largo de la vida, que ha de reconocerse mediante un diploma europeo en tecnologías de la información. Esto último no se ha impuesto, ya que la Comisión considera los riesgos de su implantación, en el sentido de que puede suponer añadir una nueva dificultad de acceso al empleo para colectivos ya desfavorecidos. Concretamente se ha propuesto a la Comisión Europea adoptar el *European Computer Driving Licence*, del Grupo de Alto Nivel para el Empleo y la Dimensión Social de

la Sociedad de la Información, como estándar acreditativo. Este modelo de acreditación se implantaría tanto para la mejora de conocimientos, como para la mejora de la empleabilidad y el incremento de la productividad.

Tras esta primera etapa, en la que los riesgos de brecha digital ocupan un lugar destacado en las preocupaciones y actuaciones de la UE, en 2010 se produce un cambio de perspectiva. La “Agenda Digital para Europa, relanzar la economía europea” supone un giro economicista, en plena crisis económica tanto en sus contenidos como en sus destinatarios. De entrada la misma se dirige a empresas y ciudadanos en el “mercado único digital”, sin aludir a las personas más desfavorecidas ni a la existencia de desigualdades y remite la actuación en la actualización de la formación y las competencias tecnológicas al Fondo Social Europeo. A partir de este instrumento, que ha marcado la actuación de las instituciones comunitarias en esta materia, cada año se publica por la Comisión Europea un Marcador de la Agenda Digital, donde año a año se reflejan los avances y la consecución de objetivos concretos establecidos en la Agenda y de cuyo análisis se desprende que, aun habiéndose alcanzado ya la mayoría de ellos (actualmente centrada en el progreso de la banda ancha, la instauración de la sanidad electrónica, las ciudades inteligentes y la economía de las TIC), la brecha digital no ha sido atajada.

5. LA LUCHA CONTRA LA BRECHA DIGITAL EN ESPAÑA

En cumplimiento de los objetivos marcados por la UE en su iniciativa *e Europe*, no antes ni de forma autónoma, se adoptó en España el Plan de Acción INFO XXI, para el período 2001-2003, en el que se hacía especial hincapié en la necesidad de un acceso para todos; objetivo que se incluyó en el Plan de acción para el empleo de 2001, que apostaba por la formación de profesionales de las TIC, la formación de los usuarios de las TIC y la extensión de internet a toda la población. No obstante, fue un instrumento de “maquillaje” para sintonizar con las preocupaciones de la UE, que no se tradujo en acciones concretas ni contó con la necesaria previsión presupuestaria.

La vinculación de la brecha digital con las situaciones de pobreza y exclusión social tardó mucho más en ser expresamente reconocida por los poderes públicos. Concretamente no es hasta 2013 cuando se ha asumido formalmente por el Estado, lo que se evidencia en el hecho de que forme parte del instrumento básico y definitorio de lucha contra estas situaciones, el Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social (2013-2016), que se refiere específicamente a los riesgos de la sociedad de la información y su incidencia sobre las oportunidades de desarrollo profesional, personal y social, siendo considerado, además, un nuevo riesgo o factor de exclusión que actúa como causa de segmentación laboral. En la medida en que el PNAIS apuesta por la “inclusión activa”, a través del empleo, la brecha

digital pasa a ocupar un lugar progresivamente más destacado en las políticas públicas de lucha contra la exclusión social en nuestro país. Aspecto positivo que oscurece el hecho de que el Plan haya contado con escasa dotación presupuestaria y un tímido desarrollo.

Justo es señalar que el PNAIS 2013-2016 no sólo incorpora las líneas de acción, estrategias y medidas tradicionales en el campo de la exclusión social sino que, en su opción político jurídica de la “inclusión activa”, incorpora los objetivos de la Estrategia Europa 2020 (recordemos el más importante de reducción en al menos 20 millones de personas en la UE en situación de pobreza y exclusión social)- y opta por la inclusión en el mercado de trabajo como vía de inclusión social Y lo hace, asumiendo las Recomendaciones Específicas para España emitidas por el Consejo, pero dando especial relevancia a la número 6, que es la que apunta a las políticas activas y la solidaridad activa, como principal vía de inclusión social, aspectos que se destacan aquí por sus vinculaciones con la problemática analizada.

Llama la atención el hecho de que este Plan incluya –en la primera parte relativa a empleo, prestaciones sociales y servicios públicos, en lo que denomina “Enfoque estratégico de la inclusión activa”–, en el tercer objetivo estratégico, que es garantizar unos servicios básicos a toda la población, especialmente enfocado a los colectivos más desfavorecidos, los siguientes: servicios sociales, educación, sanidad, vivienda y sociedad de la información, respecto de los que establece los principios de accesibilidad y solidaridad. Por tanto, los retos de la sociedad de la información se incluyen entre los servicios públicos más directamente relacionados o imprescindibles para garantizar la plena ciudadanía, la cohesión social y la inclusión activa. Lo que vendría a sugerir la inclusión de un derecho social de acceso tecnológico y de un servicio público que lo garantice.

Concretamente –apartado E del objetivo estratégico relativo a los servicios públicos, bajo el título “Sociedad de la Información”, reconoce la preeminencia de las TIC y la Sociedad de la Información y, derivado de esta realidad socio económica, la aparición de una “nueva forma” de exclusión social, la brecha digital. Igualmente, señala que ésta afecta más intensamente a los grupos vulnerables y resta oportunidades de desarrollo profesional, personal y social a las personas más desfavorecidas. No obstante, también admite que las TIC son, a la vez, una oportunidad de integración y de progreso. En su apuesta por la “sociedad digital inclusiva” se adoptan una serie de medidas entre las que destaca la “alfabetización digital” de las personas más vulnerables, facilitando el acceso a las infraestructuras necesarias y dando prioridad a este objetivo en el ámbito educativo. Todo ello se concreta en una serie de actuaciones (las número 163 a 171), de clara vocación inclusiva.

Posteriormente el Informe del CES *Políticas públicas para combatir la pobreza en España* (nº 1/2017), aun refiriéndose a necesidad de garantizar la accesibilidad en condiciones de igualdad a los servicios públicos básicos (criticando su desarrollo variable y cómo ello relativiza su eficacia en la lucha contra la pobreza), sólo se refiere a los siguientes servicios públicos: servicios sociales, atención a la dependencia, a la sanidad y atención socio sanitaria, educación y vivienda, pero, no se menciona servicios ni derechos de accesibilidad digital, lo cual es criticable, ya que el Informe toma como punto de referencia el PNAIS

La Agenda Digital para España 2020, Estrategia del Gobierno para el desarrollo de la economía y la sociedad digital (febrero 2013) junto a un contenido propiamente económico tiene como finalidad conseguir que la mayoría de la ciudadanía acceda habitualmente a internet y se beneficie de forma igualitaria de las oportunidades de las TIC. En efecto, el Gobierno ha decidido desarrollar una Agenda Digital para España como marco de referencia para establecer una hoja de ruta en materia de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y de administración electrónica; establecer la estrategia de España para alcanzar los objetivos de la Agenda Digital para Europa; maximizar el impacto de las políticas públicas en TIC para mejorar la productividad y la competitividad; y transformar y modernizar la economía y sociedad española mediante un uso eficaz e intensivo de las TIC por la ciudadanía, empresas y Administraciones. Pero a diferencia de su homóloga europea, traduce una mayor sensibilidad social, pese a la no participación el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. En efecto, ha sido el Ministerio de Industria, Energía y Turismo y el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas quienes han liderado la elaboración de esta propuesta de Agenda Digital para España, habiendo invitado al conjunto de agentes implicados a participar y colaborar. Se han tomado como punto de partida los resultados de diversos diagnósticos sobre la situación de la Sociedad de la Información en España, las recomendaciones elaboradas por el Grupo de Expertos de Alto Nivel, las propuestas aportadas por un elevado número de empresas y actores del mundo digital y las sugerencias realizadas por responsables de la Administración General del Estado y de otras Administraciones. Además, la propuesta inicial de Agenda que fue sometida a consulta pública mediante el uso de una plataforma de participación ciudadana, tras la cual se adoptó la versión final de Agenda Digital para España.

La Agenda Digital para España se estructura en torno a seis grandes objetivos:

1. Fomentar el despliegue de redes y servicios para garantizar la conectividad digital.
2. Desarrollar la economía digital para el crecimiento, la competitividad y la internacionalización de la empresa española.
3. Mejorar la e-Administración y adoptar soluciones digitales para una prestación eficiente de los servicios públicos.
4. Reforzar la confianza en el ámbito digital.
5. Impulsar el sistema

de I+D en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 6. Promover la inclusión y alfabetización digital y la formación de nuevos profesionales TIC.

Algunos de estos objetivos ya estaban previamente contenidos en la Agenda Digital para Europa, que son asumidos en la convicción de que sólo mediante el alineamiento con aquélla será viable su consecución. Este instrumento, además de objetivos de competitividad, pretende garantizar que la ciudadanía disfrute plenamente de las oportunidades generadas por una economía cada vez más digitalizada y centrada en Internet. Para construir una sociedad digital inclusiva se debe conseguir que toda la sociedad tenga la oportunidad de hacer uso de las TIC. Por eso se ha establecido el objetivo de que más del 75% de la población y más del 60% de las personas de colectivos desfavorecidos usen Internet de forma regular en 2015 y que la población que nunca haya utilizado Internet no supere el 15%. La Agenda considera que las TIC son un instrumento indiscutible para la mejora de la calidad de vida y la integración de los ciudadanos a todos los niveles, al mismo tiempo que reconoce que en este momento hay un conjunto de brechas digitales que discriminan por distintas razones a colectivos, ciudadanos y empresas. En primer lugar, destaca la brecha digital territorial como la diferencia existente entre los habitantes del centro y de la periferia de España. Mientras que para unos, la realización de gestiones y procesos es accesible por medios electrónicos en una gran parte de su actividad, para otros la falta de opciones complica cada trámite de manera que impacta en su calidad de vida y en la prestación de los servicios. No solamente la dimensión territorial que identifica municipios y provincias determina la posible existencia de brechas, sino otros muchos factores: acceso a las comunicaciones, lejanía a los centros administrativos, nivel formativo y cultural, disponibilidad de equipos de acceso, etc. Y junto a la brecha territorial, se incluye una perspectiva subjetiva, ya que entre sus líneas de acción incluye la de asegurar los mecanismos específicos para favorecer el acceso de colectivos con especiales dificultades, como personas de avanzada edad y discapacitados.

Esta estrategia gubernamental incluye también otras perspectivas destacables:

- La utilización de las TIC en la sociedad debe proporcionar más capacidad y autonomía a la ciudadanía, a la población ocupada y a las empresas.

- Debe ayudar a construir una sociedad mejor, una sociedad en la que todas las personas y organizaciones puedan participar, una sociedad inclusiva, lo que sigue siendo un reto, sobre todo, teniendo en cuenta que en el momento de adopción de la Estrategia, tanto en la Unión Europea como en España son todavía demasiadas aquellas personas que nunca han usado Internet o las TIC. En Europa el 24% de la población y en España el 30%, muy lejos de los objetivos que la

Unión Europea fijó para 2015: La Estrategia se marca el objetivo de disminuir hasta el 15% el porcentaje de población que nunca haya usado Internet. A tal efecto, la Estrategia reconoce que es imprescindible prestar una atención especial a los sectores poblacionales alejados del uso de Internet y a los colectivos más desfavorecidos en orden a facilitar su acceso a Internet y a cumplir con el objetivo establecido por la Unión Europea de que en 2015 el 60% utilicen Internet con regularidad, objetivo ambicioso especialmente en el caso de España dado que el porcentaje actual de estas personas que usan Internet es del 45%.

-En el ámbito empresarial y laboral, la capacitación digital también reporta beneficios tangibles. Encontrar empleo o acceder a recursos formativos es más fácil con estas cualificaciones que sin ellas, por ello apuesta por adecuar nuestro sistema formativo para atender estas demandas de nuevas profesiones TIC es un imperativo irrenunciable.

Especial atención se presta a la inclusión y alfabetización digital en relación con determinados colectivos, entre los que se refiere a personas mayores de 65 años, de rentas bajas, desempleadas y con un nivel bajo de estudios. Es difícil pensar en una sociedad avanzada en la que casi la tercera parte de la población no pueda beneficiarse de las posibilidades que ofrece el desarrollo tecnológico y así lo reconoce la Agenda, como también el que esta preocupación no es del todo nueva, reconociendo los esfuerzos realizados por todas las Administraciones Públicas encaminados a reducir la brecha digital La Agenda Digital propone una Estrategia global que integre el mayor número de actuaciones posibles, aproveche las sinergias existentes y facilite la participación de todas las personas e instituciones involucradas que lo deseen creando un entorno colaborativo que aúne esfuerzos y multiplique el efecto de las medidas que se adopten.

Un rápido repaso a las Líneas de actuación para la inclusión digital, pone de manifiesto la importancia, dentro del conjunto de la Agenda, de esta apuesta inclusiva El mismo año de su adopción, se adoptó la Estrategia de inclusión digital 2013- 2015 con el objetivo de incorporar a la Sociedad de la Información a los sectores poblacionales y colectivos más desfavorecidos y con menor nivel de utilización de Internet. Estrategia de Inclusión digital que contemplaba, al menos, los siguientes elementos: elaboración en colaboración con las entidades no lucrativas del tercer sector de acción social y el sector empresarial, contemplar en la Estrategia el papel creciente que deben jugar los nuevos dispositivos de acceso y aplicaciones para luchar contra la exclusión digital y adoptar un Plan para aumentar la accesibilidad de Internet en España. Dicho Plan considerará, entre otros aspectos, los siguientes: garantizar que todos los servicios públicos digitales de las Administraciones sean accesibles y cumplan con las normas de accesibilidad internacionales; prestar especial atención al ámbito educativo

incluyendo los espacios virtuales de formación, materias relacionadas con la accesibilidad en el currículo formativo universitario y en los profesionales TIC.; promover la investigación de soluciones TIC que faciliten el acceso a Internet a personas con algún tipo de discapacidad.; fomentar la implantación de normas y certificaciones en el ámbito de la accesibilidad TIC(Plan de alfabetización digital)¹⁹.

También contempla la adopción de un Plan de acción para la igualdad de mujeres y hombres en la Sociedad de la Información, elaborado por el Instituto de la Mujer. Dicho Plan considerará, entre otros aspectos, los siguientes: medidas de inclusión digital para disminuir la brecha digital de género en cuanto a acceso y uso de Internet; la promoción del empresariado TIC femenino; actividades de divulgación y formación para garantizar la igualdad de oportunidades en la incorporación a la Sociedad de la Información; elaboración de indicadores de seguimiento que tendrán en cuenta, al menos, las variables sexo, edad y ámbito geográfico. o favorecer la participación de la sociedad civil para la inclusión digital:

La Agenda prevé el fomento de fórmulas de cooperación público-privada para el desarrollo de programas y proyectos de inclusión digital, facilitando que las empresas desarrollen acciones de Responsabilidad Social Corporativa en esta materia. Desarrollar esquemas de colaboración con la sociedad civil para adaptar y maximizar la rentabilidad de las redes de telecentros y otros espacios disponibles para innovar en la inclusión digital. Igualmente dedica especial atención a la capacitación digital y formación de nuevos profesionales TIC, la modernización del tejido productivo de nuestro país, impulsar un uso más intensivo y eficiente de las tecnologías en nuestras empresas y el desarrollo de industrias TIC de futuro. Para ello, señala la Agenda, la capacitación digital de la ciudadanía y la población ocupada es un factor esencial al que España debe dedicar una especial atención. En primer lugar, resulta fundamental para la modernización de nuestra economía disponer de un sistema eficaz de formación para el empleo que permita dotar a las personas ocupadas y a las demandantes de empleo de las capacidades necesarias para un uso eficiente de las TIC en su entorno profesional. Para ello es necesario revisar las categorías profesionales y adaptar los sistemas actuales de formación continua y formación para el empleo, de forma que se generen planes de formación para personal empleado y personas desempleadas en los

¹⁹ Dicho Plan considerará, entre otros aspectos, los siguientes: Definición de los perfiles y habilidades TIC a impulsar en el Plan y seguimiento de la situación en España. Seguir impulsando los programas de formación para favorecer la alfabetización digital, en especial de los colectivos más desfavorecidos. Reforzar la participación de agentes del sector privado y la coordinación de las acciones desarrolladas. Fomentar el uso responsable del ciberespacio como elemento básico de la alfabetización digital

ámbitos de mayor demanda, como por ejemplo la capacitación de técnicos e instaladores de nuevas infraestructuras de redes ultrarrápidas. En segundo lugar, es necesario adaptar los sistemas formativos para dar respuesta a una demanda creciente de nuevos perfiles y profesiones TIC. La adaptación de los sistemas debe realizarse tanto a nivel de formación profesional como a nivel universitario. En este sentido, las nuevas profesiones estarán relacionadas con el comercio electrónico, el marketing digital, con la industria de contenidos digitales, el cloud computing, computación intensiva, Smart cities, Internet de las Cosas, o con la industria de productos y servicios para la confianza en el ámbito digital. Por ello propone alinear periódicamente la formación TIC con las necesidades del mercado, fomentar la colaboración entre las empresas y los centros educativos y conseguir perfiles TIC más polivalentes en ámbitos empresariales y de gestión. Coherentemente con ello, entre las líneas de actuación relativas a la Formación para el empleo y Formación Continua prevé. actualizar el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales en materia de habilidades y capacitación TIC; maximizar la eficiencia en la gestión y asignación de los Fondos de Formación destinados a la formación continua en materia TIC, tanto de personal del sector privado como del sector público; asignar parte de los recursos disponibles para la formación continua a la capacitación y adquisición de habilidades digitales de profesionales TIC; identificación de perfiles TIC con alta demanda de empleo; generación de planes de formación para personal trabajador y desempleados en dichos ámbitos; reorientar la Formación Profesional relacionada con las TIC; actualizar periódicamente la oferta formativa teniendo en cuenta los nuevos perfiles profesionales derivados del uso de las TIC; impulsar el desarrollo de actividades conjuntas entre los centros educativos y las empresas, facilitar el desarrollo de estudios y prácticas de formación profesional en el extranjero; flexibilizar los criterios para facilitar que profesionales del mundo empresarial puedan impartir clases; mejorar la oferta universitaria destinada a la formación de profesionales TIC a través de su adaptación a las necesidades del mercado, contemplando los nuevos perfiles profesionales en el ámbito de las TIC y el incremento de la eficiencia del sistema., entre otras.

Una buena parte de los objetivos de la Agenda Española han quedado consagrados normativamente en una ley que, aun no siendo una norma específicamente “laboral”, tiene un contenido socio laboral muy importante, y sobre todo, en lo que aquí interesa, es destacable vocación inclusiva. Nos referimos a la *Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones*, cuyo preámbulo comienza afirmando que las telecomunicaciones constituyen uno de los sectores más dinámicos de la economía, la productividad, el empleo, y por tanto, contribuye al desarrollo económico, así como al bienestar social, afectando directamente al círculo de protección de los intereses generales. Y, dado que en la actualidad existe

una revolución tecnológica, esta Ley afirma la necesidad de un marco regulador, señalando que los poderes públicos deben reflexionar sobre la importancia de la función regulatoria, teniendo en cuenta la necesidad de fomentar la inversión e impulsar la competencia. Es claro, por tanto, que la dimensión económica de las TIC ocupa un lugar preeminente entre las preocupaciones del legislador, sin embargo, no es una ley puramente económica, ya que incorpora también objetivos sociales, lo que queda consagrado en el artículo 3 de la misma, según el que la ley pretende:

- Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones para potenciar al máximo los beneficios para las empresas y los consumidores, principalmente, en términos de bajada de los precios, calidad de los servicios e innovación.

- La conectividad y el acceso, en condiciones de igualdad y no discriminación

- La promoción de infraestructuras y competencias en las mismas.

- Desarrollar y promover la industria de productos y equipos de telecomunicaciones, además de la economía y el empleo digital, mediante la mejora y extensión de las redes

- La prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y el suministro de los recursos asociados a ellas. Especialmente pretende garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público universal, así como, la defensa de los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones adecuadas a través de un acceso abierto a Internet.

- La protección de los grupos sociales específicos, como son las personas con discapacidad, las personas mayores, las personas en situación de dependencia y usuarios con necesidades sociales especiales, atendiendo a los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación.

Del análisis de esta norma, se desprende la toma de conciencia de la dimensión de la cuestión tecnológica, así como la adopción de opciones político-jurídicas claras, que básicamente son:

- la necesidad de una actividad reguladora –no sólo políticas públicas-, por parte del Estado, considerando que este sector no puede quedar exclusivamente a merced del mercado

- la voluntad legal de garantizar un derecho de conectividad y acceso universal

- la garantía de inversión pública en infraestructuras y competencias

- el derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación tecnológica
- el derecho a medidas de acción positiva para evitar la brecha digital, especialmente dirigido al os colectivos sociales desfavorecidos, tanto por causas ajenas a las Tic como por esta causa.

Reconociendo que España partía de una posición muy inferior en relación con la medida comunitaria, tras los peores años de la crisis, es constatable, y así lo reconoce la UE, una mejora significativa, en la que, incuestionablemente, han incidido tanto el mayor esfuerzo presupuestario dedicado las TIC, como el avance normativo en relación con las mismas, destacando aquí la progresiva configuración de un derecho social a la inclusión tecnológica en nuestro ordenamiento. En efecto, esta es la situación ateniéndonos al Índice de la Economía y Sociedad Digital (DESI en su acrónimo en inglés) elaborado por la Comisión Europea, cuya ventaja es precisamente tener una visión comparada los avances en materia de digitalización en el ámbito de la Unión Europea (UE)²⁰. En el año 2016, España registró una puntuación global para este índice de 0,5211 ocupando el puesto nº 15 en el ranking de los Estados miembros de la UE. Poniendo en relación estos datos con los resultados registrados en años anteriores, España se situaría dentro del grupo de los países “que están poniéndose al día” (*catching up cluster*), es decir: forma parte del grupo de países que se encuentran ligeramente por debajo de la media de la UE, y lo que es más relevante, entre los que avanzan a un ritmo más rápido que la UE en su conjunto.

Entre las dificultades al desarrollo de la economía digital que se observan en nuestro país, distintos estudios²¹ coinciden en señalar los siguientes:

- a) las carencias en el ámbito de la formación y las competencias, lo que se concreta en la persistencia, pese a los avances, de niveles más bajos de competencias digitales básicas y alfabetización digital universal, comparativamente con los estándares medios europeos

²⁰ Este índice agrega una serie de indicadores considerando cinco dimensiones: conectividad; capital humano; uso de Internet; integración de la tecnología digital; y servicios públicos digitales. Las características y resultados del índice pueden consultarse en: <http://ec.europa.eu/digitalagenda/en/digital-agenda-scoreboard> El DESI asigna puntuaciones de 0 a 1, de manera que cuanto más alta es la puntuación, mejores son los resultados del país. 4 áreas

²¹ VVAA. La digitalización de la economía española. Observatorio ADEI-AFI. Madrid, 2013; URUEÑA, A (Coordinación). La Sociedad en Red. Informe anual 2015, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Madrid, 2016 y. OBSERVATORIO NACIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES Y LA SI. Dossier de indicadores de seguimiento de la Sociedad de la Información por Comunidades Autónomas. Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital. Madrid, Febrero de 2017.

b) la existencia de brechas digitales por razón de territorio, nivel de renta, edad, sexo, nivel de formación y características de los hogares

c) las características de nuestro modelo productivo, por varios motivos que apuntan a cuatro variables: la sectorial, la dimensión predominante de nuestras empresas, las características de nuestra fuerza de trabajo y las de nuestra cultura empresarial.

En primer lugar, en relación con la variable sectorial, la situación particular del caso español se debe a la especial incidencia del declive del sector industrial y a la muy heterogénea penetración tecnológica del resto de los sectores. Al ser la industria un sector clave para el desarrollo de la economía digital por sus efectos inducidos en el conjunto de los sectores productivos, el retroceso de este sector perjudica el avance de la economía digital. . Concretamente ha experimentado una recesión, pasando de representar el 19% del PIB en el año 2000 al 16% en la actualidad (el 13% si se elimina el efecto del sector energético).

En segundo lugar, por el predominio de la pequeña empresa y la microempresa, lo que comporta una excesiva atomización empresarial. En 2016 el 90% de las empresas con asalariados en España tenía menos de 10 trabajadores, estando las micro-empresas menos digitalizadas que la media, y muy lejos del nivel de digitalización de las grandes empresas.

El tercer motivo o variable apunta a las deficiencias de cualificación en la población activa: el porcentaje significativo de ésta en los niveles más bajos de cualificación, la tasa de abandono escolar de personas de 18 a 24 años del 19,4% en 2016, la más alta de toda la UE19 y finalmente la existencia de desajustes entre la formación de las personas y los requerimientos de cualificación de las empresas²², especialmente en el ámbito de las TIC, lo que se explica en las carencias anteriormente señaladas (carencias del sistema de educación y formación profesional y su escasa articulación con el mercado de trabajo) además de otros factores como la importancia de las variaciones estacionales en la demanda; la falta de movilidad laboral; y la escasa penetración digital en nuestra cultura empresarial, caracterizada por escasos esfuerzos en innovación de innovación y formación tecnológica²³

²² Sobre este aspecto, vid, más detenidamente, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. Competencias profesionales y empleabilidad. CES. Madrid, 2015.

²³ Cfr. estas afirmaciones, en OBERVATORIO NACIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES Y LA SOCIEDAD E LA INFORMACIÓN: . Análisis sectorial de la implantación de las TIC en las empresas españolas. Informe e-Pyme 2015. Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Madrid, 2016

En cuarto lugar, la variable que alude a lo que podríamos denominar lenta penetración digital de nuestra cultura empresarial se refiere a aspectos tales como el apego a aplicaciones básicas y la resistencia a la implantación de aplicaciones más avanzadas, el escaso número de empresas que cuenta con una estrategia digital formalizada y propia; la carencia de planes formativos de cada empresa; el apoyo precario a la formación digital para los trabajadores y el bajo nivel de competencias y formación en materia digital de un significativo porcentaje del personal directivo de las empresas

d) Finalmente, aunque no puede afirmarse que las Administraciones Públicas no hayan promovido actuaciones en favor de la economía digital, ésta es otra de las dificultades en la medida en que, en términos comparativos, destacan carencias de inversión en infraestructuras, con una importante brecha digital territorial, a lo que ha contribuido la crisis económica y las políticas de ajuste presupuestario desde 2010, lo que ha incidido negativamente en las políticas de investigación, desarrollo e innovación, y las relativas al fomento de las cualificaciones y la formación²⁴

En contraste con la debilidad -en términos de esfuerzo presupuestario- de las políticas públicas del Estado en el período inicial – y anterior a la crisis-, las Comunidades Autónomas mostraron tempranamente una mayor receptividad respecto a los problemas vinculados a la sociedad tecnológica, especialmente a la brecha digital, invirtiendo partidas importantes de sus presupuestos, aunque posteriormente, el protagonismo lo haya desempeñado el Estado.

La Comunidad Autónoma del País Vasco, destaca porque se considera pionera en este campo, con resultados superiores a la media nacional, en lo que, sin duda, ha incidido que el Gobierno Vasco dedicara tempranamente importantes esfuerzos presupuestarios. En esa etapa inicial se adoptó el Plan *Esukadi en la Sociedad de la Información* e Iniciativa 2000Tres, que se tradujeron en medidas concretas como la Konekta Zitez, que subvencionaba la adquisición de ordenador de alto nivel con conexión a internet en 2000 y la Konekta Zaitetz Ciudadan@, para la creación de una red de centros gratuitos para el acceso de todos los ciudadanos a las nuevas tecnologías, que aporta la novedad de una asistencia por tutores de forma permanente –lo que facilita la adquisición del conocimiento y habilidades- centrándose, además, en los colectivos con mayores dificultades de acceso como parados de larga duración y amas de casa. Estas medidas han determinado que el País Vasco se sitúe a la cabeza de las Comunidades Autónomas, por personas conectadas a internet.

²⁴ FUNDACIÓN COTEC. Informe COTEC 2016. COTEC. Madrid, 2016. EUROPEAN COMMISSION. Commission Staff Working Document. Country Report Spain 2017. Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalances. European Commission. Brussels, 2017.

Igualmente reseñable es el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Es conocida la iniciativa de dotar a los alumnos de la ESO de ordenadores portátiles individuales, la cual, por indiscriminada y falta de personal educador cualificado no dio los resultados esperados, Sin embargo, con mayor profundidad y transversalidad, se adoptó el Plan Andalucía Sociedad de la Información 2007-2010, que en su parte 5, relativa a Comunicación Digital, dedica la Línea Estratégica 2 a la Inclusión Digital, previendo ya no acciones indiscriminadas sino centradas en grupos vulnerables, entre los que considera las personas mayores, las mujeres, las personas con discapacidad y los colectivos en situación o zonas o entornos desfavorables para los que contempla medidas específicas y acciones positivas. Y relevante es finalmente destacar el importante esfuerzo presupuestario de este Plan -1.285.890.327 euros para el periodo 2007 2010.

ESTUDIOS

Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía

Jesús Cruz Villalón

El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones

Federico Navarro Nieto

Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas

Santiago González Ortega

La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social

Miguel Rodríguez-Piñero Royo

Poderes directivos y nuevas tecnologías

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones

Carmen Sáez Lara

Derecho a la información y consentimiento del trabajador en materia de protección de datos

Eduardo González Biedma

Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso

Cristóbal Molina Navarrete

Brecha digital, pobreza y exclusión social

Sofía Olarte Encabo

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO