



REVISTA

DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

NUEVAS FORMAS DE TRABAJO. RETOS PRESENTES Y FUTUROS

NÚMERO 6, DICIEMBRE DE 2016

ANGUSTIAS DE UBERIZACIÓN Y RETOS QUE PLANTEA EL TRABAJO DIGITAL AL DERECHO LABORAL

Philippe Auvergnon

LABOUR AND LABOUR LAW IN THE TIME OF THE ON-DEMAND ECONOMY

Emanuele Dagnino

CROWDSOURCING SITES Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO: EL CASO DE AMAZON MECHANICAL TURK

Anna Ginès i Fabrellas

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR FRENTE A LOS
NUEVOS INSTRUMENTOS DE CONTROL EMPRESARIAL

Alicia Villalba Sánchez

LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES EN MATERIA DE TRABAJO A DISTANCIA:
CONTENIDO GENERAL Y PROPUESTAS DE MEJORA

Lourdes Mella Méndez

O ENQUADRAMENTO LEGAL DO TELETRABALHO EM PORTUGAL

Duarte Abrunhosa e Sousa

ENTIDAD EDITORA

Dykinson, S.L.



Centro de Estudios
SAGARDOY



CÁTEDRA UNESCO
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

ISSN 2341-135X

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)



© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015, Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-135X

REVISTA

DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

*El objetivo de esta Revista es conseguir los máximos índices de calidad,
y está indexada en las siguientes bases de datos:*

latindex

BASE DE DATOS
ISOC



Dialnet

vlex
vlex.com

MIAR

Colabora:





Revista Derecho Social y Empresa

CÁTEDRA UNESCO PROMOCIÓN SOCIO LABORAL
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY
EDITORIAL DYKINSON



DIRECTORA

Pilar Núñez-Cortés Contreras

*Cátedra UNESCO Promoción Socio Laboral Centro de Estudios Sagardoy
Profesora Titular de Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Loyola Andalucía*

EDITORA

Esperanza Macarena Sierra Benítez

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

SECRETARIA

Amanda Moreno Solana

*Profesora Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense (Madrid)*

MIEMBROS

María del Mar Alarcón Castellanos

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

Lourdes Arastey Sahún

Magistrada del Tribunal Supremo (Madrid)

Philippe Auvergnon

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Directeur de Recherche del CNRS,
miembro del Centre de droit comparé du travail et de la sécurité du travail
Université Bordeaux (Francia)*

Marie Cécile Escande-Varniol

*Catedrática de Derecho del Trabajo
Université Lyon 2 (Francia)*

Carolina Gala Durán

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona*

Santiago García Echevarría

*Catedrático de Política Económica de la Empresa
Universidad Alcalá de Henares (Madrid)*

Joaquín García Murcia

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense (Madrid)*

Abbo Junker

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Zentrum für
Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht Ludwig-Maximilians
Universität München (Alemania)*

Lourdes Mella Méndez

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago Compostela*

Antonio Ojeda Avilés

Catedrático de Derecho del Trabajo

Mariano Sampedro del Corral

Magistrado del Tribunal Supremo

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

Esperanza Macarena Sierra Benítez

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

Michele Tiraboschi

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de

Módena y Reggio Emilia (Italia) y Director Científico de ADAPT

Jorge Tua Fernández

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad Autónoma de Madrid

Fernando Valdés Dal-Ré

Magistrado del Tribunal Constitucional

Luis Enrique de la Villa Gil

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Autónoma (Madrid)

COMITÉ EDITORIAL

PRESIDENTE

Íñigo Sagardoy de Simón

Doctor en Derecho, Presidente de Sagardoy Abogados (Madrid)

DIRECTOR

Martín Godino Reyes

Doctor en Derecho, Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid)

MIEMBROS

Valentín Bote Álvarez-Carrasco

Director del Servicio de Estudios de Randstad Research

Jaime Cabeza Pereiro

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Vigo*

Macarena Castro Conte

*Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

Antonio Cebrián Carrillo

Abogado, Socio Director S&C Abogados (Madrid)

Teresa Cervera Soto

Directora de Recursos Humanos, Paradores de Turismo

Martin Fröhlich

Attorney-at-law (Rechtsanwalt), Cologne (Alemania)

María Jesús Herrera Duque

Doctora en Derecho, Socia de Sagardoy Abogados (Madrid)

Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

José Antonio Marcos Herrero

*Abogado, Director de Recursos Humanos
de Agencia Sanitaria de Poniente (Málaga)*

José Manuel Martín Martín

Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid)

Ana Matorras Díaz-Caneja

*Profesora Agregada
Universidad Pontificia Comillas (Madrid)*

María Luisa Molero Marañón

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

Rocío Molina González-Pumariega

*Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

Horacio Molina Sánchez

*Profesor Titular de Área
Universidad Loyola Andalucía*

Amanda Moreno Solana

Profesora Doctora

Universidad Carlos III (Madrid)

Leonor Victoria Pablos Fernández

Directora de Recursos Humanos, Ferrovial (Madrid)

Vicente Pérez Menayo

Consejero de Empleo y Seguridad Social en la Embajada de España en Bélgica

Anselmo Presencio Fernández

Director Recursos Humanos, Persan

Iván Rodríguez Cardo

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Oviedo

Lavinia Serrani

Editorial Coordinator of ADAPT International,

*Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro
e sulle Relazioni industriali (Italia)*

Francesca Sperotti

Research Fellow e Responsabile Relazioni Internazionali, ADAPT,

*Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro
e sulle Relazioni industriali (Italia)*

Helmut Weber

Consejero Técnico Jefe de Unidad, Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Alemania)

EVALUADORES EXTERNOS

Francisco Alemán Páez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Córdoba

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

José Manuel del Valle Villar

Profesor Titular de Derecho del Trabajo

Universidad de Alcalá de Henares (Madrid)

José Luis Gil Gil

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Alcalá de Henares (Madrid)*

María Sonsoles Gutiérrez de la Peña

Inspectora de Trabajo y de la Seguridad Social (Madrid)

María Teresa Igartua Miró

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

Risa L. Lieberwitz

*Catedrática de Derecho del Trabajo
Cornell University, ILR School (USA)*

Paz Menéndez Sebastián

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

Jesús R. Mercader Uguina

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III (Madrid)*

Jesús Nicolás Ramírez Sobrino

*Profesor Titular de Área de Comercialización e Investigación de Mercados
Universidad Loyola Andalucía*

Eduardo Rojo Torrecilla

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona*

Tatsiana Ushakova

Doctora en Derecho, Acreditada como Profesora Titular de Ciencias Sociales y Jurídicas

Teresa Velasco Portero

*Profesora Titular de Área
Universidad Loyola Andalucía*

CORRECCIÓN Y DISEÑO

Rúnica servicios editoriales

runica.servicios.editoriales@gmail.com

www.runica.es

El sentido de la Revista Derecho Social y Empresa

Dentro del campo de las ciencias sociales, con enfoque internacional, de derecho comparado e interdisciplinar, la Revista Derecho Social y Empresa, es una publicación científico-técnica, en el ámbito Jurídico Laboral y de la Seguridad Social, cuyo objetivo es dar a conocer a nivel internacional los debates sobre la regulación y la organización del trabajo en la empresa y en la sociedad, los sistemas de relaciones industriales y las políticas de empleo.

La Revista Derecho Social y Empresa tiene dos números al año, ambos incluyen artículos académicos (Estudios), así como un barómetro del mercado de trabajo en España. El primer número de cada año tiene un contenido monográfico y versará sobre un tema predefinido por el Comité Editorial.

La Revista cuenta con un Comité Científico y un Comité Editorial, que reúnen a prestigiosos juristas, académicos y profesionales, principalmente del entorno europeo (España, Francia, Italia y Alemania) y también de los Estados Unidos de América.

De las opiniones expresadas en los artículos únicamente son responsables los propios autores.

Para cualquier propuesta de colaboración siga las instrucciones de publicación de la Revista.



Revista Derecho Social y Empresa

ÍNDICE NÚM. 6, DICIEMBRE 2016

«NUEVAS FORMAS DE TRABAJO. RETOS PRESENTES Y FUTUROS»

COORDINADORA

PROF.^A DRA. D^A LOURDES MELLA MÉNDEZ



PRESENTACIONES

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ

ÍÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN

PRÓLOGO

LOURDES MELLA MÉNDEZ

ARTÍCULOS

Angustias de Uberización y retos que plantea el trabajo digital al Derecho Laboral

PHILIPPE AUVERGNON

Labour and labour law in the time of the on-demand economy

EMANUELE DAGNINO

Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo: el caso de Amazon Mechanical Turk

ANNA GINÈS I FABRELLAS

**Los derechos fundamentales del trabajador frente a los
nuevos instrumentos de control empresarial**

ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ

**Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia:
contenido general y propuestas de mejora**

LOURDES MELLA MÉNDEZ

SECCIÓN DE MEDIDAS DE DERECHO COMPARADO

O enquadramento legal do teletrabalho em Portugal

DUARTE ABRUNHOSA E SOUSA

INSTRUCCIONES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

PRESENTACIONES

PRESENTACIÓN DE LA EDITORA

El INE ha publicado por primera vez el Índice de Precios del Trabajo (ITP) Serie 2008-2014. Como indica la nota de prensa de 18 de noviembre de 2016, momento en que se elabora esta presentación, se trata de «un indicador cuyo objetivo es medir la evolución temporal del precio de la mano de obra, sin que dicha medida esté afectada por los cambios en la calidad y cantidad del factor trabajo». Esta prestigiosa institución se va a encargar a partir de ahora «de la medición sobre la variación del coste salarial pagado por los empleadores por el conjunto de puestos de trabajo existentes, suponiendo que se mantiene la misma composición de puestos de trabajo del año anterior». Consideramos que es una buena noticia para los estudiosos y profesionales del mundo del trabajo, ya que contaremos con un dato más para evaluar la desvalorización, precarización y deterioro del trabajo asalariado.

La crisis económica y las nuevas tecnologías digitales están revolucionando el mundo del trabajo, de igual forma que hace dos siglos la revolución industrial (entre otras causas) favoreció el nacimiento de una nueva disciplina especializada en las relaciones contractuales entre el patrono y el asalariado. En la actualidad esta terminología no se utiliza. Ya no hablamos de patronos ni de asalariados, sino de plataformas digitales y economía colaborativa, por un lado, y de emprendedores, autónomos, prestadores de servicios y colaboradores sociales por otro. En la sociedad actual el binomio trabajo-empleo convive con otras formas de prestación de servicios, como la prestación de servicios colaborativa y, en general, con nuevas formas de trabajo resultantes del uso de los avanzados recursos digitales, y especialmente de un instrumento tan revolucionario como en su día fue la imprenta: Internet.

Estas nuevas formas de prestación de servicios no se realizan únicamente para su intercambio por una retribución, sino también por otros bienes o servicios donde podríamos decir, por seguir utilizando nuevos términos, que se trata de un trueque digital para obtener beneficios recíprocos al margen de una cantidad económica. Este siglo no solo es convulso por el nacimiento de nuevas formas de trabajo y/o de trueque de bienes y servicios, sino también por el creciente avance de la robótica, de la industria 4.0 y de la inteligencia artificial. La sociedad civil tiene conocimiento de estudios e informes de grandes organismos económicos sobre la evolución del trabajo y la realización del mismo por máquinas

y robots en los que se vaticinan cambios en el mundo del trabajo con efectos perniciosos para las personas (ver, por ejemplo, las conclusiones del Foro de Davos 2016). Esto está dando lugar a la búsqueda de distintas soluciones y propuestas significativas de cambios, como la presentada por la diputada socialista en el Parlamento Mady Delvaux, que ha enviado a la Comisión de Asuntos Jurídicos de la UE un proyecto de informe para instar a la Comisión Europea a tramitar una iniciativa legislativa para regular el uso de robots e inteligencia artificial (AI) en la Unión Europea. En el mencionado documento se contempla la posibilidad de obtener de las empresas los datos de ahorro realizados en cotizaciones a la Seguridad Social por la utilización de robots en vez de trabajadores o personal humano.

No vamos a profundizar en esta propuesta porque lo que nos interesa comentar de la misma es que el trabajo está cambiando a gran velocidad debido al uso de las innovaciones tecnológicas, y que a través de las plataformas digitales grandes grupos económicos están generando lo que se ha dado en llamar la «Uberización del Derecho del Trabajo». En este monográfico de la RDSyE publicado con el título *NUEVAS FORMAS DE TRABAJO. RETOS PRESENTES Y FUTUROS*, hemos pretendido integrar, con carácter crítico y científico, la actual doctrina laboral que parece mantener una postura clara: ante los avances y desafíos del mundo económico la respuesta viene de la mano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, disciplina que cobra relevancia ante los profundos cambios que va a experimentar el mundo del trabajo en este siglo.

Oporto, noviembre de 2016

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ

Editora RDSyE

EL DESAFÍO DEL FUTURO DEL TRABAJO

El cambio tecnológico en la sociedad de nuestro tiempo está ocasionando un efecto auténticamente disruptivo. Los cambios en las tendencias y las formas sociales son profundos y ponen de manifiesto que estamos en plena transformación de hábitos, actuaciones, capacidades y competencias cuya consecuencia es difícilmente previsible. Como se sabe, por numerosas estadísticas, el 65% de los niños que entran en primaria trabajarán en perfiles profesionales que todavía no existen; el 80% de los *millennials* no sabrá lo que es una oficina bancaria y la irrupción de la inteligencia artificial hará que muchas actividades económicas se transformen totalmente. En esta nueva sociedad, con nuevos intereses por parte de los consumidores, se impulsan nuevas formas de trabajo y por extensión, nuevos debates en materia jurídico-laboral que son los que tratamos en este nuevo número de la Revista. Ideas como la «flexibilidad» y la «empleabilidad», y otros conceptos que nos han acompañado de una forma u otra a lo largo de la historia iuslaboralista (derechos fundamentales, teletrabajo, flexiseguridad etc.) cobran nuevos perfiles y se enfrentan a retos de interpretación y de regulación que tendrán que albergar todas las transformaciones que se avecinan en los próximos tiempos, con la dificultad de una normativa que nació y se desarrolló en un marco económico muy distinto al actual.

Un primer cambio de enorme importancia ha venido de la mano de las tecnologías de la comunicación digital. El uso masivo de dispositivos móviles, las nuevas plataformas y aplicaciones que se vienen desarrollando han dado lugar a nuevos modos de consumo pero también nuevos modelos de negocio que incorporan al mercado laboral a un perfil de trabajador de difícil encuadramiento jurídico. En este sentido, desde el punto de vista de nuestra disciplina laboral, las fórmulas de economía colaborativa que se analizan en este número están teniendo un impacto muy importante y es de esperar que su desarrollo en los próximos años produzca una transformación significativa en importantes sectores de actividad que transforman modelos de negocios tradicionales, que compiten con empresas ya establecidas, que ofrecen nuevos productos pero que afectan muy directamente a los profesionales que trabajan en los mismos. Ello hace que comience a repensarse la figura del trabajador al generar problemas técnicos para saber si las nociones clásicas de dependencia y ajenidad son categorías susceptibles de acoger estas nuevas formas de trabajo en una sociedad digitalizada. Surge así una nueva forma de trabajo autónomo

que si bien no está regulada conviene encasillar para que la legislación aplicable sea la correcta.

Por otra parte, el desarrollo de las nuevas tecnologías en la realización del trabajo diario, genera nuevos conflictos que obligan a un permanente equilibrio entre el poder de organización del empresario y los derechos fundamentales del trabajador (tan complejos como la intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos). Este conflicto diario hace que se busque necesariamente un ajuste material entre los derechos fundamentales del trabajador y la libertad de empresa y que los tribunales juzguen en cada supuesto, bajo el principio de proporcionalidad, si el conflicto debe resolverse hacia el empresario o hacia el trabajador afectado. En este número analizamos precisamente alguno de los temas más importantes que hemos vivido en nuestro país en el ámbito laboral en esta materia.

En definitiva, estamos ante temas de actualidad enorme que vienen a configurar lo que el Profesor Borrajo denominaba Derecho vivo del Trabajo. No me cabe duda que en un año cualquier análisis de estas características quedará probablemente obsoleto.

Madrid, diciembre de 2016

IÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN

Presidente del Comité Editorial

Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad Francisco de Vitoria

PRÓLOGO

PRÓLOGO DE LA COORDINADORA

Como siempre sucede cuando asumo un encargo de este tipo -prologar una determinada publicación-, mis primeras palabras tienen que ser de necesario agradecimiento y manifestación del honor que se me hace. En este caso, el agradecimiento y el honor son dobles tanto por la Revista de la que se trata -que aunque relativamente joven, ya goza de reconocimiento en el ámbito científico- como por los prestigiosos autores cuyos trabajos me toca presentar. Estos últimos tienen su origen en el Congreso Internacional «Nuevas tecnologías y nuevas formas de trabajar en el Derecho español y comparado», celebrado en Santiago de Compostela, en abril de 2016, y que -una vez superados los correspondientes procesos de evaluación- pueden ver la luz en este número de la RDSyE.

El primero de los trabajos aquí publicados es el del Profesor Auvergnon, respetado Catedrático de Derecho del Trabajo del COMPTRESEC (Burdeos), y en él se analizan -de manera sabia y aguda- los actuales problemas sociales y jurídicos que la emergencia del trabajo digital, realizado a través de plataformas informáticas (como la conocida Uber), plantea en el derecho francés. Más en concreto, se analiza el caso en el que un trabajador realiza su actividad laboral a través de una plataforma digital, utilizando esta para conectarse con terceros, que son los consumidores últimos de sus productos o servicios a cambio de una remuneración. En este nuevo modelo, la empresa que gestiona la plataforma informática, como intermediaria que es, recibe una comisión por cada prestación que se lleva a cabo. La preocupación del *iustlaboralista* es la de analizar la naturaleza jurídica de la relación existente entre la referida empresa y el trabajador que presta servicios a través de ella. En el derecho galo, ya existen regulaciones que dan una mínima protección al trabajador digital y ofrecen cierta seguridad jurídica al trabajo a través de la plataforma informática, pero aquellas regulaciones se refieren al trabajo no asalariado (prestado a través de la creación de sociedades mercantiles de un solo socio) o a formas híbridas de empleo asalariado, que mezclan actividad independiente y empleo asalariado. Por ello, estas normas jurídicas no siempre resultan apropiadas al caso analizado y se impone un esfuerzo de imaginación jurídica para buscar el mejor encaje de los trabajadores digitales en el actual marco jurídico laboral.

Cabe recordar que, con independencia de la calificación jurídica que las partes den a su relación laboral, el juez puede proceder a su recalificación si la situación de hecho

evidencia que aquella calificación no responde a la realidad. Además, no cabe olvidar que el intentar desnaturalizar una relación que se sabe que es laboral constituye una conducta fraudulenta, tipificada penalmente. Así las cosas, a la hora de proteger jurídicamente la actividad laboral prestada a través de las plataformas digitales, cabe pensar en varias opciones, tales como la creación de una cooperativa de actividad y empleo, un contrato de trabajo *ad hoc* o un estatuto propio, a medio camino entre la protección del trabajador dependiente y el autónomo. En todo caso, parece que los requisitos tradicionales de la dependencia deben valorarse de manera cada vez más flexible, para dar cabida en el ámbito del Derecho del Trabajo a las nuevas maneras de trabajar que están surgiendo al abrigo de las nuevas tecnologías.

El segundo trabajo que se presenta es el del joven -pero ya acreditado- investigador Dagnino, de la Universidad de Bérgamo y ADAPT. Este documentado estudio versa sobre las peculiaridades de la llamada *on-demand economy* y su interrelación con el Derecho del Trabajo a nivel internacional, en cuanto derecho dirigido a proteger a los trabajadores que prestan servicios por cuenta de un empresario con dependencia y subordinación. El objetivo es analizar las condiciones de trabajo en la nueva economía a demanda, evaluar la capacidad de respuesta del actual Derecho del Trabajo para responder a los retos derivados de este nuevo fenómeno y, de apreciar la insuficiencia de aquel, proponer posibles soluciones para proteger adecuadamente a los trabajadores digitales. La economía a demanda puede ser definida como la actividad económica que se dedica a poner en contacto, de manera inmediata, la oferta y demanda de bienes y servicios (por ejemplo, de transporte, médicos, legales, diseño o reparación) a través de plataformas digitales. Así, debe partirse de la complejidad de esta nueva manera de trabajar, en la que las condiciones de los trabajadores pueden ser muy diferentes de un caso a otro, si bien el estudio se centra especialmente en aquellos para los que el trabajo en la plataforma es su principal actividad laboral. Y, respecto de estos, el dilema -desde el Derecho del Trabajo- es el tipo de relación jurídica que une al trabajador con la empresa dueña de la plataforma informática, pues existen rasgos que apoyan la posición de que el trabajador es un contratista autónomo y la plataforma empresarial un simple intermediario en la prestación de servicios de aquel a terceros. Desde tal perspectiva, no procedería la aplicación a los trabajadores de las normas mínimas protectoras del Derecho del Trabajo, tal y como están declarando los órganos jurisdiccionales de diferentes países, como Estados Unidos.

Partiendo de tal tesitura, el autor analiza -en profundidad- las tres principales condiciones laborales en las que estos trabajadores digitales acusan una mayor debilidad, cuales son la inseguridad económica, la desprotección en materia de seguridad y salud laboral y la formación y promoción laborales. Finalmente, se concluye que estos retos laborales deben ser abordados junto con los grandes problemas del actual mercado laboral (surgi-

miento de nuevas maneras de trabajar, transformación de la economía, trabajos a demanda), por ello es necesario que el legislador efectúe, de manera innovadora y global, una reforma laboral en la materia y diseñe un marco legal coherente y capaz de abordar los desafíos que surgen de la nueva realidad laboral. Una re-conceptualización del tradicional Derecho del Trabajo parece necesaria, yendo más allá de la clásica división entre trabajador dependiente y autónomo, así como el pensar en términos generales e inclusivos, que lleven a la aprobación de un estatuto protector común para todo trabajador que preste servicios en la sociedad, con independencia de la concreta manera en que lo haga en cada caso. Para atender las posibles peculiaridades del supuesto concreto, el autor apunta -con acierto- al marco de la negociación colectiva, por lo que el papel de los agentes sociales se revela, una vez más, como la mejor garantía de actuación.

El siguiente trabajo es el de la Profesora Ginès i Fabrellas, reconocida investigadora de ESADE - Universitat Ramon Llull, y que viene a complementar muy bien el contenido de los dos anteriores. En este caso, se presenta un interesante estudio de la actividad laboral desarrollada a través de las plataformas digitales que emplean el *crowdsourcing online*, centrándose, de manera particular, en el caso de *Amazon Mechanical Turk*. La autora comienza declarando la licitud o ajuste a la legalidad vigente (arts. 38 CE y 42 ET) de esta modalidad de organización de la producción, en cuanto el ordenamiento jurídico español no limita -salvo en el caso de la construcción- la subcontratación o externalización productiva a uno o varios sujetos. Por lo tanto, en principio, la externalización productiva a un grupo de trabajadores autónomos, mediante el *crowdsourcing*, parece tener cabida en el modelo legal español.

Sin embargo, la investigadora pronto deja clara su posición respecto del concreto supuesto analizado, en el que se concluye que los trabajadores prestan servicios por cuenta ajena. En efecto, a pesar de la calificación inicial de estos como contratantes autónomos (*turkers*), se aprecia la existencia de relación laboral entre las partes contratantes. La presencia de ciertos elementos, como la cláusula de satisfacción, la determinación de la forma y modalidad de pago por la empresa, la filtración de los HITs a los que tienen acceso los trabajadores en atención a su puntuación personal y la falta de transparencia en relación con las empresas clientes (*requesters*), ponen de relieve que los trabajadores no disponen de una organización empresarial propia, sino que están sujetos a los criterios directivos y de control de la empresa que gestiona la plataforma digital. En otras palabras, hay dependencia y subordinación a los poderes tradicionales de un empresario, aunque este ahora se manifieste en una plataforma *online*. Como conclusión final, la Prof.^a Ginès incluso entiende que la utilización del *crowdsourcing* como forma de organización de la prestación de servicios en el mercado resulta incompatible con el trabajo autónomo, pues la necesidad de que la empresa garantice una calidad y homogeneidad en el servicio exige el

ejercicio del poder directivo por parte de aquella, lo que convierte a sus trabajadores en dependientes, aunque se les pretenda llamar autónomos.

El siguiente trabajo es el de la Prof.^a Villalba Sánchez, de la Universidad de Santiago de Compostela, y versa sobre el relevante tema de los derechos fundamentales del trabajador frente a los nuevos instrumentos de vigilancia empresarial. Con claridad y agudeza, la autora aborda la regulación constitucional de la vida privada del trabajador, tanto en su dimensión laboral como extralaboral, la cual refleja la necesidad de su respeto por el empresario en el ejercicio diario de sus poderes de control sobre la actividad laboral de aquel. Entre los derechos fundamentales del trabajador, cabe prestar especial atención al derecho a la intimidad y a la propia imagen y al secreto de las comunicaciones, pues el uso de las actuales nuevas tecnologías de la información y de la comunicación abre nuevas maneras -más directas, invasivas e intensas- de ejercicio del poder de vigilancia e inspección del empresario sobre la actividad laboral de aquel. Para la autora, la sumisión del trabajador a estos poderes empresariales no ha de suponer una abdicación absoluta de estos derechos fundamentales. En este sentido, en cuanto la relación laboral se basa en la confianza mutua y la buena fe entre las partes, la utilización de un medio de supervisión que registre de manera ininterrumpida e indiscriminada toda la actividad desarrollada por el trabajador en su puesto parece claramente lesiva de dicha buena fe.

Por ello, ante la ausencia de una normativa específica que regule el control tecnológico de la prestación de trabajo, procede reclamar el respeto a la interpretación que el Tribunal Constitucional ha dado al contenido esencial del derecho a la propia imagen, a la intimidad o al secreto de las comunicaciones del trabajador. En igual sentido, debería atenderse a los dictados más recientes del TEDH, que exigen información, seguridad y claridad sobre los instrumentos de control empresarial y sus límites en cuanto a la invasión de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Los dos últimos trabajos que integran el actual número de la RDSyE versan sobre una de las nuevas formas de trabajar con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación más populares, cual es el teletrabajo o, más ampliamente, el trabajo a distancia. Desde la perspectiva comparada, cabe destacar el trabajo del Profesor Abrunhosa e Sousa, prestigioso abogado e investigador del CIJE (*Centro de Investigação Jurídico-Económica* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oporto). En este estudio, se analiza con claridad y precisión el encuadramiento legal del teletrabajo en el ordenamiento portugués, profundizando en sus rasgos conceptuales básicos. Destaca el autor que el teletrabajo en Portugal, aun siendo una forma de trabajo descentralizada de poco uso, tiene importante potencial para el futuro. Dicho potencial proviene del hecho de que el legislador portugués regula el teletrabajo al máximo nivel legal -en el Código de Trabajo, ya desde 2003- y su configuración legal atiende a importantes necesidades de conciliación de la vida laboral

y familiar de las personas trabajadoras. En este sentido, a diferencia de lo que ocurre en el derecho español, el legislador portugués configura el acceso al teletrabajo como un derecho individual para el trabajador que se halla en determinadas circunstancias, tales como el ser víctima de una situación de violencia doméstica o el ser padre o madre de un hijo menor de tres años (Ley 120/2015, de 1 de septiembre). Sin duda alguna, tal configuración legal va en la dirección correcta para atender las necesidades de conciliación de los trabajadores y puede ser la clave para el impulso definitivo del teletrabajo en el país vecino; sin duda, el legislador español podría tomar como ejemplo la regulación comentada.

Finalmente, el último trabajo es de la autoría de quien tiene el honor de escribir estas líneas de presentación del número de la Revista. Dicho estudio se incardina en las actuales líneas de investigación de la autora y es resultado de los trabajos realizados durante el tercer año del proyecto de investigación del MINECO sobre igual temática. En dicho artículo se examinan las cláusulas convencionales españolas en materia de trabajo a distancia y teletrabajo, desde el punto de vista de su contenido. Una vez constatado que, en general, dicho contenido es pobre y escaso, limitándose los sujetos negociadores a repetir las previsiones del Acuerdo marco europeo de teletrabajo de 2002 o del artículo 13 ET, la investigadora propone puntos temáticos de interés sobre los que es necesario aportar soluciones, en orden a impulsar el desarrollo del teletrabajo e incrementar la seguridad jurídica de las partes en la materia.

Muchas gracias al equipo director de la RDSyE.

Santiago de Compostela, diciembre de 2016

LOURDES MELLA MÉNDEZ

Coordinadora del núm. 6/2016 RDSyE

ARTÍCULOS

ANGUSTIAS DE UBERIZACIÓN Y RETOS QUE PLANTEA EL TRABAJO DIGITAL AL DERECHO LABORAL¹

PHILIPPE AUVERGNON

Director de investigación en el Centro Nacional de Investigación Científica (CNRS)

Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Burdeos

Fecha de recepción: 07/10/2016

Fecha de aceptación: 18/10/2016

SUMARIO: 1. INSTRUMENTOS DISPONIBLES Y REPRESIÓN POSIBLE. 1.1. Estatutos existentes; 1.1.1. Formalizaciones no asalariadas de la actividad; 1.1.2. Formas híbridas de empleo asalariado; 1.2. Riesgos pendientes; 1.2.1. Recalificación del contrato. 1.2.2. Sanciones penales. 2. MARCOS ESPECÍFICOS O REDEFINICIÓN DEL TRABAJADOR DEPENDIENTE. 2.1. Marco cooperativo, contrato *ad hoc* o tercer estatuto; 2.1.1. Cooperativa de actividad y de empleo; 2.1.2. Contrato de trabajo digital *ad hoc*; 2.1.3. Estatuto del trabajo independiente económicamente dependiente; 2.1.4. Evolución de los criterios de la subordinación. 3. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: La versión de la economía colaborativa que encarnan plataformas digitales como Uber va más allá de una simple interrelación entre la oferta y la demanda de servicios. El fenómeno preocupa por el desarrollo de un trabajo «a la demanda», socialmente poco protegido. En el derecho francés, distintos dispositivos pueden permitir encuadrar

.....

1 Este trabajo forma parte de las actividades programadas para el tercer año de vigencia del Proyecto de investigación del MINECO, titulado «Análisis jurídico del teletrabajo en España y en el Derecho comparado» (DER 2013-43615-R), cuya investigadora principal es la Prof.^a Lourdes Mella.

esta forma de organización de una actividad profesional. Sin embargo, la mayoría de las veces, las soluciones jurídicas tradicionales no resultan apropiadas. Se impone un esfuerzo de imaginación jurídica.

ABSTRACT: One option of the sharing economy version which embodies platforms such as Uber goes beyond a simple relationship of an offer and a request for services. The phenomenon is causing concern in terms of the development of work «on request» which enjoys little social protection. Under various provisions of the French laws, a number of legal devices allow for a framework for this kind of organisation of professional activity. However most traditional legal solutions appear inadequate or unsuitable. It becomes imperative to find imaginative solutions.

PALABRAS CLAVE: Derecho laboral francés, plataformas digitales, prestaciones de servicios, trabajo a la demanda, marco jurídico.

KEYWORDS: French labour law, digital technologies platforms, services, work on demand, legal framework.

La economía colaborativa o «a la demanda» (*on-demand*) generaría entre 25 y 30 mil millones de dólares estadounidenses de rentas al año y doblaría sus rentas cada 18 meses². Su mercado está dominado por cuatro sectores (transporte, servicios financieros, alojamiento, distribución)³, pero no se reduce a estos últimos. Hace emerger actividades nuevas (por ejemplo, repartidores de comida de restaurante⁴), moderniza otras (por ejemplo, chóferes), al tiempo que desestabiliza profesiones antiguas (por ejemplo, taxis, guías de museo o turísticos⁵). Por eso, preocupa al conjunto de los defensores de la economía tradicional. Maurice Lévy, Presidente del Grupo *Publicis*⁶, expresaba sus temores en el *Financial Times*: «todo el mundo comienza a tener miedo de hacerse ‘uberizar’. Es decir, de despertarse una mañana y descubrir que ha desaparecido su actividad histórica (...)»⁷. Los empresarios «jamás han estado tan desorientados o inquietos respecto a su marca y a su modelo económico»⁸.

De hecho, en algunos años, con el recurso a las «nuevas tecnologías», ha evolucionado considerablemente el modelo inicial de la economía colaborativa. Al principio, consistía en el trueque. Esencialmente, se trataba de cambiar bienes y servicios de modo temporal: por ejemplo, apartamentos entre individuos durante las vacaciones. El «*business model*» de la economía colaborativa, en su versión 1.0, se basaba entonces en una dinámica no lucrativa y no profesional. La versión 2.0 vio la aparición de plataformas tecnológicas, lo que permitía poner en contacto a individuos, solicitantes de una prestación, con individuos que ofrecían esa prestación, como sucedía con el sitio web de bricolaje. La versión 3.0, que encarnan plataformas actuales de renombre, como Uber, vende hoy más que una simple interrelación: «Se convierten en los proveedores de los consumidores, a los que facturan directamente y con respecto a los cuales asumen la responsabilidad de las prestaciones»⁹, aunque, por otro lado, algunas se defienden contractualmente¹⁰.

.....

2 LIDUENA, J. M. *Ubérisation: partager ou mourir!?*, Etude Deloitte sur l'économie «on-demand», 2015 (http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/fr/Documents/strategy/deloitte_etude-economie-on-demand_juillet-15.pdf).

3 *Idem*.

4 Por ejemplo: www.deliveroo.fr.

5 Por ejemplo: www.guidelikeyou.com.

6 Por el volumen de negocios, el Grupo *Publicis* es uno de tres principales grupos de comunicación en el mundo. Cuenta más de 60000 empleados en más de 100 países (www.publicisgroupe.com).

7 LÉVY, M. Entrevista en el *Financial Times*, reproducida en el periódico económico *La Tribune* de 19 de diciembre de 2014.

8 *Idem*.

9 THIÉBART, P. «Pour une réglementation a minima de l'économie collaborative», *Semaine Sociale Lamy* 2016, n° 1706, p. 5.

10 Art. 6.3.2. del contrato tipo de colaboración de Uber: «Las partes convienen expresamente que el contrato presente no puede considerarse como un contrato de trabajo o una relación laboral, y que Uber es un agente del colaborador o del conductor, que ofrece exclusivamente un servicio intermediario, a cambio de una comisión».

Para estas plataformas, el reto económico pasa por una mayor vigilancia de la calidad y el precio de la prestación. Así, deben encuadrar cada vez más el trabajo de sus colaboradores «independientes». De este modo, precisan contractualmente, en particular, el precio máximo de la prestación¹¹, a veces un «mínimo garantizado»¹² o los incentivos a la productividad¹³, la obligación de respeto de las «normas de calidad»¹⁴, la aceptación del colaborador para ser vigilado y geo-localizado durante su prestación¹⁵, las hipótesis y modalidades de sanción¹⁶ del prestador-colaborador¹⁷. Así, de hecho, aunque niegan a menudo contractualmente toda relación laboral, las plataformas en cuestión tienden a comportarse como empresarios¹⁸. Sobre todo, paralelamente al desarrollo de prestaciones «a la demanda», contribuyen al crecimiento del «trabajo a la demanda» (*jobbing*) y, más en general, de la precarización social¹⁹. Así pues, a las angustias de uberización de los actores económicos tradicionales y de ciertas corporaciones profesionales, se añade una inquietud en cuanto a los riesgos sociales de la extensión de un trabajo totalmente individualizado, «a la demanda», de un empleo desestructurado y desprotegido.

Conviene precisar que no pretendemos analizar aquí las tecnologías «digitales» y sus efectos sobre el empleo y el trabajo²⁰, sino una forma particular de «trabajo digital», en que, a través de una plataforma digital, un trabajador conectado entra en contacto con terceros para realizar una prestación de servicios mediante una remuneración, y en que la platafor-

.....

11 Art. 5.1.1. del contrato tipo de colaboración de *Uber*.

12 Cfr. Takeeateasy, *Devenir coursier, la rémunération*, p. 6 (www.takeeateasy.fr). La empresa «Takeeateasy», originaria de Bruselas, es «un *Uber*» de servicio de comida de restaurante a domicilio, llevado a cabo por ciclistas.

13 Tras la decisión unilateral de bajar, en septiembre de 2015, un 20% el precio facturado al cliente, *Uber* indica en su blog que «cuanto más bajos son los precios, mayor es la demanda de transporte, menores los tiempos de espera entre cada carrera, y mayor el trabajo de los chóferes y, en consecuencia, el volumen de negocio» (<https://newsroom.uber.com/paris/fruberx-20/>). Por tanto, es necesario trabajar más para ganar más... o ganar como antes.

14 Art. 6.1.1. (VII) del contrato tipo de colaboración de *Uber*.

15 Art. 9.5. del contrato tipo de colaboración de *Uber*.

16 Cfr. Takeeateasy, *Devenir coursier, La fiabilité et le système de strike*, op. cit., p. 8. Extracto: «Trabajamos solo con los mensajeros más fiables. Si usted no es fiable, se le penalizará en la reserva de los desplazamientos o sesiones de trabajo, en los desplazamientos, y se le convocará para revisar sus actitudes y motivaciones. Los 'comportamientos nefastos' son objeto de strikes o puntos malos». Un cuadro, que recuerda furiosamente los reglamentos de régimen interior de la época franquista, indica las faltas y, para cada una de ellas, la atribución de uno o varios «strikes». Por fin, en caso de acumulación en un mismo mes de 1, 2, 3 o 4 strikes, se precisan las consecuencias: pérdida de los bonos y del mínimo garantizado, convocatoria a una entrevista, desactivación de la cuenta.

17 Art. 8 del contrato tipo de colaboración de *Uber*.

18 Ante todo, la razón es económica. Pero, ciertamente, este tipo de previsión tiene una función pedagógica, e incluso simbólica: el colaborador integra la idea de que no puede reivindicar la existencia de un contrato de trabajo, pero, al mismo tiempo, está contento de pensar que es «independiente». En el plano jurídico, tal negativa no protege por completo a las plataformas. Algunas han preferido anticiparse al riesgo de recalificación, y tienen a sus colaboradores como trabajadores. Así sucede con *Instacart*, aplicación móvil de compras de alimentación, que propone al cliente enviar a un vecino, el «personal shopper», a hacer sus compras en su lugar, en el supermercado del barrio (<https://www.instacart.com>).

19 Salvo actividad temporal, por ejemplo de estudiantes. La hipótesis de una actividad complementaria, permanente y de larga duración, parece inscribirse en una dinámica de deslizamiento hacia un mundo del trabajo precario, que recuerda las situaciones del siglo XIX en Europa, salvo por el hecho de que este tipo de actividad puede articularse, en la actualidad, con el disfrute de distintas ayudas sociales.

20 Conseil national du numérique, *Travail, emploi, numérique: les nouvelles trajectoires*, Rapport à la ministre du Travail, janvier 2016, 209 p. (<http://www.cnnumerique.fr/travail>).

ma percibe una comisión por cada prestación que se lleva a cabo. Esa figura de organización de la actividad profesional puede recurrir a soportes diversos y ser objeto de represión en el derecho francés (1). El jurista no se halla sin respuestas frente a la «uberización» del trabajo. No obstante, muy a menudo, hay que comprobar la falta de pertinencia de las soluciones jurídicas tradicionales. Entonces, parece necesario imaginar formas específicas para el marco jurídico, o reabrir el viejo debate de la definición del trabajador (2).

1. INSTRUMENTOS DISPONIBLES Y REPRESIÓN POSIBLE

Existen estatutos jurídicos que pueden constituir un soporte para el trabajo digital «uberizado» (1.1). Asimismo, de forma clásica, la calificación de las partes a su relación no vincula al juez y ciertas formas de organización de la actividad se sancionan penalmente (1.2).

1.1. Estatutos existentes

Hay estatutos jurídicos a disposición de los actores, que dotan de un mínimo de protección al trabajador digital, al tiempo que dan seguridad a la plataforma digital y al usuario final. Por una parte, esos estatutos principales corresponden a formalizaciones no asalariadas de la actividad (1.1.1) y, por otra, a formas híbridas de empleo asalariado (1.1.2).

1.1.1. Formalizaciones no asalariadas de la actividad

Con el fin de ejercer su actividad, el trabajador digital tiene la posibilidad de crear una sociedad mercantil. De hecho, recurre principalmente -o la plataforma lo anima a que recurra- a dos tipos de sociedad: la «empresa unipersonal de responsabilidad limitada» (EURL) o la «sociedad por acciones simplificada unipersonal» (SARL)²¹, o la «sociedad por acciones simplificada unipersonal» (SASU), que es, en realidad, una sociedad por acciones simplificada (SAS) con un solo socio²². Estas dos estructuras sociales responden al compromiso de una actividad «en solitario».

Cuando también asume las funciones de dirección, el fundador de una EURL tiene la cualidad de «gerente asociado único». Depende del régimen no asalariado de los trabaja-

21 Art. L 223-1 a L 227-43 del Código de comercio.

22 Art. L 227-1 a L 227-20 y R 227-1 del Código de comercio.

dores (TNS)²³. A ese título, está afiliado al Régimen social de los Independientes (RSI)²⁴. En particular, esta afiliación tiene como consecuencia para el «asociado único» que ha de pagar las cuotas mínimas, se perciba o no una remuneración. Precisamente, una de las principales diferencias entre la EURL y la SASU reside en el régimen social del dirigente asociado único de la sociedad. El «presidente asociado único» de la SASU es un dirigente asimilado-asalariado y, a este título, se encuentra afiliado al régimen general. Su nivel de cuota es importante, pero proporcional a las remuneraciones que deciden o no transferir. Por otro lado, goza de la cobertura social de los afiliados al régimen general de la Seguridad Social, más completa que la de los afiliados al régimen de los trabajadores independientes.

No obstante, el régimen al cual hoy recurren, en general, de hecho, los trabajadores digitales es el estatuto de auto-empresario, dispositivo creado por la ley de 4 de agosto de 2008²⁵. Desde esta fecha, la mitad de las creaciones de empresa que se han producido se han hecho en ese marco²⁶. Los «auto empresarios» gozan de una presunción de inexistencia de relación laboral resultante, desde una ley de 18 de junio de 2014, de su inscripción en el «Registro mercantil y de sociedades» (RCS) o en el «repertorio de los oficios»²⁷. Sin embargo, se trata solo de una presunción *iuris tantum*: la existencia de un contrato de trabajo puede establecerse cuando el auto-empresario se coloca, en realidad, «en un vínculo de subordinación jurídica permanente» con respecto al ordenante²⁸. Si, desde el 1 de enero de 2016, los «auto empresarios» se denominan «microempresarios», no ha cambiado el régimen jurídico. Es posible gozar del mismo si no se sobrepasa un umbral de volumen de negocios al año²⁹. La tasa de las cotizaciones sociales pagadas al Régimen social de los Trabajadores independientes varía en función de la actividad que se ejercita y del volumen de negocios realizado; las cotizaciones dan derecho a una cobertura social mínima³⁰.

.....

23 Cuando el gerente no es el socio único, es dirigente asimilado a un trabajador asalariado.

24 El Régimen Social de los Independientes (RSI) es un organismo que tiene por misión asegurar la protección social de los trabajadores independientes artesanos, industriales y comerciantes y de las profesiones liberales (Art. L. 611-3 del Código de la Seguridad social). Lo administran representantes de los asegurados (Art. L. 611-12 del Código de la Seguridad social).

25 Ley sobre la «modernización de la economía». ¿No demuestra ese título de la ley una relación extraña del legislador con la realidad? ¿El derecho puede modernizar la economía, o bien la economía (particularmente digital) impone una modernización del derecho?

26 Sobre la evolución del número de auto-empresarios en Francia de 2009 a 2015: <http://www.federation-auto-entrepreneur.fr/actualite-infographie-les-autoentrepreneurs-entre-2009-et-2015-selon-lacoss.html>.

27 Art. L. 8221-6 I del Código del trabajo.

28 Art. L. 8221-6 II del Código del trabajo.

29 En 2016, menos de 82.200 euros para las empresas de compra-reventa de mercancías, objetos, alimentos para llevar o consumir en el establecimiento, o que proporcionan alojamiento, y menos de 32.900 euros para otras empresas de servicios (<http://www.federation-auto-entrepreneur.fr>).

30 Esta incluye la salud (enfermedad, maternidad, indemnizaciones diarias), el subsidio familiar, la jubilación (régimen básico y complementario obligatorio), la previsión (invalidez / defunción) y la formación profesional. Los derechohabientes se hallan protegidos. Si lo desea, el microempresario puede suscribir un seguro de salud complementario privado con una mutua. No cotiza por el seguro de desempleo. Para gozar de indemnizaciones diarias,

En Francia, el incremento del auto-empresariado no se halla vinculado tan solo al desarrollo del trabajo digital «uberizado». Sin embargo, parece revelador que haya sido el presidente de la Federación de auto-empresarios quien haya tomado la iniciativa de crear un «Observatorio de la uberización»³¹, al subrayar «que, con el auto-empresariado, la independencia sustituye poco a poco a la condición de trabajador asalariado (...). ¡Muchos auto-empresarios trabajan por cuenta de empresas que no contratan ya a trabajadores! El trabajador asalariado ya no es la forma óptima de trabajo ni para las empresas, ni para sus colaboradores (...)»³². ¡Son sus palabras! Aun así, formas innovadoras de trabajo asalariado pueden adaptarse relativamente a las actividades lucrativas que desarrollan ciertas plataformas digitales.

1.1.2. Formas híbridas de empleo asalariado

El legislador francés ha consagrado dos nuevas formas de empleo asalariado³³, que mezclan actividad independiente y empleo asalariado: el contrato indefinido interino y el «porte salarial» («*portage salarial*»).

Acogiendo la innovación de un acuerdo colectivo del sector de las empresas de trabajo temporal³⁴, una ley del 17 de agosto de 2015 permite, a título experimental hasta finales de diciembre de 2018, la conclusión de «contratos de trabajo a duración indeterminada interina»³⁵. Se trata de un contrato concluido entre un trabajador y una empresa de trabajo temporal para la ejecución de misiones sucesivas en empresas usuarias que incluyen periodos de misión y de intermisión, durante los cuales se garantiza una remuneración. Este tipo de fórmula puede permitir asociar la flexibilidad de la prestación de trabajo y la seguridad (relativa) de ingresos del trabajador, alejando algo a este último del «trabajo a la demanda»³⁶. No obstante, «si parece posible recurrir al contrato indefinido interino en el marco del ejercicio del trabajo digital, esta fórmula supondría que las plataformas pudieran obtener la calificación de empresa de trabajo temporal (ETT), o que concluye-

.....

debe estar afiliado, al menos desde un año, al RSI a título del seguro de enfermedad. Las validaciones de trimestres para la jubilación se hacen con arreglo al volumen de negocios.

31 <http://www.uberisation.org>.

32 LECLERCQ, G., «L'autoentreprise: droit fondamental et levier d'ubérisation», *La Tribune*, 4 de septiembre de 2015 (www.latribune.fr).

33 Cfr. BARGAIN, G., «Le CDI intérimaire: outil de sécurisation ou de flexibilité?», *Revue de droit du travail* 2014, p. 522; véase también: «Etude européenne sur les formes hybrides d'emploi à partir de l'exemple du portage salarial français à l'occasion du lancement du *thing tank* «Fondation ITG, travailler autrement», creado por iniciativa de ITG, empresa de «portage salarial», y de los grupos Alixio y IGS, noviembre 2013.

34 «Convenio colectivo del sector de las agencias de empleo temporal» de 10 de julio de 2013, extendido por orden ministerial de 22 de febrero de 2014.

35 Art. 54 de la ley de 17 de agosto de 2015, relativa al diálogo social y empleo.

36 BOUSEZ, F., «Le CDI intérimaire: marché de dupes ou flexi-sécurité à la française?», *Cahiers sociaux* 2013 n° 235.

sen convenios específicos con dichas empresas, lo que se añadiría al esquema triangular clásico del trabajo temporal, con un formalismo que parece poco adecuado a la fluidez y rapidez de las interrelaciones digitales»³⁷.

El «porte salarial» se inscribe también en una relación triangular de trabajo. Es legal tras un reglamento de 2 de abril de 2015³⁸; este «designa el conjunto organizado constituido por, de una parte, la relación entre una empresa llamada ‘empresa de porte salarial’, que realiza una prestación para una empresa cliente, que da lugar a la conclusión de un contrato mercantil de prestación de ‘porte salarial’ y, por otra parte, el contrato de trabajo concluido entre la empresa de ‘porte salarial’ y el trabajador designado como el ‘trabajador transportado’, al cual remunera esa empresa»³⁹. El «trabajador transportado» debe poseer «conocimientos especializados, una cualificación y una autonomía que le permitan buscar él mismo a sus clientes y convenir con ellos las condiciones de ejecución de su prestación y de su retribución»⁴⁰. Un trabajador digital cualificado, por ejemplo en el sector del asesoramiento o de la comunicación, podría así «recurrir al ‘porte salarial’, aunque, si hace uso de una plataforma para encontrar una actividad remunerada, no busca él mismo a sus clientes en el sentido estricto de la definición citada»⁴¹. El reglamento de 2015 consagra el principio según el cual «la ‘empresa de porte’ no está obligada a dar trabajo al trabajador transportado»⁴², contraviniendo así la obligación establecida por el derecho común del trabajo. El poder mismo de dirección del empresario con respecto al «trabajador transportado» resulta muy limitado, y el vínculo de subordinación, de hecho, ficticio. Así, con el «porte salarial», el legislador ha confirmado un tipo de contrato de trabajo desprovisto de vínculo de subordinación... pero que permite a un trabajador, en realidad independiente, acceder a la protección del trabajador dependiente.

1.2. Riesgos pendientes

Sea cual sea la calificación que den las partes a la prestación, el juez puede recalificarla (1.2.1). Además, el hecho de desarrollar una actividad independiente «olvidando» las obligaciones de declaración correspondientes a la misma, así como maquillar a sabiendas una relación laboral a través de un contrato de empresa para escapar a las obligaciones propias del empresario, constituye un fraude constitutivo de delitos penales (1.2.2).

.....

37 LEDERLIN, E., «Le travail numérique à l'épreuve du droit social: l'appréciation du lien de subordination selon le principe de réalité», *JCP / La semaine juridique*, éd. Sociale, 2015 n° 47, p. 12.

38 Cfr. WILLMANN, C., «Le portage salarial, ce mal-aimé (à propos de l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015)», *Droit social* 2015, p. 416.

39 Art. L. 1254-1 del Código del trabajo; art. 2 del reglamento del 2 de abril de 2015.

40 Art. L. 1254-2, I del Código del trabajo.

41 E. LEDERLIN, *op. cit.*

42 Art. L. 1254-2, III del Código del trabajo.

1.2.1. Recalificación del contrato

Ya se ejerza en el marco de un «porte salarial»⁴³, a través de una sociedad mercantil o como auto-empresario, el trabajador digital «uberizado» y la plataforma que alberga su oferta de servicio, incluso también el usuario, no pueden escapar a la recalificación jurídica de la relación si la persona lleva a cabo la prestación a un ordenante en condiciones que lo colocan «en un vínculo de subordinación jurídica permanente con respecto a este»⁴⁴.

A la pregunta de un diputado que se preocupaba por la inseguridad jurídica que padecen hoy los auto-empresarios y sus ordenantes, y que «pone así en peligro un cierto número de empresas, creadoras de empleo y de riqueza», el ministro del Trabajo recordó que, «según una jurisprudencia abundante y constante de la ‘Cour de cassation’ (el Tribunal Supremo francés), la existencia de un contrato de trabajo no depende de la voluntad de las partes, ni de la calificación dada a la prestación efectuada, sino a las condiciones de hecho en las cuales el trabajador ejerce la actividad (...)»⁴⁵. Se recordó entonces que «los servicios de control como el juez, cuando se demanda, analizan de manera concreta la relación que vincula a las partes, según el método del conjunto de indicios». Entre estos últimos, pueden citarse, sin carácter exhaustivo: «la iniciativa misma de la declaración como trabajador independiente, la existencia de un ordenante único, el respeto de horarios, el respeto de otras consignas, aparte de las estrictamente necesarias para las exigencias de seguridad..., una facturación por el total de horas o días, una ausencia o limitación importante de la iniciativa, la integración en un equipo de trabajo asalariado, el suministro de materiales o equipos»⁴⁶.

En todo caso, se aconseja a las plataformas digitales que velen, en particular, para que el prestatario «sea libre para aceptar o rechazar la prestación, organizar como desee las modalidades de ejecución de la prestación (...), fijar el horario, determinar la tarifa horaria»⁴⁷. Sin embargo, cabría concebir que la plataforma pudiese «fijar la horquilla de la tasa horaria», y «asegurar legítimamente la correcta ejecución de la prestación», para evitar «adoptar sanciones contra el prestatario, en caso de ejecución incorrecta». Sin embargo, esto no le impediría «usar del derecho de anulación del contrato con respecto al prestatario, en caso de incumplimiento caracterizado de una obligación contractual»⁴⁸. También se aconseja verificar que el material utilizado, propiedad del prestatario, sea objeto de un seguro específico por su parte, que cubra los riesgos vinculados a esa actividad.

.....

43 El hecho de que el «trabajador transportado» goce de un contrato de «porte salarial» no excluye el reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo con la empresa usuaria.

44 Art. L. 8221-6, II del Código del trabajo.

45 Respuesta ministerial núm. 7103 (JOAN Q del 6 de agosto de 2013).

46 *Idem*.

47 THIÉBART, P., *op. cit.*, p. 20.

48 *Idem*.

En definitiva, «con el fin de evitar todo vínculo de dependencia económica», la plataforma debería «abstenerse de someter al prestatario a una cláusula de exclusividad»⁴⁹.

1.2.2. Sanciones penales

Aunque esto pueda sorprender a los adeptos más celosos de la libre empresa y de la economía digital, resulta ilegal poner a clientes en contacto con individuos que utilizan sus vehículos privados para transportarlos sin pagar cotizaciones sociales ni impuestos. ¿Cabe negar seriamente que el no pagar cotizaciones sociales lleva al trabajo encubierto, que atenta contra nuestro sistema de protección social? ¿O que la falta de pago de cotizaciones sociales también es fuente de distorsiones de la competencia? Al respecto, los debates en Francia acerca de la aplicación «UberPOP», que terminaron con su prohibición, aceptada por el Tribunal Constitucional⁵⁰, han recordado algunos desafíos de fondo en materia de regulación económica y social y los riesgos penales en que se incurre en materia de «trabajo encubierto», ya se trate de una actividad que se ejerce como trabajador independiente, o como asalariado⁵¹.

El delito de simulación de actividad tiende al ejercicio «con ánimo de lucro de una actividad de producción, transformación, reparación o prestación de servicios, o el cumplimiento de actos de comercio por toda persona», sustrayéndose «intencionalmente a sus obligaciones» mercantiles, fiscales o sociales (por ejemplo, la falta de inscripción en el registro mercantil y de sociedades, la ausencia de declaración en los organismos de protección social, o en el repertorio de oficios, o en la administración fiscal)⁵². Cualquier persona física puede prestar un servicio de forma puntual, a cambio de remuneración, sin cometer, por eso, un delito de simulación de actividad. No obstante, cuando estas prestaciones se vuelven recurrentes, se presume que se realizan con ánimo de lucro; precisamente, «todo prestatario que se inscribe en una plataforma colaborativa, para prestar un servicio, piensa hacerlo de modo recurrente»; para protegerse, la plataforma colaborativa debe asegurarse de que el prestatario dispone o se dota de un estatuto jurídico (trabajador independiente,

49 *Idem*.

50 Consejo constitucional, decisión de 22 de septiembre de 2015, núm. 2015-484 QPC, JurisData núm. 2015-020700 (Cfr. GAMET, L., «UberPop (+)», *Droit social* 2015, p. 929). Para otro análisis de Uberpop, véase: SIERRA BENÍTEZ, E. M., «Los conductores de vehículos privados de Uberpop: una nueva situación de anomia laboral», en VV.AA., *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2016.

51 El autor del delito de trabajo encubierto incurre en una pena de tres años de cárcel y una multa de 45.000 euros. Las penas se agravan si el trabajador es menor o una persona particularmente vulnerable. Para las personas jurídicas, las sociedades, la pena es más elevada, y la multa puede alcanzar los 225.000 euros. El Código Penal prevé también otras penas accesorias, como la prohibición de ejercer la actividad, la disolución de la sociedad o el cierre del establecimiento. A estas sanciones penales se añaden otras sanciones administrativas.

52 Art. L. 8221-3 del Código del trabajo.

sociedad comercial, asalariado de una tercera empresa, funcionario)⁵³. En la práctica, lo impone como una condición previa para el acceso a sus «servicios».

El delito de disimulación de empleo asalariado concierne a todo empresario que se sustraiga intencionalmente a la obligación de «declaración previa a la contratación», a la entrega de un recibo de salarios, o que mencione en este «un número de horas de trabajo inferior al que se ha realizado realmente», o todavía que no lleve a cabo «declaraciones relativas a los salarios y a las cotizaciones sociales» en los organismos de cobro o de la administración fiscal⁵⁴. Evidentemente, para que pueda existir un «delito de disimulación de empleo asalariado», hace falta que la ejecución de la actividad se inscriba en el marco de un vínculo de subordinación de tipo «salarial». Se dan aquí los riesgos de recalificación jurídica de la relación que se han mencionado más arriba.

Para evitar cualquier constatación de simulación de empleo asalariado, una plataforma digital deberá, en todo caso, conceder al prestatario la libertad para aceptar o no una prestación, no darle instrucciones precisas o fijarle objetivos, y todavía menos ejercer sobre él un poder disciplinario⁵⁵... Desde este punto de vista, deja perplejo el análisis de los contratos de colaboración o de los sitios de plataformas digitales como *Uber* o *Takeeateasy*.

2. MARCOS ESPECÍFICOS O REDEFINICIÓN DEL TRABAJADOR DEPENDIENTE

La pluralidad de los modos que se utilizan para encuadrar el «trabajo digital uberizado» demuestra la diversidad de los «*business models*» y tipos de prestaciones. También puede revelar la voluntad de eludir los derechos y obligaciones, prácticas antisociales y económicamente desleales. Pero el recurso incierto al derecho disponible indica también que una nueva forma de economía no dispone hoy de un marco jurídico pertinente. Sin embargo, esto es necesario si se desea, por una parte, «tranquilizar jurídicamente» el trabajo digital para asegurar su desarrollo y, por otra parte, evitar la precarización de los trabajadores afectados, garantizándoles una autonomía que parece determinante para ellos. ¿Hay que recurrir a un marco cooperativo? ¿A un contrato o estatuto específico? (2.1) ¿O hay que reabrir el debate sobre los criterios de la subordinación? (2.2).

.....

53 THIÉBART, P., «Quand l'économie collaborative est rattrapée par le Code du travail», *JCP La Semaine juridique, éd. Sociale*, 2015, núm. 36, p. 19.

54 Art. L. 8221-5 del Código del trabajo.

55 THIÉBART, P., *op. cit.*, p. 19.

2.1. Marco cooperativo, contrato *ad hoc* o tercer estatuto

Frente a las especificidades de las formas de actividad individualizada en una plataforma digital, cabe imaginar recurrir a un tipo de cooperativa que asocie «empresarios-asalariados» (2.1.1), o bien crear un contrato de trabajo *ad hoc* (2.1.2) o, en fin, preguntarse por la utilidad de organizar un estatuto intermedio para los trabajadores, que no sea verdaderamente laboral, ni totalmente independiente o autónomo (2.1.3).

2.1.1. Cooperativa de actividad y de empleo

Los trabajadores digitales, en particular los «uberizados», podrían agruparse en el seno de las «cooperativas de actividad y de empleo». En la actualidad, estas disponen de un marco general de funcionamiento, definido legalmente en 2014⁵⁶ y precisado reglamentariamente en 2015⁵⁷. Este tipo de cooperativas propone a los «portadores de proyecto» un marco jurídico (número de IVA e inscripción en el Registro mercantil y de sociedades), un estatuto de empresario-asalariado con un contrato indefinido, a tiempo parcial en un primer momento, una gestión administrativa de la actividad (contabilidad, cálculo y pago de los salarios, obligaciones fiscales, sociales y contables, información en materia de salud y seguridad...)⁵⁸. Como contrapartida, el empresario-asalariado paga una contribución a la cooperativa con la cual concluye un contrato. En particular, este precisa los objetivos que deben alcanzarse y las obligaciones de actividad mínima, los medios que facilita la cooperativa para sostener y controlar la actividad económica⁵⁹, el importe de la parte fija y las modalidades de cálculo de la parte variable de su remuneración, las condiciones en las que se les garantizan los derechos sobre la clientela aportada, creada y desarrollada...

Esta fórmula puede permitir asegurar a los trabajadores digitales que ponen en marcha su actividad un conjunto de garantías del modelo laboral y algunos estímulos al desarrollo de su actividad. No obstante, la fórmula no conviene evidentemente a los trabajadores digitales que pretenden asegurarse una renta de modo temporal y complementario, lo que, por fortuna, es todavía el caso de un buen número de «uberizados».

.....

56 Ley núm. 856, de 31 de julio de 2014, relativa a la economía social y solidaria (*JORF* de 1 de agosto de 2014, p. 12666).

57 Decreto núm. 1363, de 27 de octubre de 2015, relativo a las cooperativas de actividad y de empleo y a los empresarios asalariados (*JORF* de 29 de octubre de 2015, p. 20116).

58 Para un ejemplo de este tipo de respuesta: Coopaname, «Allier autonomie et garanties», *CFDT Magazine*, abril 2016, p. 16 (www.coopaname.coop).

59 Para cada actividad económica autónoma, la cooperativa de actividad y de empleo tiene una cuenta analítica de balance que recapitula los elementos del activo y de la voz pasiva, una cuenta analítica del resultado que recapitula los productos y cargas del ejercicio.

2.1.2. Contrato de trabajo digital ad hoc

Algunos consideran que debe crearse «un contrato de trabajo que tenga en cuenta la especificidad de la relación de trabajo digital y de las partes de esta relación»⁶⁰. La idea es que «los trabajadores digitales que lo deseen y para los que las modalidades de ejercicio de la relación de trabajo suponen un vínculo de dependencia económica, deben poder gozar de un contrato de trabajo en el marco de su actividad a través de una plataforma digital, pues esta tiene un interés real en recurrir al trabajador salariado, con el fin de limitar los riesgos inherentes a una recualificación de la relación en un contrato de trabajo ‘clásico’, incluidas las consecuencias en materia de derecho penal del trabajo»⁶¹.

No obstante, esto conlleva dos tipos de interrogaciones. Ante todo, se trata de saber dentro de qué límites y en qué puntos este «contrato de trabajo digital» derogaría a los contratos de trabajo «clásicos». Sin duda, por lo menos, para tener en cuenta los deseos y necesidades de autonomía intrínsecos al trabajo digital, habría que reconocer al trabajador la elección de las misiones que ofrece la plataforma. Asimismo, deberían preverse reglas derogatorias del derecho común en materia de jornada de trabajo y de remuneración del trabajo. Pero, al mismo tiempo, habría que prever garantías de la remuneración y, más en general, limitar la capacidad de aceptación de ciertas condiciones de trabajo, como la duración o el descanso, por parte de trabajadores objetivamente vulnerables.

No obstante, hay que tener bien presente que, si las plataformas recurren hoy, la mayoría de las veces, a trabajadores «independientes», es precisamente porque ellas mismas se consideran «facilitadoras», creadoras u organizadoras de actividad, pero no como empresarios que tienen a su cargo una comunidad de trabajadores. Por otro lado, aunque un contrato de trabajo digital les aportaría «seguridad», todavía haría falta que, por la aplicación del derecho social que supone, no lastrase o pusiese en peligro la actividad desde un punto de vista económico. En tales condiciones, solo sería aceptable para ellas un contrato de trabajo «low cost». Entonces, no se alcanzaría forzosamente el objetivo de protección del riesgo de precarización, salvo que, de forma paralela, se estableciese para todos, en la sociedad, una renta universal garantizada o, más aún, un conjunto de derechos básicos vinculados a la persona del trabajador, cualquiera que sea su estatuto en cada momento⁶².

.....

60 LEDERLIN, E., *op. cit.*, p. 13.

61 *Idem.*

62 Cfr. METTLING, B., *Transformation numérique et vie au travail, Préconisations n° 15*, 2015 (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf>).

2.1.3. - Estatuto del trabajo independiente económicamente dependiente

Aparte de los casos patentes de fraude y de los supuestos claros de «trabajo asalariado» o de «trabajo independiente», existen situaciones de actividad profesional que se hallan en una «zona gris». Como subrayó Alain Supiot, hace más de quince años, «el trabajador asalariado no es ya necesariamente una simple rueda desprovista de iniciativa en una organización fuertemente jerarquizada. Y el trabajador independiente no es ya necesariamente un empresario libre para trabajar como buenamente le parezca. El trabajo asalariado deja espacio a lo que cabe denominar la autonomía en la subordinación, mientras que, recíprocamente, el trabajo no asalariado se ha abierto a lo que puede llamarse la lealtad en la independencia»⁶³.

En vez de militar por una atracción «decretada» en el seno del derecho del trabajo asalariado, o una remisión al mundo del trabajo independiente, algunas legislaciones nacionales han optado por reconocer la originalidad de la situación del trabajador económicamente dependiente. Evidentemente, nos referimos a los «*parasubordinati*» italianos⁶⁴, los «*workers*» británicos, las «*arbeitnehmerähnliche personen*» alemanas⁶⁵ y los «*autónomos económicamente dependientes*» españoles⁶⁶. Un informe propuso crear, en Francia⁶⁷, este tipo de «tercera vía»⁶⁸. Definió el «trabajador económicamente dependiente» como un trabajador que pertenece a la categoría de los trabajadores «independientes», que ejerce solo su actividad, que percibe, al menos, el 50% de sus ingresos de un único ordenante, en el marco de una relación contractual de una duración mínima de dos meses, y que ejecuta su prestación en el marco de una organización productiva dependiente de la actividad de su ordenante»⁶⁹. Cabe pensar que un buen número de «trabajadores digitales», incluso «uberizados», habría podido formar parte de ese estatuto⁷⁰. Por lo que mira a la protección vinculada a ese estatuto, la propuesta incluía a estos trabajadores en el Régimen Social de los Independientes, y les hacía gozar de garantías particulares en los riesgos de «accidente de trabajo» y de pérdida de ingresos⁷¹. Apelaba a una aplicación de derechos

.....

63 SUPIOT, A., «Les nouveaux visages de la subordination», *Droit social* 2000 p. 133.

64 PERULLI, A., *Lavoro economicamente dipendente/parasubordinazione: gli aspetti giuridici, sociali ed economici*, Relazione elaborata per conto della Commissione europea, 2003, p. 61.

65 PERULLI, A., *op. cit.*, p. 66.

66 VALDES DAL RÉ, F.; LECLERC, O., «Les nouvelles frontières du travail indépendant. A propos du Statut du travailleur autonome espagnol», *Revue de droit du travail* 2008, p. 296.

67 ANTONMATTEI, P. H., SCIBERRAS, J. C., *Le travailleur économiquement dépendant: quelle protection?*, Rapport au ministre du Travail, 2008, p. 43 (<http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport-Antonmattei-Sciberras-07NOV08.pdf>).

68 PESKINE, E., Entre subordination et indépendance: en quête d'une troisième voie, *Revue de droit du travail* 2008, p. 371.

69 ANTONMATTEI, P. H., SCIBERRAS, J. C., *op. cit.*, p. 22.

70 Al menos, los que perciben sus ingresos, en lo esencial, de su actividad «digital» o «bajo aplicación digital».

71 ANTONMATTEI, P. H., SCIBERRAS, J. C., *op. cit.*

sociales fundamentales en materia de igualdad de trato, huelga y negociación colectiva; la protección se habría completado por reglas relativas a la formación profesional, la remuneración, la conclusión y la extinción del contrato, la salud y la seguridad del trabajador, la existencia de periodos mínimos de descanso⁷². Por desgracia, el proyecto no llegó a aprobarse.

También cabe considerar que no es necesariamente oportuno el reconocimiento de un estatuto «intermedio», puesto que la clave determinante sería la dependencia económica, y es posible considerar que esta remite, en realidad, a la figura del trabajador. Pero entonces se abre un viejo debate, el del criterio de la calificación como trabajador.

2.1.4. Evolución de los criterios de la subordinación

A veces, los debates acerca de la uberización del trabajo parecen remitirnos a los albores del siglo XIX y, en particular, a la viva controversia sobre el criterio esencial de calificación del contrato de «arrendamiento de servicios», posteriormente llamado «contrato de trabajo»: ¿subordinación jurídica o dependencia económica?

En 1931, el Tribunal Supremo francés resolvió claramente la cuestión: «la condición jurídica de un trabajador con respecto a la persona para la cual trabaja no viene determinada por la debilidad o la dependencia económica de dicho trabajador; solo puede resultar de un contrato entre las partes; necesariamente, la condición de trabajador implica la existencia de un vínculo jurídico de subordinación del trabajador a la persona que lo emplea»⁷³. No obstante, no existe ninguna definición legal de la «subordinación». Tal situación puede parecer sorprendente, en la medida en que se trata de un concepto clave del derecho laboral. Sin embargo, recientemente, ha vuelto a repetirse que se trata de una «elección juiciosa, porque los jueces tienen la posibilidad de hacer evolucionar las fronteras del trabajo asalariado, según las mutaciones sociales y económicas, sin que haga falta una reforma legislativa»⁷⁴. En el estado actual de la jurisprudencia, hay que referirse a la definición dada por la sala de lo social del Tribunal Supremo en 1996, definición que se repite, desde entonces, de forma regular⁷⁵, y según la cual: «el vínculo de subordinación se caracteriza por la ejecución de un trabajo bajo la autoridad de un empresario, que tiene el poder de dar órdenes y directrices, de controlar la ejecución y de sancionar las faltas de su subordinado»⁷⁶.

.....

⁷² *Idem*.

⁷³ Cass. civ., 6 de julio de 1931, DP 1931, 1, 131, nota de P. Pic.

⁷⁴ LOKIEC, P., *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob éd., coll. corpus, 2015, p. 27.

⁷⁵ Cass. soc., 17 de mayo de 2006, núm. 05-43.265; Cass. soc., 23 de enero de 2008, núm. 06-46.137; Cass. soc., 3 de noviembre de 2010, núm. 09-4.215; etc.

⁷⁶ Cass. soc., 13 de noviembre de 1996, Société Générale, núm. 94-13.187, nota de J.-J. Dupeyroux, *Droit social* 1996, p. 67.

La subordinación jurídica es «un efecto específico, característico de la especie ‘contrato de trabajo’, ya que no se encuentra en ningún otro contrato»⁷⁷. Pero la idea de que sea el criterio distintivo del contrato de trabajo, idea siempre presente en doctrina, parece abandonarla, en gran medida, la jurisprudencia. Más que la subordinación jurídica, es decir, el poder de dar órdenes válidas que se imponen jurídicamente al trabajador, parece mantenerse la subordinación en los hechos. Así, el Tribunal Supremo francés afirma, de modo constante desde 2000⁷⁸, que la calificación del contrato de trabajo depende tan solo «de las condiciones de hecho en las cuales se ejerce la actividad de los trabajadores»⁷⁹. Solo importa «la subordinación que se constata en los hechos o, en otros términos, el estado de subordinación»⁸⁰.

Por cierto, desde 1931, y como se ha recordado más arriba, se ha descartado la noción de «dependencia económica» como criterio de calificación del contrato de trabajo. Con todo, es frecuente que «el Tribunal Supremo francés tenga en cuenta, para calificar un contrato como ‘contrato de trabajo’, que el trabajador no tenía su propia clientela, que trabajaba exclusivamente para el proveedor de la obra, que el importe del precio o del salario lo fijaba unilateralmente la parte fuerte, lo que son otras tantas maneras de caracterizar o de probar una dependencia económica»⁸¹. En todo caso, una fuerte dependencia económica parece permitir, en la actualidad, la calificación de «contrato de trabajo», incluso cuando la subordinación resulta incierta, o al menos débil, desde un punto de vista jurídico estricto⁸². Así sucede, por ejemplo, cuando se califica como trabajador un chófer de carretera al constatar una fuerte dependencia económica, aunque la subordinación jurídica se halla presente, tan solo, a través de la fijación de los horarios, elemento que, a falta de toda dependencia económica, ciertamente no hubiese bastado para demostrar la existencia de un contrato de trabajo⁸³.

Hoy la expresión «dependencia económica» no debe entenderse como a principios del siglo precedente. Ha adoptado un sentido no tan extremo en sistemas provistos de «amortiguadores sociales». Sin embargo, sigue siendo sinónimo de debilidad en la relación de fuerza económica: «para el dependiente, el desafío es importante. Para aquel del que depende, menos importante, incluso solo secundario o marginal. Y, en la negociación, está en posición de fuerza aquel para el que el asunto es de menor importancia»⁸⁴. Así, cabe

.....

77 AUZERO, G., DOCKES, E., *Droit du travail*, Précis Dalloz 2016, 30^e ed., p. 236.

78 Cass. soc., 19 de diciembre de 2000, núm. 98-40.572, Labanne, Bull. V, núm. 5371.

79 Cass. soc., 15 de marzo de 2006, núm. 04-47.379, Bull. V, núm. 110; Cass. soc. 3 de junio de 2009, núm. 08-40.981 a 08-40.983 / núm. 08-41.712 a 08-41.714, Bull. V, núm. 1159; Cass. soc., 20 de enero de 2010, núm. 8-42.207, Bull. V, núm. 5; Cass. civ. 1^{ère}, 24 de abril de 2013, núm. 11-19.091 P, Bull. civ. núm. 399.

80 AUZERO, G., DOCKÈS, E., *op. cit.*, p. 237.

81 *Idem*.

82 *Ibidem*, p. 238.

83 Cass. soc. 12 de enero de 2011, núm. 09-66.982, no publicado.

84 AUZERO, G., DOCKÈS, E., *op. cit.*, p. 234.

preguntarse en términos de estado o no de subordinación en el caso del chófer de *Uber*, transportista de personas, o el ciclista de *Takeeateasy*, transportista de comida: ¿es libre para conectarse, aceptar una carrera, escoger el trayecto, fijar el precio, puede ver sancionado su comportamiento personal («advertencia», «sanción»), incluida una «desconexión brutal»? Pero también cabe observar que, aunque no se halle ligado por una cláusula de exclusividad, ese trabajador depende totalmente para trabajar y, por tanto, económicamente, de la puesta a disposición de una aplicación digital por la plataforma que provee la obra. Esta disposición de una tecnología no es simplemente «importante»: es la condición de acceso a la actividad. El «mensajero uberizado» depende por completo de la plataforma, mientras que esta última se halla abierta, sin responsabilidades particulares, a una multitud de trabajadores potenciales que, individualmente, solo constituyen para ella una variable marginal.

3. CONCLUSIÓN

Las situaciones de dependencia económica nunca han desaparecido; después de más de un siglo de extensión del trabajo dependiente, incluso se han multiplicado con las nuevas formas de organización económica (externalización, subcontratación, reagrupación, redes de distribución) y hoy se hallan en las actividades comerciales, artesanales y liberales incluso de creación y de concepción.

El legislador no ha permanecido siempre inactivo, en especial en Francia. En el siglo pasado, ofreció un estatuto a medida a los trabajadores a domicilio, que calmaba así el ardor de los que deseaban la victoria de la dependencia económica sobre la subordinación jurídica. En el curso de los años, se ha alargado la lista de la séptima parte del código del trabajo, dedicada a las «Disposiciones particulares a ciertas profesiones y actividades»⁸⁵. En efecto, hay que suponer que, «sin la intervención legal, el trabajador a domicilio habría sido un subcontratista independiente, el viajante de comercio un mandatario, el periodista un autor, el artista en espectáculos un prestatario independiente. Pero la ley ha tenido en cuenta su dependencia económica, a falta de una subordinación jurídica verdadera o bastante significativa»⁸⁶.

.....

85 Además de los trabajadores a domicilio, esta parte del código francés del trabajo afecta a los periodistas profesionales, a los artistas en espectáculos públicos, a los profesionales de la publicidad y la moda, a los viajeros de comercio... (Cfr. Art. L. 7111-1 L. 7322-6 del Código del trabajo).

86 AUZERO, G., DOCKÈS, E., *op. cit.*, p. 247.

Así pues, como recordábamos más arriba, cabe una extensión del ámbito del trabajo dependiente, ya sea «por decreto», ya por la flexibilización de los criterios de existencia de un contrato de trabajo. Sin embargo, la preocupación por la protección no debe llevar a negar la realidad, en particular los deseos y las representaciones sociales de los trabajadores implicados. Ciertas evoluciones culturales fundamentales acompañan a la revolución digital: ¿es seguro que los jóvenes sueñan con ser trabajadores, titulares de un contrato de trabajo por tiempo indefinido? ¿Les interesa organizarse y luchar colectivamente por la mejora de la situación económica y social de la mayoría?

Técnicamente, la cuestión central estriba en saber cuándo nos hallamos (o no) en el campo del trabajo independiente⁸⁷. Ciertamente, cuando la marca de este parece indiscutible, sería importante para los trabajadores digitales, «uberizados» o no, que se instaurase un «estatuto del trabajo económicamente dependiente», o afirmar un verdadero «derecho laboral no asalariado»⁸⁸, fundado sobre una base de derechos sociales fundamentales reconocidos a todo trabajador, cualquiera que sea su estatuto⁸⁹. Desde luego, sería un progreso, en la medida en que otra alternativa (inquietante) es ya posible en otros países: la elección concedida a las partes de recurrir a un contrato de trabajo o a un contrato civil⁹⁰.

PHILIPPE AUVERGNON

CNRS - Université de Bordeaux

Philippe.auvergnon@u-bordeaux.fr

87 En Francia, según el Código del trabajo, es trabajador independiente aquel «cuyas condiciones de trabajo las define exclusivamente él mismo o el contrato que las concreta con su ordenante» (Art. L. 8221-6-1 del Código del trabajo). Hay allí una definición ciertamente insuficiente, que han completado, afortunadamente, la jurisprudencia y la doctrina con otros criterios, como el ejercicio de un trabajo a título personal (Cass. com., 11 de marzo de 2008, núm. 06-20.089, *JCP*, E, 2008, 2050, con nota de Ch. LEBEL) para su cuenta, en el marco de una organización productiva independiente de la del beneficiario de la prestación, y asumiendo el trabajador los riesgos de su actividad.

88 LYON-CAEN, G., *Le droit du travail non salarié*, Ed. Sirey, 1990. El derecho francés no dispone de la categoría dicha de las «relaciones especiales de trabajo» a diferencia del derecho español. A propuesta del reconocimiento de una relación laboral especial de trabajadores que prestan servicios a través de plataformas virtuales: TODOLÍ SIGNES, A., «El impacto de la 'Ubereconomy' en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», *IUSLabor* 3/2015, p. 21.

89 En este sentido, véase en particular la Resolución del Parlamento Europeo del 14 de enero de 2014 sobre la protección social para todos, incluidos los trabajadores autónomos, 2013/2111 INI (www.europarl.europa.eu).

90 Evidentemente, pensamos en la opción que se ha seguido en un cierto número de países de Europa central y oriental. Asimismo, sobre la sombra inquietante de una vuelta en Francia de los servicios en el regazo del derecho civil, cfr. CHAUCHARD, J. P., «L'entreprise individuelle avant les professions», *Droit social* 2016, p. 146.

LABOUR AND LABOUR LAW IN THE TIME OF THE ON-DEMAND ECONOMY

EMANUELE DAGNINO

PhD Candidate at the University of Bergamo - ADAPT

Fecha de recepción: 9/11/2016

Fecha de aceptación: 18/11/2016

SUMARIO: 1. INTRODUCTION. 2. THE WORKING CONDITION OF THE ON-DEMAND WORKFORCE. 2.1. The on-demand workforce; 2.2. Focusing on the working conditions: why and how?; 2.3. Working conditions in the on-demand economy. 3. WORKERS' PROTECTION AND MARKET CONSTRUCTION. 4. THE PATTERNS OF INCLUSION. CROSSING THE PILLARS OF HERCULES: A NEW SCOPE BEYOND EMPLOYEES. 5. CONCLUSION.

RESUMEN: El artículo analiza las dinámicas de la economía on-demand desde la perspectiva del Derecho del Trabajo (en el sentido amplio de regulación que se refiere a los trabajadores) para (1) entender las condiciones de trabajo en la economía on-demand que derivan del marco legislativo actual; (2) evaluar la capacidad del Derecho del Trabajo, en su estado actual, para responder a los retos derivados de este nuevo fenómeno; y (3) proponer posibles soluciones en caso de que sea necesario reformar la legislación laboral.

ABSTRACT: The contribution analyses the dynamics of the on-demand economy from a labour law (in the broad meaning of regulation regarding the workers) perspective to (1) understand the working conditions in the on-demand economy, accounting for the actual legislative framework; (2) evaluate the capacity of the labour law, as it stands today, to

address the challenges of this disruptive phenomenon; and (3) propose a possible policy approach in case of a need to reform labour regulation.

PALABRAS CLAVE: Economía on-demand, economía compartida, Derecho del Trabajo, futuro del trabajo.

KEYWORDS: On-demand economy, sharing economy, labour law, future of work.

1. INTRODUCTION

Technological advances assume different forms in the new reality of work. Many are the phenomena that, in association with technological innovation, are reshaping ways of working -inside or outside companies- and the very functioning of the labour market. Some examples, *inter alia*, are: job polarization, Industry 4.0, consumer work and digital labor¹.

In this context, a groundbreaking phenomenon, which is becoming increasingly relevant in the labour market of many advanced economies², is known as, among other names, the on-demand economy. Defining the on-demand economy and distinguishing it from other phenomena occurring in the new reality of economic relations are not simple tasks. On the one hand, many other names are used to refer to this phenomenon, such as the «sharing economy»³, «collaborative economy»⁴ and «crowd-employment». On the other hand, because this phenomenon is ongoing, its manifestations may change⁵.

.....

1 Regarding the impact of technology on work, see the report «Transformation numérique et vie au Travail» (also called «Rapport Mettling»), released in September 2015 by a group of experts led by Bruno Mettling (Deputy CEO of Orange). The report is available at http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_mettling_transformation_numerique_vie_au_travail.pdf. See also C. DEGRYSE, «Digitalisation of the economy and its impact on labour markets», *ETUI*, 2016.02.

2 J. DOKKO ET AL., «Workers and the Online Gig Economy», *Hamilton Project Framing Paper*, December 2015, p. 3. See also M. CHERRY, «Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work», *Comparative Labor law & Policy Journal*, Vol. 37, num. 3, 2016, pp. 577, 578. It is worth noting that the expansion of the on-demand economy is one reason the U.S. Department of Labor has decided to «rerun the Contingent Worker Supplement to the Current Population Survey. It will give us reliable, credible insight into what's going on across a range of work arrangements - from independent contractors to temporary employees to workers holding multiple jobs at the same time». Secretary T. PEREZ, «Innovation and the Contingent Workforce», January 25, 2016 (<http://blog.dol.gov/2016/01/25/innovation-and-the-contingent-workforce/>).

3 While the expression «sharing economy» is often used to refer to services such as those provided by Uber and Taskrabbit, I agree with commentators who prefer a narrower definition. See, *inter alios*, R. BOTSMAN, «Defining The Sharing Economy: What Is Collaborative Consumption - And What Isn't?», *Fastcoexist.com*, May 27, 2015 (<http://www.fastcoexist.com/3046119/defining-the-sharing-economy-what-is-collaborative-consumption-and-what-isnt>); F. PICK, J. DREHER, «Sustaining hierarchy - Uber isn't sharing», *Kings Review*, May 5, 2015 (<http://kingsreview.co.uk/magazine/blog/2015/05/05/beyond-hierarchy-why-uber-isnt-part-of-the-sharing-economy/#top>).

4 See, for example, the Communication COM(2016) 356 - A European agenda for the collaborative economy, issued by the European Commission (June 2, 2016). For a brief comment on the Communication see E. DAGNINO, «Work in the Sharing Economy. The Position of the EU Commission», *The Future of Work - ADAPT Special Bulletin in collaboration with CIETT*, no. 5/2016.

5 Recently, two major lawsuits regarding the most known companies (Uber and Lyft) were settled through agreements that involve, beyond the plaintiffs, the position of everyone working for the platforms, as they regard the terms of service established by the company. See P. IZVANARIU, «Matters Settled but Not Resolved: Worker Misclassification in the Rideshare Sector», *Institute for Research on Labor and Employment UCLA, Working Paper*, June 8, 2016, pp. 15 ff. The settlements need a final approval by the judge, which had not yet been issued in both cases.

The on-demand economy, can be defined as the economic activity of immediately matching supply and demand of services and goods through a technological platform. I will use the expression with reference to the mediation of services in both the virtual and the physical worlds⁶. Different companies and services are included in this broad definition, ranging from Amazon Mechanical Turk to Upwork and UpCounsel, from Uber and Taskrabbit to Medicast. Because the services mediated by the platforms, sometimes called «tasks», are actually work performances, it is important to analyse the dynamics of the on-demand economy from a labour law (in the broad meaning of regulation regarding the workers) perspective to (1) understand the working conditions in the on-demand economy, accounting for the actual legislative framework; (2) evaluate the capacity of the labour law, as it stands today, to address the challenges of this disruptive phenomenon; and (3) propose a possible policy approach in case of a need to reform labour regulation.

2. THE WORKING CONDITIONS OF THE ON-DEMAND WORKFORCE

2.1. The on-demand workforce

The first question to address in such an analysis is: who is in the on-demand workforce?

Regarding the composition of the workforce that provides services in the on-demand economy, the fundamental concept is that of heterogeneity. As noted above, the expression of on-demand economy has a broad meaning: it can be applied to refer to many different platforms, that mediate services of various types. They range, for example, from transportation (ride-sharing?) services (Uber), to design (Upwork), from «clickworking»⁷ (Amazon Mechanical Turk) to repairs (Taskrabbit), and from medical services (Medicare) to legal consulting (UpCounsel).

.....

6 () The expression is used in the same sense as in R. SMITH, S. LEBERSTEIN, «Rights on demand: Ensuring Workplace Standards and Worker Security in the On-Demand Economy», *National Employment Law Project*, September 2015. See also R. TEODORO ET AL., «The Motivations and Experiences of the On-Demand Mobile Workforce», in *Proceedings of the 17th ACM conference on Computer supported cooperative work & social computing*, 2014, p. 236, where the authors use the expressions «on-demand mobile workforce» (referring «to the workers who complete physical world tasks») and «on-demand virtual workforce», referring to the workers in the virtual world. Another widely used expression is «gig economy».

7 Clickworking is undertaken in the context of crowdsourcing. One work project is subdivided into smaller tasks that require a minimum of worker awareness. As noted, «the «click» in clickworkers, and in clickworking as well, is onomatopoeia for the noise a worker makes when «clicking» his or her computer mouse». M. A. CHERRY, «The Global Dimension of Virtual Work», *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 54, num. 2, p. 480.

In this regard, the tasks mediated differ in terms of not only their localization (i.e., either the physical or the virtual world) but also the skills required, complexity, and levels of payment and autonomy⁸. Consequently, working conditions differ slightly with differences that emerge in relation to the tasks. The platforms also differ regarding the variety of tasks mediated: some platforms mediate only a specific task, while others mediate different tasks⁹.

By contrast, workers do not differ only with reference to the characteristics of the tasks. Another fundamental feature of the on-demand workforce composition relates to the hours dedicated by the workers to on-demand activities and the related economic expectations. From this perspective, it is possible to distinguish workers for whom work on demand is the sole or main activity and workers for whom it is a secondary activity^{10,11}.

These differences affect worker behavior in terms of the use of the platforms and their needs and weaknesses. Based on these differences, workers are more or less exposed to the dynamics of the labour market created by the platform, with reference, among other market features, both to competition and to the entry costs.

Despite heterogeneity, I argue that, focusing on the functioning of the business model, it is possible to identify similar consequences for workers' conditions in the different platforms. The economic model presents communal features in its diverse expressions, demonstrating similar dynamics, even if of differing intensities.

Nevertheless, the outcomes undoubtedly affect low wage workers, for whom «platform work» is the main activity, more severely: thus, they will be the principal workers referenced in the next section.

.....

8 B. BERGVALL-KAREBORN, D. HOWCROFT, «Amazon Mechanical Turk and the Commodification of Labour», *New Technology, Work and Employment*, Vol. 29, num. 3, 2014, pp. 213, 214.

9 A. TODOLÌ-SIGNES, «The End of the Subordinate Worker: Sharing Economy, On-Demand Economy, Crowdsourcing, Uber Economy and Other Ways of Outsourcing», (December 21, 2015). Available at SSRN <http://ssrn.com/abstract=2719772>.

10 See J. V. HALL, A. B. KRUEGER, «An Analysis of the Labor Market for Uber's Driver Partners in the United States», *Working Papers (Princeton University, Industrial Relations Section)* n. 587, January 2015, where mentioned data from a Benenson Strategy Group survey appear, referred to on December 2014. In particular, «Uber's driver-partners fall into three roughly equal-sized groups: driver-partners who are partnering with Uber and have no other job (38 percent), driver-partners who work full-time on another job and partner with Uber (31 percent), and driver-partners who have a part-time job apart from Uber and partner with Uber (30 percent)». Regarding the income: «driving on the Uber platform provides an important source of income for driver-partners. For nearly one-quarter of driver-partners (24 percent), Uber is their only source of personal income, and for another 16 percent, Uber is their largest but not only source of income. More than one third of driver-partners view income earned on the Uber platform as a supplement to their income but not a significant source (38 percent)».

11 The fact that a sizeable share of individuals undertake work mediated by platforms only as a secondary activity is also an important argument raised by the companies in the litigation to reclassify workers as employees. See N. ZATZ, «Is Uber Wagging the Dog With Its Moonlighting Drivers?», *Onlabor*, February 1, 2016 (<http://onlabor.org/2016/02/01/is-uber-wagging-the-dog-with-its-moonlighting-drivers/>). Regarding the litigations concerning the classification of workers in the on-demand economy, see *infra*, § 2.2.

2.2 Focusing on the working conditions: why and how?

While the debate concerning the so-called sharing economy and its capacity to provide good jobs has been structured around two argumentative poles, the one of autonomy/flexibility and the one of precariousness¹², the following analysis of the on-demand economy will focus on the conditions of the workforce toward understanding whether intervention is required to make the model socially sustainable.

From a labour perspective, the fundamental feature of the economic model is the type of relationship established between worker and platform: there is no employment relationship between the company running the platform and the worker using the platform¹³. As the conditions of service of the platform often clearly state, the worker status is to be regarded as that of independent contractor, and the platform, as a mere intermediary¹⁴.

According to N. Zatz, three types of reason explain the concerns about «work outside traditional employment [...]». In order of increasingly profound challenge to an employment-centered ‘idea of labour law’, these are misclassification, displacement, and exclusion¹⁵.

Even if this classification is promoted by the companies, the characteristics of the work relationship, as has been outlined by the first commentators inside and outside the courts, make it difficult to include the relationship in the traditional categories of labour law¹⁶. On the one hand, workers decide where, when and whether to work and possess a degree of autonomy regarding their ways of working, autonomy which varies from company to company. On the other hand, companies supply advice concerning how the work should be performed, establish reputational systems used to exert an overall control over the quality of the services provided, and decide whether and when to deactivate the workers’

.....

12 See, for example, «Can the Sharing Economy Provide Good Jobs?», *The Wall Street Journal*, May 10, 2015 (<http://www.wsj.com/articles/can-the-sharing-economy-provide-good-jobs-1431288393>). In this article, Rachel Botsman and Andrew Keen expose their opposite positions. For more information on the autonomy/flexibility argumentation, see T. KALANICK (Uber CEO), «The Future of Work: Independence and Flexibility», *Pacific Standard*, October 15, 2015 (<http://www.psmag.com/business-economics/the-future-of-work-independence-and-flexibility>).

13 R. SMITH, S. LEBERSTEIN, «Rights on demand», *op. cit.*, p. 3, regard the independent contractor classification as a «core feature» of the business model.

14 The cases of on-demand services offered by companies employing their workers are beyond the scope of the present study. For information on these cases see A. KAMDAR, «Why Some Gig Economy Startups Are Reclassifying Workers as Employees», *Onlabor*, February 19, 2016 (<http://onlabor.org/2016/02/19/why-some-gig-economy-startups-are-reclassifying-workers-as-employees/>).

15 N. ZATZ, «The Impossibility of Work Law», in G. DAVIDOV, B. LANGILLE (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, p. 240.

16 Paradigmatic, and widely quoted, the order by judge Chhabria in *Cotter et al. vs. Lyft, Inc.*, Case No. 13-cv-04065-VC, Order denying cross-motions for summary judgment. In the academic field, see, *inter alios*, B. MEANS, J. SEINER, «Navigating the Uber Economy», *U.C. Davis Law Review*, Vol. 49, 2016, pp. 1511-1549. See also the above-mentioned Communication COM(2016) 356.

account on a given technological platform. Moreover, they may also determine the price of the service, as for example, Uber does.

By being classified as independent contractors, workers are usually ineligible for the rights and protections provided by labour law, because they fall outside the traditional coverage of labour regulations¹⁷. It is unsurprising that lawsuits seeking to obtain a reclassification of the relationship have abounded in recent months, most of all in the US¹⁸: many of the weaknesses of the on-demand workforce, in fact, derive from the inapplicability of labour regulations. While some of these actions have ended in the reclassification of workers' status¹⁹ and although some administrative boards have echoed this opinion²⁰, I believe that the protection of workers in the new reality of work should not rely on reclassification because the work relationships in it are too variegated to be identified by the tests and because, in many legal systems (for example, the American legal system), there are different tests for different statutes²¹ and in different states²².

As noted, the classification of workers in the gray area poses a major concern and problem to the enforcement of labour law. Currently, the situation seems to have worsened, and the definition of employee is increasingly removed from the elephant test Lord Wedderburn mentioned: the employment contract as «an animal too difficult to define, but easy to recognize when you see it»²³. Maybe the classification of an employee is similar to a *twin test*: in some cases, it is impossible to distinguish an employee from an independent contractor. Thus, while some scholars have elaborated how the categories should be interpreted to better address the new work relationships²⁴, in this article, I wonder if

.....

17 For a comparative analysis see G. DAVIDOV, M. FREEDLAND, N. KOUNTOURIS, «The Subjects of Labor law: «Employees» and Other Workers», in M. FINKIN, G. MUNDLAK (Eds.), *Research Handbook in Comparative Labor Law*, Edward Elgar, 2015, p. 115.

18 To be accurate, before the wave of lawsuits against on-demand economy companies in the physical world, the first known lawsuit aimed at reclassification was *Otey vs. Crowdfunder, Inc. et al.*, Case No. 4:2012cv05524. For an overview on the lawsuits see M. A. CHERRY, «Beyond Misclassification», *op. cit.*, pp. 579 ff.

19 See *Berwick vs Uber Technologies, Inc.* Case. No. 11-46739 EK, Order, decision or award of the Labor Commissioner.

20 See, for example, the «Advisory Opinion of the Commissioner of the Bureau of Labor and Industries of the State of Oregon, Regarding: the Employment Status of Uber Drivers», October 14, 2015. It is known that the same conclusion arose, outside the US, in the Inspección de Trabajo de Cataluña; see, E. M. SIERRA BENITEZ, «Los conductores de vehículos privados de uberpop: una nueva situación de anomia laboral», in AA. VV., *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2016.

21 S. D. HARRIS, A. B. KRUEGER, «A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The «Independent Worker»», *The Hamilton Project, Discussion Paper 2015/10*, December 2015, 6.

22 See, with specific reference to Uber, H. ROSS, «Ridesharing's House Of Cards: O'Connor v. Uber Technologies, Inc. and The Viability of Uber's Labor Model in Washington», *Washington Law Review*, vol. 90, 2015, p. 1431.

23 K. W. WEDDERBURN, *The Worker and the Law*, Penguin, Harmondsworth, 1986, p. 116.

24 See, e.g., B. ROGERS, «Employment Rights in the Platform Economy: Getting Back to Basics», *Harvard Law & Policy Review*, vol. 40, 2016, pp. 479-520; B. MEANS, J. A. SEINER, «Navigating the Uber Economy», *op. cit.*, and R. SPRAGUE, «Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy: Square Pegs Trying to Fit in Round Holes», 31 A.B.A. J. Lab. & Emp. L. 2015. Outside the U.S., see E. M. SIERRA BENITEZ, «Los conductores de vehículos privados de uberpop», *op. cit.*, and A. GINÈS I FABRELLAS, S. GÁLVEZ DURAN, «Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital», InDret, January 21, 2016, available at http://www.indret.com/pdf/1212_es.pdf.

instead of applying and reinterpreting the outmoded tests of the 20th century, a legislative intervention could provide a preferable solution.

In this regards, still relying on Zatz's argument, the conditions of the on-demand workforce can be analysed from the «displacement» perspective and from the «exclusion» perspective.

As for the displacement, «[i]nsofar as the nonemployment form offers advantages - including nonapplication of labour law - employees may be pushed aside [...]. More subtly, labour standards within employment relationships may face downward pressure from the threat of such displacement»²⁵. This argument could lead to antidisplacement rethoric as a justification for a legislative intervention.

Regarding the on-demand economy, it is still difficult to understand if the jobs promoted by the platforms are displacing more steady jobs. Even if some studies on the matter have been issued²⁶, this kind of analysis needs a sector-by-sector approach and a better understanding of the link between platform economy and shadow economy. While in some sector it is possible to face displacement, in some other the on-demand economy «transfers transactions that were probably conducted in the shadow economy to the formal sector»²⁷.

Instead of focusing on displacement, since «employment is underinclusive of the work relationships that merit protection or support»²⁸, the article aims to deepen the on-demand economy from the exclusion perspective in order to address some major questions. How does exclusion (from labour protections) affect workers in the on-demand economy? Do they need labour protections?

2.3 Working conditions in the on-demand economy

Beyond unresolved issues concerning the worker status of the independent contractor, the functioning of the platforms poses some problems to workers. By considering the weaknesses related to the business model in general, I identify three fundamental aspects in relation to which I analyse the conditions and the weaknesses of the on-demand workforce: economic security and workers' safety, reputation and education/training.

It is important to add another aspect to these three fundamental aspects: the problem regarding the formation of a collective voice. This aspect serves as concomitantly a con-

.....

25 N. ZATZ, «The Impossibility of Work Law», *op. cit.*, p. 241.

26 See, e. g., S. WAHEED ET AL., «Ridesharing or Ridestealing? Changes in Taxi Ridership and Revenue in Los Angeles 2009-2014», *Policy Brief UCLA Labor Center*, July 2015 and B. FANG ET AL., «Effect of sharing economy on tourism industry employment», *Annal of Tourism Research*, vol. 57, in press.

27 I. MASELLI ET AL., «Five things we need to know about the on-demand economy», *CEPS Essay*, no. 21, 8 January 2016.

28 N. ZATZ, «The Impossibility of Work Law», *op. cit.*, p. 243.

dition of weakness and a circumstance that precludes an improvement in working conditions related to the other aspects. On the one hand, the problem stems from a regulatory issue because of the use of some of the typical instruments of workers' claims, i.e., strike²⁹ and collective bargaining, and because some of the prerogatives of unions and workers' representatives are exclusively linked to the status of the employee^{30, 31}. On the other hand, there are substantial motivations deriving from features connected to the functioning of the model and of the platforms: the heterogeneity and the high turnover of the workforce, the absence of face to face interactions, the precariousness of economic conditions and the possible outcomes in term of reputation and the availability of work due to protests³². Despite these difficulties, attempts to build a collective voice and to set collective organizations in the context of the on-demand economy are emerging, in different forms (new and traditional unions; online communities) and with different aims and instruments, ranging from the sharing of information about the clients to the active support in getting benefits and to the organization of protests³³. Last December, the Seattle City Council passed a law granting the right to unionize to drivers, including the drivers working for on-demand services: against this decision, the U.S. Chamber of Commerce protested, filing a lawsuit against the bill³⁴. A petition to the NLRB (National Labor Relations Board) was recently filed by an organized group of Uber drivers serving the New York airport in La Guardia³⁵: this will provide another case to analyse the application of the traditional tests of employment status. Finally, in the «Uber Settlement», the company has agreed to help establish a drivers association, which is something different from a union³⁶.

.....

29 See B. ROGERS, «The Social Cost of Uber», *University of Chicago Law Review Dialogue*, Vol. 82, 2015, p.100; V. DE STEFANO, «The Rise of the «Just-in-Time Workforce». On-Demand Work, Crowd Work and the Casualization of Labour: Towards a 2.0 Putting-Out System?» *Presentation at 4th Conference of the Regulating for Decent Work Network* (July 8-10, 2015) and, with specific reference to crowdwork, A. FELSTINER, «Working the Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry», *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 32, 2011, p.180.

30 See R. SMITH, S. LEBERSTEIN, «Rights on demand», *op. cit.*, p. 4. See also F. ZLOTNICK, «The Future of Work: Uniting Workers in the Gigging Economy», *Pacific Standard*, August 5, 2015 (<http://www.psmag.com/business-economics/the-future-of-work-uniting-workers-in-the-gigging-economy>).

31 In this regard, paradigmatic was a tweet by Charlotte Garden, that commenting a tweet from another user stating «Video Shows Uber Employee Recording Footage of Protesting Drivers», wrote «Could be a labor law violation, if drivers are employees» (February 2, 2016).

32 See N. SALEHI ET AL., «We Are Dynamo: Overcoming Stalling and Friction in Collective Action for Crowd Workers», in *Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems*, ACM, New York, 2015, pp. 1621 ff.

33 See, e.g., the action of We Are Dynamo, FairCrowdWork (run by IGMetal) and Freelancer Union. With reference to workers' movements in the on-demand economy, see N. SCHEIBER, «Uber Drivers and Others in the Gig Economy Take a Stand», *The New York Times*, February 2, 2016 (<http://www.nytimes.com/2016/02/03/business/uber-drivers-and-others-in-the-gig-economy-take-a-stand.html?smid=tw-share&r=0>).

34 See V. DONG, «U.S. Chamber of Commerce to Seattle: Collective Bargaining for Uber Drivers Violates Antitrust», *Onlabor*, April 14, 2016 (<https://onlabor.org/2016/04/14/u-s-chamber-of-commerce-alleges-seattle-collective-bargaining-rights-for-uber-lyft-drivers-violates-federal-antitrust-laws/>).

35 See J. WEINBERG, «Gig News: Union Files NLRB Petition to Represent Uber Drivers in New York», *Onlabor*, February 3, 2016 (<http://onlabor.org/2016/02/03/gig-news-union-files-nlr-b-petition-to-represent-uber-drivers-in-new-york/>).

36 See B. SACHS, «On The Uber Settlement & What's Next for Drivers», *Onlabor*, April 22, 2016 (<https://onlabor.org/2016/04/22/on-the-uber-settlement-whats-next-for-drivers/>).

An economic issue related to the business model is income insecurity and instability³⁷. Because they are independent contractors, «on-demand workers» bear the costs of their activities, do not receive the economic protections they would with the status of employee (for example, the minimum wage, sick leave, paid holidays) and often lie beyond the scope of coverage of social security systems and related treatments. Additionally, the markets created by the platforms seem to fluctuate highly, in terms of not only demand but also supply in particular. Being structured around the capitalization of assets people already possess (material means, time, skills), the market competition will be highly affected by general economic conditions (for example, unemployment and underemployment rates), particularly where the activities mediated do not require particular skills and costs of entry. The said characteristics affect the level of remuneration of the activities performed using the platforms that are not high even for the tasks in the physical world, despite the claims of some companies³⁸, and are significantly low for crowdworking activities.

In general, in the absence of protection for the workers engaged in the platforms³⁹, we are witnessing a shift in risk from the companies to these micro-entrepreneurs; the situation is exacerbated in cases, as in many crowd employment platform mediating services in the virtual world, in which the requesters can refuse the work completed by the workers⁴⁰.

The situation of income insecurity and instability as outlined also bears consequences for the health and safety of workers, who, given their employment status, are ineligible for such protections under the traditional labour law. It is possible to distinguish a direct consequence related to the effects of this situation of precariousness on workforce well-being and indirect consequences arising from how the situation affects the behavior of the worker as an entrepreneur. The economic conditions impact the possibility and the propensity of workers to invest in the appropriate equipment to ensure their own safety, the quality of tasks chosen and the times they decide to be available to receive work through

37 On income insecurity, see also V. DE STEFANO, «The Rise of the» Just-in-Time Workforce»: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the «Gig Economy», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 37, num. 3, 2016, p. 479 ff.

38 See R. SMITH, S. LEBERSTEIN, «Rights on demand», *op. cit.*, at 5 ff. With reference to crowdwork, see EUROFOUND, *New forms of employment*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2015, p. 115 and J. BERG, «Income Security in the On-Demand Economy: Findings and Policy Lessons from a Survey of Crowdworkers», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 37, num. 3, 2016, pp. 543-576.

39 See, *inter alios*, R. SPRAGUE, «Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy», *op. cit.*, p. 4, and R. SMITH, S. LEBERSTEIN, «Rights on demand», *op. cit.*, p. 2. The shift in risk could be considered in continuity with the phenomenon of the «demutualization of risk» occurring in other sectors of the labour market (V. DE STEFANO, «The Rise of the» Just-in-Time Workforce», *op. cit.*, pp. 480 ff) or as «a new allocation of risk and reward» (B. ROGERS, «The Social Cost of Uber», *op. cit.*, p. 98). Even from the second perspective, however, the new allocation seems to shift risks to workers.

40 See M. RISAK, J. WARTER, «Decent Crowdwork. Legal Strategies towards fair employment conditions in the virtual sweatshop», *Paper presented at the 4th Conference of the Regulating for Decent Work Network* (July 8-10, 2015). The rejection, as I will explain *infra*, «has an effect on a Turker's [generally, on a worker's] online reputation and ability to compete for work in the future» (M. A. CHERRY, «The Global Dimension», *op. cit.*, p. 481).

the platform. More specifically, the circumstances could pressure on-demand workers to increase working hours beyond sustainable limits⁴¹ (i.e., beyond the limits posed by employment regulation to protect employees): the risk of overworking is real, with possible effects on society as an entirety⁴².

It has been clearly explained that reputational systems are a crucial asset to the on-demand economy success because they permit the surmounting of traditional problems arising from information asymmetry in the market, that is, from a consumer perspective⁴³. For the workers, these systems, based on feedback and reviews, raise important concerns, particularly because the possibility of obtaining work through the platform is strictly linked to the rating of the worker as published on the platform⁴⁴.

Some problems are based on the unfair use of the system. In particular, the reputational systems can be used in discriminatory ways, facilitated by untruthful assessments aiming to damage particular workers, or can be manipulated by some users to gain a competitive advantage over their peers. Moreover, the platform is furnished by the company «as is», exempt from liabilities for the maintenance of the service level⁴⁵; on the other hand, workers are not covered by the protections provided by labour law only to employees⁴⁶, but only by a part of the anti-discrimination legislation⁴⁷.

Other issues are, however, related to the very functioning of the reputational systems, namely, in the absence of system misuse. Three such issues appear to spur problematic effects:

.....

41 ILO, «Non-standard forms of employment», *Report for discussion at the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment*, (Geneva, 16-19 February 2015), 18, with reference to working arrangements «with a high level of variability and a lack of predictability in working time and schedules», including crowdwork. See also V. DE STEFANO, «The Rise of the» Just-in-Time Workforce», *op. cit.*, p. 479.

42 Tired workers are more likely to experience or cause accidents, with consequences for the general wellbeing of society and welfare systems.

43 A. D. THIERER ET. AL, «How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the «Lemons Problem»», *Mercatus Working Paper*, May 2015.

44 The functioning of the reputational systems differs depending on platform. For some platforms, the consequences of low ratings only affect consumer demand, whereas in other cases (Uber and Taskrabbit, for example), low ratings could lead to the deactivation of the account on the platform. For Uber see *O'Connor vs. Uber Technologies, Inc.*, Case No. C-13-3826 EMC, Order denying defendant Uber Technologies, Inc.'s motion for summary judgment. Regarding the consequences of the rating systems for the reclassification process, see B. SACHS, «Uber and Lyft: Customer Reviews and the Right-to-Control», *Onlabor*, May 22, 2015 (<http://onlabor.org/2015/05/20/uber-and-lyft-customer-reviews-and-the-right-to-control/>).

45 A. DONINI, «Il lavoro digitale su piattaforma», *Labour&Law Issues*, Vol. 1, 2015, p. 58.

46 With reference to the Uber case, see B. ROGERS, «The Social Cost of Uber», *op. cit.*, p. 97 and B. SACHS, «Uber: A Platform for Discrimination?», *Onlabor*, 22 October 2015 (<http://onlabor.org/2015/10/22/uber-a-platform-for-discrimination/>); with reference to crowdwork, A. FELSTINER, «Working the Crowd», *op. cit.*, p. 170. The discriminatory concerns related to crowd employment platforms are not limited to reputational systems. See, for the case of the broader sharing economy, N. LEONG, «The sharing economy has a race problem», *Salon*, 2 November 2014 (http://www.salon.com/2014/11/02/the_sharing_economy_has_a_race_problem/).

47 Regarding the application of provisions contained in statutes beyond the scope of employment law in the US, see N. ZATZ, «Beyond Misclassification: Gig Economy Discrimination Outside Employment Law», *Onlabor*, January 19, 2016 (<http://onlabor.org/2016/01/19/beyond-misclassification-gig-economy-discrimination-outside-employment-law/#more-9141>).

- The pressure to obtain a good rating could lead to so-called «emotional labor», i.e., the effort to remain pleasant with customers, such that workers become servile and deny features of their identity⁴⁸.
- The reputational systems could have consequences for «newer or less affluent users» because «a user's inability early on to establish a reputation, potentially lead[s] to marginalization and exclusion from services»⁴⁹.
- Raising quality standards of performance due to review-based competition affects the possibility of vulnerable workers, specifically workers with a disability⁵⁰, a disease or who are of old age, as well as in terms of competencies, to obtain work through the platforms⁵¹.

Regarding the third issue, that relates to education and training, we must examine the functioning of the system as an entirety and how the phenomenon of the on-demand economy could be connected with other phenomena occurring in the world of work. We must direct particular attention to the possible link between the on-demand economy and the polarization of the labour market⁵² to understand the weakness of workers' positions, as well as of the economic system. Before exploring this issue, it should be noted that in many cases, this economic model, based on micro-entrepreneurship, is taken up by people lacking the required management competencies⁵³. The reason for this circumstance relates to the educational systems: if it is true that entrepreneurship education has been a major emphasis in some institutional initiatives, particularly in the EU⁵⁴, then the educational approach seems to have led to prioritizing the aims of job creation, economic growth and, with reference to the people, improving employability. These aims are important, but I

.....

48 B. ROGERS, «The Social Cost of Uber», *op. cit.*, p. 97.

49 This issue was raised by Arun Sundararajan at the Federal Trade Commission workshop «*The «Sharing» Economy: Issues Facing Platforms, Participants, and Regulators*» (June 9, 2015), as reported by J. BRACY, «In The Sharing Economy Could Reputation Replace Regulation?», *privacyassociation.org*, 10 June 2015 (<https://iapp.org/news/a/in-the-sharing-economy-could-reputation-replace-regulation/>).

50 For the situation of people with disabilities with reference to crowdwork, K. ZYSKOWSKY ET AL., «Accessible Crowdwork? Understanding the Value in and Challenge of Microtask Employment for People with Disabilities», in *Proceedings of the 18th ACM Conference on Computer Supported Cooperative Work & Social Computing*, 2015, pp. 1682 ff.

51 The flexibility provided by on-demand work could also benefit workers with reduced capacities by enabling them to balance their needs with the requirements of their work. See V. DE STEFANO, «The Rise of the «Just-in-Time Workforce»», *op. cit.*, p. 479.

52 Regarding job polarisation, as the process of erosion of middle skill, middle wage jobs and the growth of both high skill, high wage and low skill, low wage jobs, due to the automation of tasks, see the work of M. GOOS and A. MANNINGS, starting from «Lousy and Lovely Jobs: The Rising Polarization of Work in Britain», *Center for Economic Performance Discussion Papers dp0604*, December 2003. Recently, *inter alios*, D. AUTOR, «Polanyi's Paradox and the Shape of Employment Growth», *Paper prepared for Federal Reserve Bank of Kansas, Jackson Hole Conference* (August 22, 2014).

53 According to the «2015 1099 Economy Workforce Report» by Requests for Startups, a major concern, the second concern after the capacity to obtain the required amount of work, is understanding the bureaucracy surrounding their status.

54 See the report «Entrepreneurship education: a road to success. A compilation of evidence on the impact of entrepreneurship education strategies and measures», European Union, 2015, p. 7, which highlights that to «entrepreneurship education is given a significant role in supporting the main goals of the Europe 2020 strategy; growths and jobs».

believe that the approach to entrepreneurship education should be enriched from a «capabilities» perspective because the new reality of work is witnessing increased numbers of independent contractors and micro-entrepreneurs and because of the frequency of occupational transition between dependent and independent work.

It is also worth highlighting that the economic model assumes that workers already possess the necessary assets for such activities, including skills. Consequently, acquiring and refining work skills are workers' responsibility. Because, as has been correctly noticed, «skills are not costless to obtain, nor do they come without risk»⁵⁵, and «skills are an investment and often what economists call a «specific investment» - an investment that is tied to a particular line of work, industry, or technology»⁵⁶, this delegation of responsibility to workers could be seen as consonant with the previously mentioned shift in the bearer of risk. On the one hand, on-demand work seems to exclude the sharing of skills and competencies between the worker and the customer or the platform. On the other hand, there is a regulatory argument that precludes company training provided by the platforms because the fact of receiving training could be considered an index of employee status⁵⁷.

Finally, this situation of worker responsibility, in connection with the phenomenon of job polarization, could result in the marginalization of low wage/low skilled workers and of the workers recruited in the category because the automation process renders their skills obsolete. This dynamic could negatively impact the entire economic system by exacerbating the problems of skills shortage and vertical mismatch (overeducation, overqualification)⁵⁸.

3. WORKERS' PROTECTION AND MARKET CONSTRUCTION

Labour regulations, including those mandated by the law and by collective agreements, aim not only to protect workers but also to rationalize production systems and ensure fair competition between companies and between workers⁵⁹. In questioning the introduc-

.....

55 J. S. HACKER, «*The great risk shift: the assault on American jobs, families, health care, and retirement and how you can fight back*», Oxford University Press, 2006, p. 78.

56 J. S. HACKER, *id.*

57 This is a reason why some companies providing on-demand services have shifted to an employer-employee relationship: namely, they can train their workforce without fearing worker reclassification. See E. HUET, «Yet Another On-Demand Service, Sprig, Switches Its Independent Contractors To Employees», *Forbes*, August 6, 2015 (<http://www.forbes.com/sites/ellenhuet/2015/08/06/on-demand-sprig-switches-independent-contractors-to-employees/>). See also A. KAMDAR, «Why Some Gig Economy Startups Are Reclassifying Workers as Employees», *op. cit.*

58 See for the definition of skills shortage, vertical mismatch, overeducation and overqualification ILO, «Skills mismatch in Europe. Statistics brief», *International Labour Office*, September 2014.

59 See M. TIRABOSCHI, *Teoria e pratica dei contratti di lavoro*, Adapt University Press, 2015, p. 4. See also G. LYON-CAEN, «L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence», *Droit ouvrier*, 1992, pp. 313 ff.

tion of a new regulation to address the on-demand economy phenomenon, it is worth considering the above mentioned weaknesses of the workforce engaged in this form of work, in addition to the effects of this economic model on competition.

Namely, the inapplicability of labour law protections causes two interrelated consequences: one is the workers' position; the other is linked to the competition between companies. Regarding the workers, the inapplicability seems to engender a race to the bottom because the competition is shifted to peers who are working on the platforms and can result in a form of self-exploitation. Regarding the competition between companies, the inapplicability gives companies in the on-demand economy a competitive advantage because companies in the traditional economy must bear the costs resulting from the employer-employee relationship⁶⁰. Contradicting the fundamental principle that «*labour is not a commodity*»⁶¹, a principle that motivates the efforts to exclude human labour from economic competition, the deterioration of working conditions seems to become an element that permits taking advantage of the market.

Thus, if the question «who will benefit from a legislation aimed to address the challenge of the on-demand economy?» was raised, it is clear that the positive output of such an intervention would interest not only the on-demand workforce but also the economic system.

Why, though, does addressing the issues arising from the on-demand economy require a legislative intervention?

To respond, it is necessary to consider other possibilities. The following three possibilities seem to be the major such possibilities:

a. Judicial reclassification of the work relationship.

Courts may reclassify workers in the on-demand economy as employees, thereby creating new interpretations or adapting the current interpretations of the tests to be applied. Although, as mentioned (*supra* § 2.2), some scholars⁶² and some administrations, particularly in the American context⁶³, are proceeding in this direction, interpreting the tests in order to fit with the new reality of work, I believe pursuing this direction will prove unproductive.

.....

60 A study, focused on the American case, noted the range of expenses companies save because of the independent contractor classification. See R. HABANS, *Exploring the Costs of Classifying Workers as Independent Contractors: Four Illustrative Sectors*, UCLA Institute for Research on Labor and Employment, December 2015.

61 This foundational principle has characterized the work of the International Labour Organization since its first steps in 1919. The article 427 (General Principles) contained in the XIII Part of the Treaty of Versailles states that «labour should not be regarded merely as a commodity or article of commerce».

62 See *supra* note 24, particularly B. MEANS, J. A. SEINER, «Navigating the Uber Economy», *op. cit.*, where the authors claim that «a significant advantage of the approach we recommend is that its implementation would not require new legislation».

63 See, beyond the on-demand economy phenomenon, USDOL, «Administrator's Interpretation No. 2015-1. Subject: The Application of the Fair Labor Standards Act's «Suffer or Permit» Standard in the Identification of Employees Who Are Misclassified as Independent Contractors», July 15, 2015, issued by David Weil. For a comment on the possible effects of the *Interpretation* on the on-demand economy, see B. SACHS, «New DOL Guidance on Employee Status: News for Uber or Lyft?», *Onlabor*, June 22, 2015 (<http://onlabor.org/2015/07/15/new-dol-guidance-on-employee-status-news-for-uber-or-lyft/>).

First, modifying the tests and the *indicia* used to determine the type of work relationship, thus supplementing or expanding the relevant legislation, is extremely difficult, particularly in civil law systems. Second, even after doing so, the resulting tests may not be able to address the many different forms of the on-demand economy, resulting in different classification for the workers of the various on-demand companies, even if they have characteristics and weaknesses that deserve a similar treatment. Third, as previously noted, in many cases to the same relationship should be applied different tests for different statutes and in different countries: the consequence is a high unpredictability of the classification. Finally, as the tests remain based on the old definitions specified by labour law statutes, it is unlikely that they would be able to account for the peculiarities of the new economic model.

Moreover, once reclassified, the workers will be covered by a set of protections intended for another type of worker and responding to the proper features of that type of worker. Although reclassification does not imply a change in the flexibility provided by the economic model to the workers⁶⁴, there remain some peculiar conditions of this type of worker that demand specific regulations (as, for example, for the functioning of reputational systems, as well as for the method of quantifying the hours worked).

An argument has been set forth⁶⁵, which is valid for a legislative intervention as well as for a judicial interpretation of the test of employment status. This argument maintains that, from a market competition perspective, reclassification could be used to encourage competition between platforms and avoid the formation of monopolies: such an outcome would be possible «if 1099 status required that suppliers multihome [...] in a substantive, not mere token way». The suggestion, as expressly admitted by its Author, would be positive for customers, not for workers: in the given legal framework, workers would experience more difficulties in the proposed reclassification (i.e., they would be forced to multihome)⁶⁶. The argument proposes to address the problem by providing an unconditional basic income. I agree with Sachs' counterarguments: «The risk, then, is that we end up adopting the pro-competition policy and don't get the worker-protective policy to go along with it. [...] and more important, being an employee under current law is important for reasons that go beyond the right to earn a minimum income»⁶⁷. However, even from a market competition perspective, the proposal is inadequate without other interventions because, while it ensures competition between platforms, it confirms the competitive advantage of companies using the platforms over other companies avoiding the costs of an employer-employee relationship.

.....

64 See B. SACHS, «Uber: Employee Status and «Flexibility»», *Onlabor*, September 25, 2015 (<http://onlabor.org/2015/09/25/uber-employee-status-and-flexibility/>).

65 The argument, provided by Steve Randy Waldman in his blog *interfluidity.com* (post titled «1099 as antitrust», September 27, 2015; <http://www.interfluidity.com/v2/6165.html>) was mentioned and discussed by B. SACHS, «1099 as Antitrust?», *Onlabor*, September 29, 2015 (<http://onlabor.org/2015/09/29/1099-as-antitrust/>).

66 In this context «multihome» means that workers provide their services through multiple platforms.

67 B. SACHS, *id.*

b. Platform cooperativism, i.e., the workers' ownership of the platform, which mediates their work⁶⁸.

«The principles of platform cooperativism include job security, good pay, transparency, a pleasant working atmosphere (acknowledgment and appreciation), co-determined work, a protective legal framework, weekly work time of 30 to 40 hours, and protection against arbitrary mandates. It rejects excessive workplace surveillance»⁶⁹. While I agree that platform cooperativism could improve working conditions for the on-demand workforce, I believe there are some challenges to this type of organization that should be addressed with regulation⁷⁰. From a competition perspective, two challenges seem particularly relevant: «the implication of antitrust law to platform cooperativism»⁷¹, and, the competitive advantage of the companies providing platforms to be exempt from compliance with those features of the job. How could cooperative challenge monopolies in this situation?

Additionally, the high turnover of the on-demand workforce poses difficulties both to the structuring of the cooperatives and to the provision of employment related benefits. Most problematically, without a legislative intervention, workers who continue working on traditional platforms would remain without protections.

So, while a regulatory intervention could foster this dynamic, platform cooperativism alone could not be the answer to the challenges posed by the on-demand economy.

c. Self-regulation, i.e., the «reallocation of regulatory responsibility to parties other than the government»⁷².

Why not involve the companies that provide the platforms in regulating the labour aspects of their business? Self-regulation solutions for the so-called sharing economy have been proposed with reference to market failures, in particular, information asymmetry, negative externalities and the blurring of boundaries between the personal and the professional⁷³. While self-regulation is broadly defined and can assume different forms⁷⁴, in this field,

.....

68 See T. SCHOLZ, «The Future of Work: The People's Uber», *Pacific Standard*, September 23, 2015 (<http://www.psmag.com/business-economics/the-future-of-work-the-peoples-uber>). See also N. SCHNEIDER, «The Future of Work: Owning What We Share», *Pacific Standard*, September 1, 2015 (<http://www.psmag.com/business-economics/the-future-of-work-owning-what-we-share>).

69 () T. SCHOLZ, *id.*

70 T. SCHOLZ himself, *id.*, acknowledges the presence «of huge challenges» to platform cooperativism, «from the self-organization and management of workers, to technology, UX design, education, long-term funding, scaling, wage scales, competition with multinational corporate giants, and public awareness».

71 This is the headline of the intervention by Valerio De Stefano at the conference «*Platform cooperativism. The Internet. Ownership. Democracy*», November 13-14, 2015.

72 M. COHEN, A. SUNDARARAJAN, «Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy», *University of Chicago Law Review Dialogue*, Vol. 82, 2015, p. 116.

73 M. COHEN, A. SUNDARARAJAN, *id.*, pp. 119 ff.

74 For a synthesis of the different forms, see again M. COHEN, A. SUNDARARAJAN, *id.*, pp. 123 ff. For a complete analysis, see J. BLACK, «Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a «Post-Regulatory» World», *Current Legal Problems*, vol. 54, 2001, p. 103.

we should concentrate on two possibilities: «the main form of self-regulation in industrial relations»⁷⁵, also known as collective bargaining and other form of self-regulation established in accordance with worker voices; or, self-regulation «unilaterally set by businesses»⁷⁶.

As for self-regulation established by bipartite bodies⁷⁷, representing both companies and workers of the on-demand economy, the above-mentioned difficulties - substantial and regulatory as well⁷⁸ - seem to preclude the success of such an operation.

Regarding self-regulatory organizations (SRO), without the collective voice, such regulation is likely to be incapable of addressing labour-related problems. Hence, self-regulation has been proposed to regulate some market issues, but as for labour issues, the same author advocates governmental efforts «to modernizing labour policy»⁷⁹.

I believe that a labour law reform could constitute the best instrument for bringing the on-demand economy in relationship with «broader phenomena such as casualization of the workforce, informalisation of the formal economy and the so-called «demutualisation of risk» in modern labour markets», and re-design a legal framework coherent and able to address the challenges raised by the new reality of work⁸⁰.

4. THE PATTERNS OF INCLUSION. CROSSING THE PILLARS OF HERCULES: A NEW SCOPE BEYOND EMPLOYEES

«The goal of regulation is not to impede technological advances, nor need it have that effect»⁸¹.

How, then, to introduce a regulation that fosters innovation and would be able to protect workers from the negative outcomes of the on-demand economy? How to address the issues arising from the exclusion of these work relationships from labour law?

To respond to these questions, I will use a conceptual tool suggested by Guy Davidov to

75 R. ROGOWSKY, *Reflexive Labour Law in the World Society*, Edward Elgar, 2013, 43.

76 V. DE STEFANO, «The Rise of the» Just-in-Time Workforce», *op. cit.*, p. 503.

77 For an argument favouring this type of self-regulation, see P. TULLINI, «C'è lavoro sul web», *Labour & Law Issues*, vol. 1, 2015, p. 17.

78 See § 2.2. See also the antitrust argument, mentioned under b).

79 A. SUNDARARAJAN, «A social safety fit for the sharing economy», *Financial Times*, June 22, 2015 (<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/b1d854de-169f-11e5-b07f-00144feabdc0.html#axzz3qFFDqTt8>). For an argument favoring a self-regulatory approach in the labour field, with specific reference to platforms mediating virtual work, see A. DONINI, «Il lavoro digitale su piattaforma», *op. cit.*, p. 67, and M. A. CHERRY, «The Global Dimension», *op. cit.*, p. 488.

80 See V. DE STEFANO, «The Rise of the» Just-in-Time Workforce», *op. cit.*, p. 473 ff.

81 R. SMITH, S. LEBERSTEIN, «Rights on demand», *op. cit.*, p. 7.

describe and explain labour law coverage, namely, the continuum between universalism and selectivity⁸², because the lack of protection in the on-demand workforce is widely a problem of labour regulation coverage. In particular, on which part of the continuum should a legislative intervention be centered? In attempting to propose the preferable balance between these two poles, I will place in relationship the solutions already proposed in research on the on-demand economy with the components outlined by Davidov to improve the coverage of labour legislation⁸³.

The components, as expressed by the author, are the following:

- a) untie connection to non employment-related rights;
- b) correct unjustified exclusion of specific groups;
- c) add an intermediate group of dependent contractors;
- d) use purposive interpretation for additional «corrections»;
- e) add special protections to groups that are particularly vulnerable.

The regulation of labour in the on-demand economy, as clear from reading the positions expressed until now, could be put in connection with any of these components, except for the component under letter b), because the article accounts for the on-demand services in which the workers are classified as independent contractors⁸⁴. Each component intervenes in the traditional *summa divisio* of labour law, even if in different measure with respect to the outcomes.

Before explaining why I believe the most suitable solution could result from a balance between components a) and e), and given the discussion in the previous paragraphs, I briefly review the other positions.

In particular, component d) includes the efforts of scholars and administrative personnel to specify that a certain application of tests and indicia leads, in accordance with the broad definition of employee and the purpose of the regulation, to reclassifying workers⁸⁵. I have already explained my concerns regarding this type of action. From the perspective

82 See G. DAVIDOV, «Setting Labour Law's Coverage: Between Universalism and Selectivity», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 34, 2014, p. 543.

83 G. DAVIDOV, *id.*, p. 554 ff.

84 The exclusion argument would be of relevance if we were studying the model adopted in the American context by other companies providing on-demand services. Specifically, some companies chose to re-designate independent contractors as employees, while offering them part-time work. Such actions permit companies to avoid the expenses related to Employer Shared Responsibility provisions in the Affordable Care Act.

85 In the American context, see, *inter alios*, B. ROGERS, «Employment Rights in the Platform Economy», *op. cit.* and the above-mentioned «Administrator's Interpretation No. 2015-1», issued by D. Weil. See also G. DAVIDOV, «Guest Post: The Status of Uber Drivers - Part 2: A Purposive Approach», *Onlabor*, May 19, 2016 (<https://onlabor.org/2016/05/19/guest-post-the-status-of-uber-drivers-part-2-a-purposive-approach/>) and G. DAVIDOV, «Guest Post: The Status of Uber Drivers - Part 3: Applying the Tests», *Onlabor*, May 24, 2016 (<https://onlabor.org/2016/05/24/guest-post-the-status-of-uber-drivers-part-3-applying-the-tests/>).

of an analysis of the different possible regulatory interventions, a similar result may be achieved, above all where Courts possess less flexibility in the interpretation of the notion of employee, modifying the definition of employee contained in the law to expand its scope⁸⁶. This type of action generates three major problems. First, it is difficult to individuate a definition of employee that sufficiently encompasses the different types of workers deserving protection in the on-demand economy and in the labour market considered in its entirety. Second, this action remains based on the old system of the «employee takes it all», with the consequence of enabling attempts to disguise the work relationship. Third, as noted above with reference to reclassification, certain peculiarities of the economic model require specific interventions.

Two authors propose⁸⁷ a different approach based on a revised definition of employer. Relying on Prassl's - who is one of the authors - functional-typological concept of employer, they propose to identify the relevant employer for each function (namely: *Inception and Termination of the Employment Relationship, Receiving Labour and its Fruits, Providing Work and Pay, Managing the Enterprise-Internal Market, Managing the Enterprise-External Market*) to allocate employment law obligations. According to the proposal, «different employers may bear (or share) a range of obligations, depending always on their specific roles», including the worker, where the relevant employer function is exercised by the worker herself⁸⁸. This challenging proposal, that tries to address the fluidity of nowadays work relations also beyond the context of the on-demand economy, raises some matters. In this broader context, beyond the possible attempts to disguise and the hardship (in some cases) in identifying who is exercising the employer function, the major of these matters is, in my opinion, that the proposal seems to still rely for the provision of protections on the presence of an employment relationship in order to apply the piece of legislation related to the function. As a consequence, where the worker is the employer for a specific function, she would face the weaknesses of her position lacking the needed protections.

The introduction of a new category of workers (component c)), has been widely proposed in relation to the on-demand economy⁸⁹. First, it is worth noting that this category

.....

86 In this sense, peculiar is the case of Italy because the d. lgs. n. 81/2015 expanded the application of labour law to a particular form of employer-organized freelance work, though it is unclear how this expansion should operate and if it could affect worker classification in the on-demand economy. See A. DONINI, «Il lavoro su piattaforma digitale «prende forma» tra autonomia e subordinazione. Nuove regole per nuovi lavori?», *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1/2016, pp. 178 ff. and G. BRONZINI, «Il punto su il futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell'era della share economy», *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1/2016.

87 J. PRASSL, M. RISAK, «Uber, Taskrabbit & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, 619-651.

88 J. PRASSL, M. RISAK, *id.*, p. 650.

89 The claim originates in different sectors: see *Cotter et al. v. Lyft, Inc.*, under VII, p 19, where Judge Chhabria suggested that «perhaps Lyft drivers should be considered a new category of worker altogether, requiring a different set of protections». See also T. ZIER, «Could Creating A New Class Of Worker Solve The Sharing Economy's

could not be that of dependent contractor. In particular, the category of dependent contractor, as known in some countries (for example, Spain), requires workers to be economically dependent on a client, namely, by earning from the work relationship an amount (in percentage terms) that varies from country to country but is always high: this definition would not suit the on-demand economy, even if we consider the platform the source of the workers' income. Moreover, neither the worker nor the business would know the income the worker would gain from such «gigs», so it is impossible to establish beforehand if the worker belongs to the category⁹⁰.

A solid proposal for an intermediate category of workers has been made by two American scholars⁹¹. They propose to introduce the category of the «independent worker». Unlike the category of dependent contractor that relies on the economic dependence of workers, this intermediate category relies on the existence of a triangular relationship between the worker, who decides when, where and whether to work, the customer and the company. In this relationship, demand is matched to service offers in both online and offline cases. This proposal aims to establish the protections required by this type of worker, avoid the inefficiency of the dichotomy employee/independent contractor in the market and ensure neutrality between the different categories of workers to avoid attempts to opt out of the application of certain regulations (mainly classifying workers as independent contractors). The proposal outlines the benefits and protections to which the independent workers should or should not be entitled⁹²: on-demand workers are covered by this set of protections. In my opinion, the proposal, being focused on the sole triangular relationships, fails to place the on-demand economy in relation to other phenomena occurring in the labour market, where it would be possible to see an increase in precarious work outside triangular relationships. According to this proposal, three categories would exist, yet there will be workers lacking fundamental protections, while facing similar concerns and problems.

The same shortcomings apply to another proposal that, rather than creating an intermediate category, relies on the configuration of a distinct regime for the workers of the

.....

Labor Problems?», *FastCoExist*, June 19, 2015 (<http://www.fastcoexist.com/3047617/could-creating-a-new-class-of-worker-solve-the-sharing-economys-labor-problems>) and A. HAGIU, R. BIEDERMAN, «Companies Need an Option Between Contractor and Employee», *Harvard Business Review*, August 21, 2015, (<https://hbr.org/2015/08/companies-need-an-option-between-contractor-and-employee>).

90 Labour law scholars unanimously agree on the unviability of the dependent contractor category. See, *inter alios*, V. DE STEFANO, «The Rise of the «Just-in-Time Workforce»», *op. cit.*, pp. 494 ff.; B. SACHS, «A New Category of Worker for the On-Demand Economy?», *Onlabor*, June 22, 2015 (<http://onlabor.org/2015/06/22/a-new-category-of-worker-for-the-on-demand-economy/>); S. D. HARRIS, A. B. KRUEGER, «A Proposal for Modernizing», *op. cit.*, pp. 7-8; A. TODOLÌ-SIGNES, «El impacto de la «Uber Economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», *IUSLabor*, 3/2015, p. 19.

91 S. D. HARRIS, A. B. KRUEGER, «A Proposal for Modernizing», *op. cit.*

92 Independent workers, *inter alia*, should have the right to organize and should be covered by civil rights protections but should not be entitled to overtime pay and minimum wage.

on-demand economy within the borders of traditional labour law, thereby specifying a unique set of rules in accordance with the peculiar characteristics of this form of work⁹³.

Finally, we may discuss components a) and e). Davidov, explaining the former, writes: «changes of recent decades have made it ever more obvious that we cannot rely on employment status for the delivery of all social rights»⁹⁴. This statement seems to apply particularly to the situation of on-demand economy workers. For this reason, it is understandable why some commentators have directed their attention to rethinking the social safety net, regardless of employment status. It has been proposed that some employment related benefits, such as «health coverage, insurance against workplace injuries, paid vacations and maternity leave»⁹⁵, should be ensured to any worker and decoupled from employment status. The action should extend beyond the safety net: one proposal suggests including the right to paid leave, livable minimum wage, overtime pay, pay equity, and fair scheduling⁹⁶; another proposal recommends expanding protection associated with the Fundamental Principles and Rights to Work («namely freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining, elimination of all forms of forced or compulsory labour, effective abolition of child labour, elimination of discrimination in respect of employment and occupation») and OSH protections⁹⁷. I agree that decoupling benefits and rights from the employment relationship is the main viable solution for addressing the new reality of work relationships, but I would like to specify a methodological approach in this regard. Namely, the objective should be achieved not by selectively extending a set of rights traditionally tied to the employment relationship but by re-conceptualizing labour law as an entirety, beginning with the pole of universalism.

It has been noted that a hidden asset of the sharing economy «may ultimately be the re-configuration of staid worker relationship models and outdated regulations to accommodate and foster a new, more flexible and likely enduring business model»⁹⁸. It may be time for this type of reconfiguration, specifically for labour regulation to cross the «Pillars of

93 A. TODOLÌ-SIGNES, «El impacto de la «Uber Economy»», *op. cit.*

94 G. DAVIDOV, «Setting Labour Law's Coverage», *op. cit.*, p. 555.

95 A. SUNDARARAJAN, «A social safety fit for the sharing economy», *op. cit.* See also PORTABLE BENEFITS, «Common ground for independent workers. Principles for delivering a stable and flexible safety net for all types of work», *Medium*, November 8, 2015 (<https://medium.com/the-wtf-economy/common-ground-for-independent-workers-83f3fbcf548f#.dt7oes76n>), R. SMITH, S. LEBERSTEIN, «Rights on demand», *op. cit.*, p. 12 and J. PISANI-FERRY, «Social Benefits in the Age of Uber», *Project Syndicate*, October 31, 2015 (<https://www.project-syndicate.org/commentary/individual-social-benefits-account-economic-efficiency-by-jean-pisani-ferry-2015-10>).

96 N. HANAUER, D. ROLF, «Shared Security, Shared Growth», *Democracy*, Issue 37, Summer 2015. See also the response to Nick Hanauer and David Rolf by K. STONE, «Beyond Shared Security», *Democracy*, Issue 38, Fall 2015.

97 V. DE STEFANO, «The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»», *International Labour Office*, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch. - Geneva: ILO, 2016 Conditions of work and employment series; No. 71 p. 14.

98 L. BROWNLEE, «The Sharing Economy's Increasingly Exposed Liabilities And Hidden Assets», *Forbes*, July 21, 2015 (<http://www.forbes.com/sites/lisabrownlee/2015/07/21/the-sharing-economysincreasingly-exposed-liabilities-and-hidden-assets/>).

Hercules» of the *summa divisio* (employee/independent contractor) and for addressing the entire continuum of distinct work relationships occurring in the economy. Obviously, this is not a new wake-up call in the field of labour law.

This type of approach would configure a better framework for addressing the problems described, namely, collective voice, economic security and workers' safety, reputation and education/training, and not only for the on-demand workforce, but for any worker, indeed for the entire labour market. This approach should lead to the creation of a legal framework able to furnish a common ground of protection to any workers both in the relationship, for example regarding income insecurity issues and discriminatory or unfair behaviors and in the labour market, for example, through a functional system of active labour market policies that respond to the increasing pace of job transitions and skills obsolescence, affecting not only workers' conditions but also the efficiency of the market. The approach also requires rethinking the social safety systems, which should be portable and prorated⁹⁹ because many more workers will earn a living by working different jobs simultaneously.

This two tiered approach allows also to include in the solution of the issues related to working conditions, regulations coming from outside the field of labour law, where they are able to solve the problems complying with the protections provided by the common ground of labour rights. The partial hybridization of labour law is nothing new: a paradigmatic example is given by the regulation of privacy in the workplaces that relies heavily on general provisions. Regarding the on-demand economy, this hybridization could come from a regulation that ensures rights to the peers providing goods and services through the platforms with provisions aimed to forbid unfair terms and conditions. An example can be read in the legislative proposal regarding the sharing economy recently presented in the Italian Parliament, where some protections are given to the «utenti operatori» (operative users, alias those providing goods and services).

Those general protections - which, even if they need to be improved and better deepened, deserve a peculiar attention - are able to solve some issues also of the peer as a worker. After all, it is ongoing an hybridization of the different expression of human being in many fields: people are at the same time consumers, producers, workers¹⁰⁰ (and also mothers and fathers; caregivers, etc.). As a consequence, labour law should be open to integrate in its context regulation protecting the worker from a different perspective: those provisions, once evaluated on the basis of the labour rights, would not deprive labour law of its function, but strengthen its capacity to address the needs of the workforce.

.....

99 Regarding the portability and proration of social benefits, see PORTABLE BENEFITS, «Common ground for independent workers», *op. cit.*; see also N. HANAUER, D. ROLF, «Shared Security, Shared Growth», *op. cit.*

100 Regarding the crisis of this categories, see M. FORLIVESI, «I Makers: il lavoro agli albori della terza rivoluzione industriale», *Labour&Law Issues*, vol. 1, 2015, pp. 72-85. With specific reference to the on-demand economy see O. LOBEL, «The Law of the Platform», forthcoming in *Minnesota Law Review*, 2016.

5. CONCLUSION

The on-demand economy is a disruptive phenomenon that occurs in the context of a considerable transformation of work. Labour law is facing this transformation in terms of its old structures and particularly, its old dichotomy. Consequently, labour law has been unable to satisfy the requirements of regulating a new reality of work. The resulting inefficiency of labour legislation impacts both the conditions of the workers and the economic system as an entirety.

An overview of the on-demand economy reveals the shortcomings of labour regulations by enabling an analysis of the conditions of the workforce involved in this economic model. The outcomes of this analysis raise questions concerning whether a legislative intervention is required, a question to which I respond affirmatively. Such a legislative intervention could be of different types. I have considered the proposals already presented in related research, using the conceptual tool of the continuum between universalism and selectivity.

I argue that to more effectively address the challenges of the on-demand economy, placing it in relations with other, broader phenomena that are transforming the world of work (such as the increase of the contingent workforce, the transformation of the economy and the destandardization of work), a re-conceptualization of labour law is required.

Labour regulation, broadly defined, should go beyond the traditional distinction between employee and independent contractor that creates a mismatch of protections between workers. It should be rethought to provide a universal set of labour protections to workers, regardless of the type of work relationship. To be effective, this wave of universalism should be complemented by a set of specific rules that will address the peculiarities of the different types of relationship, in compliance with a clear, flexible and adaptable legal framework and relying mainly on the action of social partners in the different forms of organization.

EMANUELE DAGNINO

PhD Candidate at the University of Bergamo - ADAPT

e.dagnino@studenti.unibg.it

CROWDSOURCING SITES Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO EL CASO DE AMAZON MECHANICAL TURK¹

ANNA GINÈS I FABRELLAS

Profesora adjunta Derecho del Trabajo

ESADE - Universitat Ramon Llull

Fecha de recepción: 07/10/2016

Fecha de aceptación: 02/11/2016

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NUEVAS FORMAS DE TRABAJO EN LA ERA DIGITAL: 2.1. *Microtasks, crowdsourcing* y contratación *on-demand*: tres claves del éxito de las plataformas virtuales; 2.2. El complejo encaje del trabajo digital en el concepto tradicional de trabajador por cuenta ajena. 3. *CROWDSOURCING SITES*: EL CASO DE AMAZON MECHANICAL TURK: 3.1. Modalidades de *crowdsourcing sites* y características de la prestación de servicios; 3.2. Amazon Mechanical Turk; 3.3. Empresas tecnológicas v. prestadoras de servicios; 3.4. La errónea calificación jurídica del trabajo en el marco de plataformas virtuales como trabajo por cuenta propia. 4. CONCLUSIONES: *CROWDSOURCING* COMO MODALIDAD LEGALMENTE NO FACTIBLE DE ORGANIZACIÓN DE LA PRODUCCIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El objeto del presente artículo es analizar las *crowdsourcing sites* o plataformas de *crowdsourcing* virtual -y, en concreto, el caso de Amazon Mechanical Turk-, para determinar si las nuevas formas de descentralización productiva aparecidas en la era digital, basadas en el *crowdsourcing* y la contratación *on-demand* de trabajadores autónomos

.....

¹ Proyecto realizado con la Ayuda Fundación BBVA a Investigadores y Creadores Culturales 2016.

para la realización de trabajos a distancia, encuentra encaje en el ordenamiento jurídico-laboral español.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyse crowdemployment platforms -and, specifically, the case of Amazon Mechanical Turk-, to determine if the new form of productive decentralization that has appeared in the digital era, based on crowdsourcing and hiring independent contractors on-demand, are legal according to the Spanish legal system.

PALABRAS CLAVE: Crowdsourcing, economía colaborativa, contratación on-demand, relación laboral, trabajador autónomo.

KEYWORDS: Crowdsourcing, sharing economy, hiring on-demand, employment relationship, independent contractor.

1. INTRODUCCIÓN

La *sharing economy* o economía colaborativa² se ha expandido en los últimos años como consecuencia de las nuevas tecnologías, permitiendo la creación de puntos de encuentro de usuarios para intercambiar o prestar bienes y servicios infrautilizados³. En este contexto, existen plataformas on-line como BlaBlaCar, Fon, NeighbourGoods, Nightswapping o Couchsurfing, que permiten el contacto entre usuarios para compartir desplazamientos en coche, redes wifi, productos domésticos o alojamiento, respectivamente. Las nuevas tecnologías han permitido la globalización de las relaciones que, anteriormente, únicamente se desarrollaban a escala local⁴.

En el contexto de la *sharing economy* y gracias a las nuevas tecnologías han aparecido, no obstante, plataformas digitales que han tergiversado la esencia de la economía colaborativa⁵. Plataformas como Uber, Lift, Airbnb, Myfixpert, GetYourHero, TaskRabbit o Amazon Mechanical Turk, aunque aplicando un esquema también basado en plataformas virtuales o Apps móviles para el contacto entre usuarios, escapan de la idea del intercambio de bienes y servicios. Así, incluidas en la denominada *uber, on-demand* o *gig-economy*⁶, permiten el contrato entre clientes y prestadores de servicios para el transporte urbano, alojamiento, reparación de aparatos electrónicos, limpieza del hogar o la realización de HITs⁷, respectivamente.

Estas plataformas virtuales, manifestaciones de capitalismo postmoderno⁸, han desa-

.....

2 «The rise of the sharing economy», *The Economist*, 9 de marzo de 2013.

3 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI», 495º Pleno del cese de los días 21 y 22 de enero de 2014 (2014/C 177/01) (DOUE 11.6.2014).

4 BOTSMAN, R., «The case of collaborative consumption», *TedxSydney*, 2010.

5 HERN, A., «Why the term «sharing economy» needs to die», *The Guardian*, 5 de octubre de 2015; BOTSMAN, R., «Defining The Sharing Economy: What Is Collaborative Consumption - And What Isn't?», *Fastcoexist.com*, 27 de mayo de 2015.

6 HILL, S., «The Future of Work in the Uber Economy. Creating a Safety Net in a Multi-Employer World», *Boston Review*, 22 de julio de 2015 o de STEFANO, V., «The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy», *Conditions of Work and Employment Series*, ILO, núm. 71, 2016, p. 1-43.

7 Como se analizará en mayor detalle en el presente artículo, HITs o *Human Intelligent Tasks* se definen como trabajos sencillos que no pueden realizarse por una máquina y requieren un cierto nivel de inteligencia humana, como procesamiento de imágenes o datos, verificación de datos, recopilación de información, etc. (<https://requester.mturk.com/>; fecha consulta: 15.12.2015).

8 FERNÁNDEZ, D., «Paradoxes mòbils», *Ara.cat*, 27 de febrero de 2016 (disponible en: http://www.ara.cat/opinio/que-no-del-al-MWC_0_1531046915.html; fecha consulta: 28.10.2016).

rollado verdaderos modelos de negocio⁹ que, gracias a la transformación de la prestación de servicios, les ha permitido crecer rápidamente hasta convertirse en empresas multimillonarias¹⁰. Como se analiza con más detalles en los apartados siguientes, la clave del éxito de estas plataformas es el *crowdsourcing* y el empleo *on-demand* de trabajadores autónomos para la prestación del servicio. Así, mediante las nuevas tecnologías y la división del trabajo en *microtasks*, estas plataformas descentralizan el servicio hacia un gran número de trabajadores autónomos contratados a demanda; esto es, en el momento exacto en que se produce la solicitud del servicio.

Estas nuevas formas de prestación de servicios han provocado una huida del Derecho del Trabajo. Servicios que anteriormente eran prestados por trabajadores por cuenta ajena, en la actualidad pueden realizarse íntegramente de forma descentralizada. Consiguientemente, estos prestadores de servicios, en tanto que formalmente considerados trabajadores autónomos, no gozan de la protección jurídica ofrecida por la normativa laboral ni de Seguridad Social.

Sin embargo, desde la óptica del Derecho del Trabajo, la duda que surge es la calificación jurídica que debe otorgarse a la relación entre la empresa y los prestadores de servicios. En otras palabras, debe cuestionarse la calificación como trabajadores autónomos de las personas que prestan servicios en el marco de estas plataformas virtuales.

Aunque existe un sector escéptico¹¹, encontramos pronunciamientos judiciales y administrativos que han declarado el carácter laboral entre Uber -ejemplo paradigmático de la *on-demand economy*- y sus conductores¹². En estos pronunciamientos, la conclusión alcanzada es que en la prestación de servicios en el marco de estas plataformas virtuales

9 HERN, A., «Why the term ‘sharing economy’ needs to die», *op. cit.*

10 A modo de ejemplo, Airbnb fue creada en 2008 por dos jóvenes que alquilaban una habitación para poder llegar a final de mes y actualmente cuenta con una valoración de 20.000 millones de dólares (CLAMPET, J., «Airbnb’s New \$1 Billion Funding Would Value It At \$20 Billion», *Skift*, 28 de febrero de 2015). En sentido similar, se estima que Uber tiene una valoración de mercado entorno a los 41.000 millones de dólares (HILL, S., «The Future of Work in the Uber Economy. Creating a Safety Net in a Multi-Employer World», *Boston Review*, 22 de julio de 2015).

En relación con esta cuestión, véase asimismo KESSLER, S., «The sharing economy is dead, and we killed it», *Fast Company*, 14 de septiembre de 2015.

11 MOLINA, J., «Los retos laborales de la ‘on-demand economy’: el caso Uber», *Cuatrecasasblog.com*, 28 de octubre de 2015.

12 *California Labor Commission* de 6 de junio de 2015 en el caso Barbara Ann Berwick v. Uber Technologies, Inc. (case no. 11-46739 EK (2015)) o el informe de la *Inspecció de Treball de Catalunya* de 9 de marzo de 2015 (núm. expediente 8/0025767/14). Asimismo, existe una *class action* en California de prácticamente 2.000 conductores de Uber para reclamar se reconozca su condición de trabajadores por cuenta ajena y se les reembolse por sus gastos de actividad (<http://uberlawsuit.com/>). El 11 de marzo de 2015 el *United States District Court (Northern District of California)* en su decisión O’Connor *et al.* v. Uber Technologies, Inc., No C-13-3826 EMC (2015) denegó la petición de Uber de juicio sumario y el 1 de septiembre de 2015 en su decisión O’Connor *et al.* v. Uber Technologies, Inc. No. C-13-3826 EMC (2015) certificó la *class action* interpuesta por varios conductores de Uber que prestan servicios en California. Aunque se alcanzó un acuerdo mediante el cual Uber se comprometía a pagar hasta 100 millones de dólares e introducir cambios significantes en el servicio, el 18 de agosto de 2016 el *United States District Court (Northern District of California)* no aprobó el acuerdo como consecuencia de la reducción en sanciones que este acuerdo supondría para el estado de California.

también concurren -aunque se presentan de forma alterada- las características definitorias de la relación laboral.

Existe todavía, no obstante, el debate doctrinal y la duda jurisprudencial de la calificación jurídica que debe darse a la relación entre los prestadores de servicios y las denominadas *crowdsourcing sites* o plataformas de *crowdemployment* virtual, cuya función es la habilitación de una plataforma virtual que pone en contacto demandantes de servicio con trabajadores autónomos para la prestación de servicios on-line.

En este contexto, la cuestión concreta a abordar es estudiar estas *crowdsourcing sites* y su impacto en el modelo de relaciones laborales y, en especial, el ejemplo de Amazon Mechanical Turk. La finalidad del estudio es determinar la calificación jurídica de los prestadores de servicios en el marco de estas plataformas y si la forma de prestación de servicios empleada por estas plataformas tiene encaje en el modelo de descentralización productiva del ordenamiento jurídico español.

2. NUEVAS FORMAS DE TRABAJO EN LA ERA DIGITAL

2.1. *Microtasks, crowdsourcing y contratación on-demand: tres claves del éxito de las plataformas virtuales*

El éxito de las plataformas virtuales encuentra un triple fundamento. En primer lugar, reside en la subdivisión del trabajo en *microtasks*¹³. Esto es, estas empresas de base tecnológica o plataformas virtuales no conceptúan la prestación de servicios como un conjunto, sino que dividen el trabajo en tareas independientes de corta duración.

En segundo lugar, estas plataformas virtuales externalizan la totalidad de la prestación de servicios mediante trabajadores autónomos. Cada una de las *microtasks* es externalizada, en forma de llamamiento, convocatoria u *open call*, a un elevado número de prestadores de servicio; un número suficientemente elevado para garantizar que, en todo momento, exista una oferta suficiente para atender a la demanda. Este fenómeno de externalización productiva, únicamente disponible mediante nuevas tecnologías¹⁴, recibe la denominación de *crowdsourcing*¹⁵. Por consiguiente, estas empresas, más allá de la propia

.....

13 MOLINA, J., «Los retos laborales de la 'on-demand economy': el caso Uber», *Cuatrecasasblog.com*, 28 de octubre de 2015.

14 TODOLÍ SIGNES, A., «El impacto de la 'uber economy' en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», *IUSLabor*, núm. 3, 2015, p. 3.

15 HOWE, J., «The rise of crowdsourcing», *Wired*, 1 de junio de 2006.

plataforma virtual o App, no disponen de trabajadores ni la infraestructura necesaria para la prestación del servicio en cuestión, sino que esta es íntegramente descentralizada a trabajadores autónomos.

En tercer lugar, la App móvil o plataforma virtual permite la contratación de estos trabajadores autónomos en el momento exacto en que se produce la demanda o solicitud del servicio¹⁶. Emplean una forma de contratación denominada *on-demand*¹⁷ -por este motivo, *on-demand economy* ha sido el término empleado para describir a aquellas empresas que emplean esta forma de contratación a demanda-.

Como consecuencia de la combinación de los anteriores factores, estas plataformas virtuales han alcanzado la prestación de servicios de forma absolutamente descentralizada mediante trabajadores formalmente considerados como autónomos, escapando de la relación de trabajo subordinado.

Este modelo productivo presenta ventajas significativas, especialmente desde un punto de vista empresarial: mejora la intermediación entre oferta y demanda de bienes y servicios, reduce los costes de transacción¹⁸, posibilita la explotación de economías de red¹⁹, ofrece mayor flexibilidad empresarial en la gestión del tiempo de trabajo y elimina períodos inactivos o improductivos²⁰.

No obstante lo anterior, también -y como resultado- produce consecuencias negativas desde un punto de vista laboral y social. El *crowdsourcing* y la contratación *on-demand* de prestadores de servicios ha generado, como se ha apuntado, una huida del Derecho del Trabajo. Se ha producido una sustitución de formas estables de empleo²¹ por formas atípicas de trabajo. En tanto que calificados formalmente como trabajadores por cuenta propia, los prestadores de servicios en el marco de estas plataformas virtuales no se encuentran protegidos por la normativa laboral²² en materia de salario mínimo, tiempo

16 DAGNINO, E., «Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la *sharing / on-demand economy*», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 3, 2015, p. 4.

17 «Workers on tap», *The Economist*, 3 de enero de 2015.

18 ROGERS, B., «The Social Costs of Uber», *The University of Chicago Law Review Dialogue*, vol. 82, p. 86-89.

19 DOMÉNECH PASCUAL, G., *La regulación de la economía colaborativa. El caso Uber contra el taxi*, Revista CEFLEGAL, núms. 175-176, 2015, p. 65.

20 Véase BERGVALL-KÅREBORN, B. y HOWCROFT, D., «Amazon Mechanical Turk and the commodification of labor», *New Technology, Work and Employment*, vol. 29, núm. 3, 2014, p. 215 o PRASSL J. y RISAK, M., «Uber, TaskRabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork», *Comparative Labor Law Policy Journal*, vol. 37, n° 3, 2016, p. 7.

21 DAGNINO, E., «Uber law...», *op. cit.*, p. 2.

22 Como es bien sabido, en el ordenamiento jurídico español la existencia de una relación laboral impone la obligación empresarial de respetar las disposiciones legales o convencionales (artículo 3 ET) en materia de igualdad y no discriminación (artículos 14 CE y 4.2.c ET), salarial (artículo 26 ET), jornada máxima (artículo 34 ET), horas extraordinarias (artículo 35 ET), descansos, fiestas y permisos (artículo 37 ET), vacaciones retribuidas (artículo 38 ET), seguridad y salud laboral (artículo 19 ET y Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales), Seguridad Social (artículos 7.1 y 104.1 LGSS), representación de los trabajadores (artículos 61 y siguientes ET y Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical), negociación colectiva (artículo 37 CE, 81 y siguientes ET), etc.

de trabajo, seguridad y salud laboral, no discriminación²³, acción colectiva o protección social²⁴.

Estas nuevas formas de trabajo en la era digital han supuesto la creación de un nuevo mercado con una nueva asignación del riesgo y ventura de la actividad productiva²⁵, que ha supuesto la acumulación del riesgo económico al último eslabón de la cadena productiva²⁶.

2.2. El complejo encaje del trabajo digital en el concepto tradicional de trabajador por cuenta ajena

El artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante) delimita la prestación de servicios por cuenta ajena y, por consiguiente, la aplicación de la normativa laboral. Concretamente, dicho precepto define trabajadores asalariados como aquellos que *«voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario»*. Esta definición, como es bien conocido, establece las cuatro notas de laboralidad: ajenidad, subordinación y dependencia jurídica, voluntariedad y retribución²⁷.

La ajenidad supone la desconexión del trabajador con el riesgo y ventura de la actividad económica. Pudiéndose manifestar en los frutos, riesgos, propiedad de los medios de producción o con el mercado, la ajenidad supone que el trabajador no asume los beneficios ni costes derivados de la actividad económica. La subordinación y dependencia jurídica implica la sujeción del trabajador a las facultades de dirección, organización y control de la empresa; así, el trabajador no determina libremente la forma, momento o características de la prestación de servicios, sino que queda sometido a las órdenes, instrucciones y control del empleador. La voluntariedad exige la prestación de servicios de forma total y absolutamente libre y voluntaria. Y, en último lugar, el requisito de la retribución requiere ánimo de lucro en la prestación de servicios.

La definición de trabajador autónomo o por cuenta propia, por el contrario, supone realizar *«de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajador por cuenta ajena»* (artículo 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA, en adelante)). De esta definición,

.....

23 ROGERS, B., «The Social Costs of Uber», *op. cit.*, p. 95.

24 Para un completo análisis de las consecuencias de la ausencia de tutela laboral para los prestadores de servicios en la *on-demand economy*, véase DAGNINO, E., «Uber law...», *op. cit.*, p. 15-25.

25 ROGERS, B., «The Social Costs of Uber», *op. cit.*, p. 98.

26 DAGNINO, E., «Uber law...», *op. cit.*, p. 12.

27 Véase DEL REY GUANTER, S. y MARTÍNEZ FONS, D., «Artículo 1. Ámbito de aplicación», en DEL REY GUANTER, S. (Director), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 3ª edición, 2013, p. 44-53.

se deriva la concurrencia de cinco condiciones esenciales para apreciar trabajo por cuenta propia: trabajo personal y directo, habitualidad²⁸, por cuenta propia, asumiendo el riesgo y ventura de la actividad económica o profesional, independencia organizativa y ánimo de lucro.

Las dos notas características esenciales que distinguen el trabajo autónomo del trabajo por cuenta ajena son, como se deriva de las anteriores definiciones, la ajenidad y la dependencia jurídica²⁹. El artículo 1.1 LETA exige la prestación de servicios con independencia organizativa y la asunción del riesgo y ventura de la actividad económica. En sentido diametralmente opuesto, el trabajo por cuenta ajena, según definición del artículo 1.1 ET, implica la prestación de servicios dentro del ámbito de dirección y organización del empleador sin asumir los riesgos, costes y beneficios de la actividad empresarial.

Distinguir el trabajo por cuenta ajena del trabajo por cuenta propia es cuestión fundamental, por cuanto es doctrina consolidada de la sala social del Tribunal Supremo entender que *«la naturaleza de los contratos no se determina por la denominación que le otorgan las partes, sino por la realidad de las funciones que en su virtud tengan lugar, por ello, si estas funciones entran dentro de los previsto en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, el contrato tendrá índole laboral cualquiera que sea el nombre que los contratantes le dieran»*³⁰. Esto es, se declara la irrelevancia de la denominación que las partes han dado al contrato. Por consiguiente, el análisis pormenorizado de las circunstancias del caso determinará si de la realidad de la relación jurídica se deriva funciones que encajan en la definición de trabajo por cuenta ajena del artículo 1.1 ET y, por tanto, se declarará la naturaleza laboral de dicha relación jurídica³¹.

Las nuevas tecnologías han flexibilizado la nota de subordinación y dependencia jurídica al permitir múltiples formas de prestación de servicios que, a pesar de ser por cuenta ajena, gozan de cierta flexibilidad y libertad en la organización del tiempo de trabajo o en el lugar de prestación de servicios. En este punto, la jurisprudencia ha entendido que el trabajo subordinado no es incompatible con un espacio de autonomía o libertad -incluso en ocasiones amplio- en el desarrollo de la prestación de servicios³².

.....

28 En relación con el requisito de la habitualidad, véase, por todas STS, 4ª, 29.10.1997 (RJ 1997/7683; MP: Antonio Martín Valverde) y 20.3.2007 (RJ 2007/3185; MP: Luis Gil Suárez).

29 Por todas, véase, STS, 4ª, 7.10.2009 (RJ 2009/5663; MP: Mariano Sampedro Corral) y 29.11.2010 (RJ 2011/1355; MP: Mª Luisa Segoviano Astaburuaga).

30 STS, 4ª, 25.1.2000 (RJ 2000/1312; MP: Leonardo Bris Montes).

31 En este punto, es importante recordar la presunción de laboralidad del artículo 8.1 ET de la prestación de servicios realizada *«por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel»*.

32 *«[E]sta Sala ha declarado la existencia de relación laboral en supuestos de amplia libertad de horario que no desvirtúa la existencia del requisito de dependencia, para la que no es necesaria la concurrencia de una subordinación absoluta, sino únicamente la inclusión en el ámbito organicista y rector»* (STS, 4ª, 29.12.1999 (RJ 1999/1427; MP: Fernando Salinas Molina). Más recientemente, véase, por todas, STS, 4ª, 6.10.2010 (RJ 2010/5017; MP: Manuel Ra-

No obstante lo anterior, las nuevas formas de trabajo en la era digital han introducido un elemento adicional de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo, que complica el encaje de estas formas de prestación de servicios en el concepto tradicional de trabajador por cuenta ajena. Como se analiza a continuación, una de las características de estas nuevas formas de trabajo es, en primer lugar, la absoluta libertad de los prestadores de servicio de determinar, no únicamente el horario, sino el volumen de la prestación de servicios. Asimismo, una segunda característica de la prestación de servicios en el marco de *crowdsourcing sites* es la utilización de medios de producción propios, que, en tanto elemento propio del trabajo autónomo, permite asimismo justificar la exclusión de la relación laboral.

3. CROWDSOURCING SITES: EL CASO DE AMAZON MECHANICAL TURK

3.1. Modalidades de *crowdsourcing sites* y características de la prestación de servicios

Existen dos modalidades de *crowdsourcing sites* o plataformas virtuales que emplean el crowdsourcing. Por un lado las plataformas que ofrecen servicios que deben realizarse presencialmente, tales como el transporte (por ejemplo, Uber o Lift), las tareas del hogar (TaskRabbit), la reparación de aparatos eléctricos (Myfixpert), etc., y, por el otro, las que ofrecen servicios on-line o de forma virtual (destacando el caso de Amazon Mechanical Turk)³³.

El esquema o características de la prestación de servicios mediante *crowdsourcing sites* es, sin embargo, muy similar en las distintas plataformas virtuales y puede resumirse como sigue.

Las *crowdsourcing sites* o plataformas virtuales ofrecen una App o página web como un espacio de interacción entre clientes y prestadores de servicios. Los clientes y prestadores de servicio interesados se registran -generalmente de forma gratuita- en la página web y demandan u ofrecen los servicios ofertados en dicha plataforma. El cliente accede a la App o a la página web y, entre todos los prestadores de servicios disponibles escoge a aquel que

.....

món Alarcón Caracuel) y 19.2.2014 (RJ 2014/2075; MP: Manuel Ramón Alarcón Caracuel). En este mismo sentido, véase MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ- SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 22ª ed., Madrid, Tecnos, 2013, p. 178.

33 PRASSL, J. y RISAK, M., «Uber, TaskRabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork», *Comparative Labor Law Policy Journal*, vol. 37, nº 3, 2016, p. 6.

mejor se ajusta a sus necesidades en términos de ratio de satisfacción, proximidad, duración del servicio, etc.

La plataforma virtual, con el fin de ofrecer una mínima homogeneidad en los servicios ofertados y para guiar a los prestadores de servicios, normalmente dispone de un libro o manual que contiene recomendaciones referentes a la forma de la prestación de servicios. Esto es, incluye sugerencias en cuanto a la forma de desarrollar el servicio, conducta apropiada del prestador del servicio, etc.

Asimismo, las plataformas virtuales suelen disponer de un sistema de valoración de los prestadores de servicios, que actúa como sistema para la obtención de *feedback* por parte de los clientes y proporciona información sobre la calidad de los prestadores de servicios a futuros clientes. Así, generalmente, estas plataformas virtuales ofrecen al cliente la posibilidad de evaluar el servicio recibido mediante el establecimiento de una puntuación de la actuación del prestador del servicio. La información de las puntuaciones recibidas por parte de los prestadores de servicio es pública y disponible para futuros clientes, que pueden utilizarla para determinar la conveniencia de seleccionar a un concreto prestador del servicio.

Los prestadores de servicios en el marco de estas plataformas virtuales formalmente tienen la consideración de trabajadores autónomos. Como se ha apuntado anteriormente, la absoluta libertad del prestador de servicios en la determinación del momento y -esencialmente- del volumen de trabajo, así como el empleo de herramientas y medios de producción propios, justifica la calificación como trabajadores por cuenta propia de estos prestadores de servicios. En este punto, es interesante apuntar que la plataforma virtual expresamente limita su actuación al ofrecimiento del espacio de contacto entre usuarios -la App móvil o página web-, correspondiendo posteriormente a estos la contratación de los servicios en cuestión. Por consiguiente, generalmente se excluye la existencia de una relación laboral entre la plataforma y los prestadores de servicio.

3.2. Amazon Mechanical Turk

Entre las *crowdsourcing sites* o plataformas de *crowdsourcing* virtual -esto es, que ofrecen la realización de servicios íntegramente on-line- destaca el ejemplo de Amazon Mechanical Turk, en el mercado de HITs o tareas on-line.

La empresa Amazon creó en 2005 Mechanical Turk, que ofrece a empresas clientes -denominadas *requesters*- una plataforma virtual para contactar con prestadores de servicios -denominados *turkers*- para la realización de tareas on-line. Estas tareas reciben la denominación de HITs o *Human Intelligent Tasks* y consisten en trabajos que, a pesar de ser muy sencillos, no puede ser realizados por una máquina al requerir cierto nivel de

inteligencia humana³⁴. Ejemplos de estas tareas son el procesamiento de datos, la descripción de imágenes, la verificación de datos, la recopilación de información, la traducción de textos, etc.

Alternativamente a ofrecer este servicio mediante trabajadores contratados directamente, Amazon emplea la forma de trabajo conocida como *crowdsourcing* y distribuye, mediante la plataforma virtual, estas tareas a un elevado número de trabajadores autónomos anónimos; reservándose Amazon la tarea de ofrecimiento y venta del trabajo³⁵. Por consiguiente, Amazon Mechanical Turk pone a disposición de las empresas clientes una plataforma virtual en la que pueden contratar la realización de HITs mediante eslóganes como «*access to a global, on-demand, 24x7 workforce*», «*get thousands of HITs complemented in minutes*» y «*pay only when you're satisfied with the results*»³⁶.

No ha escapado a la doctrina la paradoja entre la tecnología digital empleada y la utilización de personas físicas para la realización de tareas tediosas de procesamiento de datos³⁷. Esta contradicción explica, precisamente, la referencia a «Mechanical Turk» que emplea Amazon. «Turk» fue el nombre que recibió el autómatas mecánico creado por Wolfgang von Kempelen en 1769 que jugaba al ajedrez. Su creador enseñaba a sus adversarios el entramado de mecanismos que permitían el funcionamiento del autómatas, para convencerles que la máquina tomaba decisiones mediante la inteligencia artificial. Ocultaba, sin embargo, el pequeño armario donde se situaba un experto en ajedrez que accionaba el movimiento del autómatas³⁸. En este sentido, en el caso de Amazon Mechanical Turk, la paradoja se encuentra en el ofrecimiento mediante una plataforma tecnológica avanzada de tareas que posteriormente son realizadas por parte de personas físicas «escondidas» detrás de pantallas de ordenadores.

Previo al inicio del trabajo, tanto los prestadores de servicio o *turkers* como las empresas clientes o *requesters* deben aceptar el *Participation Agreement*: un documento elaborado por Amazon que establece las directrices o instrucciones que deben regir en la prestación de servicios³⁹. Según este acuerdo, las partes deben proporcionar la necesaria información personal y fiscal para su registro en la plataforma virtual y posiciona a Amazon como intermediadora fiscal de la prestación de servicios. Asimismo, se establecen las condiciones de pago, que incluyen expresamente una cláusula de satisfacción en virtud de la cual se reserva a la empresa cliente el derecho de no abonar el precio convenido en

.....

34 <https://requester.mturk.com/> (última consulta: 15.12.2015).

35 Véase BERGVALL-KÅREBORN, B. y HOWCROFT, D., «Amazon Mechanical Turk and the commodification of labor», *New Technology, Work and Employment*, vol. 29, núm. 3, 2014, p. 214 y ALOISI, A., «The Rising of On-Demand Work, a Case Study Research on a Set of Online Platforms and Apps», *Academia*, p. 10-15.

36 <https://www.mturk.com/mturk/welcome> (última consulta: 8.4.2016).

37 Véase BERGVALL-KÅREBORN, B. y HOWCROFT, D., «Amazon Mechanical Turk...», *op. cit.*, p. 214.

38 Véase https://en.wikipedia.org/wiki/The_Turk.

39 <https://www.mturk.com/mturk/conditionsofuse> (última consulta: 8.4.2016).

caso de no quedar satisfecho con la tarea realizada. Esto es, según establece expresamente este documento, la empresa cliente tiene la capacidad de no abonar el precio en caso de no quedar satisfecha con el resultado de la tarea. Finalmente, es interesante apuntar que en dicho *Participation Agreement* Amazon se reserva el derecho de desconectar a cualquier parte -tanto empresas clientes como prestadores de servicio- por incumplimiento del acuerdo de participación y excluye toda responsabilidad legal derivada de la prestación de servicios.

Las empresas clientes o *requesters* acceden a la plataforma virtual y ofertan las tareas a realizar y el precio del servicio. Las tareas ofertadas son, generalmente, *microtasks* o tareas aisladas cuya duración se encuentra entre uno y sesenta minutos. A fin de ayudar las empresas a la división del trabajo en *microtasks* y su posterior oferta mediante la plataforma, Amazon ofrece el *Mechanical Turk Partner Program* que proporciona a los *requesters* un listado de empresas aprobadas por Amazon para prometer apoyo y asesoramiento en la organización del trabajo a fin de adecuarse a la dinámica de la plataforma.

Los prestadores de servicio, a su vez, acceden a la plataforma y seleccionan aquellos HITs que resulten de su interés teniendo en cuenta, esencialmente, las características de la tarea, la duración de la misma y el precio ofrecido. Los *turkers*, sin embargo, no pueden basar su decisión en la identidad de la empresa cliente, por cuanto Amazon garantiza el anonimato de los *requesters*, generando sí, según ha apuntado un sector de la doctrina especialista norteamericana, problemas éticos al no poder los trabajadores determinar el contenido social o moral de su trabajo⁴⁰. Estas, por el contrario, sí pueden acceder a información sobre la trayectoria profesional -en el marco de la plataforma Amazon Mechanical Turk, evidentemente- de los prestadores del servicio.

A modo de ejemplo, una empresa cliente o *requester* que requiera la traducción de un texto, puede acceder a la plataforma virtual de Amazon Mechanical Turk y ofertar -generalmente de forma fragmentada en frases aisladas- la traducción del mismo. Los prestadores de servicios o *turkers* aceptan el HIT o tarea en función de sus intereses. Una vez finalizada la tarea, el *turker* en cuestión manda el trabajo completado mediante la propia plataforma virtual para su recepción por parte de la empresa cliente.

Como se ha apuntado anteriormente, Amazon Mechanical Turk establece que su actividad se limita a poner a disposición de empresas clientes y prestadores de servicios la plataforma virtual para la oferta y demanda de HITs o tareas on-line, considerándose formalmente los prestadores de servicios trabajadores autónomos y excluyéndose toda responsabilidad legal de Amazon derivada de la prestación de servicios.

.....

40 Véase BERGVALL-KÅREBORN, B. y HOWCROFT, D., «Amazon Mechanical Turk...», *op. cit.*, p. 218.

Sin perjuicio de lo anterior, Amazon sí incide directamente en la interacción entre *requesters* y *turkers*. En este sentido, a fin de ofrecer un mejor servicio a las empresas clientes, Amazon Mechanical Turk clasifica las tareas disponibles en categorías temáticas⁴¹. Más allá de esta clasificación, Amazon distribuye las tareas entre los *turkers* en atención a su puntuación personal, restringiendo o limitando el acceso a tareas por parte de los prestadores de servicio en atención a sus evaluaciones pasadas. Así, Amazon Mechanical Turk no se configura como una plataforma virtual en la que los *turkers* pueden acceder a todos los HITs existentes y escoger aquellos que resultan de su interés en función de la naturaleza de la tarea, la duración de la misma o del precio. Por el contrario, al acceder a la plataforma los *turkers* únicamente pueden escoger entre aquellas tareas que hayan sido clasificadas por parte de Amazon como adecuadas en atención a su evaluación obtenida en pasadas tareas.

Por tanto, a pesar de reconocer cierta libertad a los prestadores de servicio en la selección de las tareas concretas a realizar, Amazon Mechanical Turk clasifica los HITs -además de por categorías temáticas- en función de su valor o importancia y los distribuye entre los *turkers* inscritos, reservando aquellas tareas de más valor a los *turkers* con mejores puntuaciones. De esta forma, Amazon puede ofrecer, basándose en dicha puntuación personal de los «*turkers*», a las empresas clientes diferentes opciones de calidad del trabajo para ajustarse a las exigencias de la tarea en cuestión.

Asimismo, Amazon Mechanical Turk también incide en la prestación de servicios y en la relación entre empresas clientes y prestadores de servicio mediante la determinación del sistema de formalización del pago y las condiciones del mismo. En este sentido, recuérdese que en el *Participation Agreement* que deben suscribir prestadores de servicio y empresas clientes antes de acceder a la plataforma virtual se establece una cláusula de satisfacción que permite a estas últimas no abonar la cuantía previamente establecida en caso de no quedar satisfechas con el resultado de la tarea.

Es también interesante destacar que Amazon Mechanical Turk exige que todas las interacciones entre empresas clientes y prestadores de servicio se produzcan en el marco de la plataforma virtual, impidiendo el posterior contacto entre *requesters* y *turkers* fuera de la misma.

Finalmente, recuérdese que Amazon -también expresamente recogido en el *Participation Agreement*- se reserva el derecho de desconectar de la plataforma tanto a *requesters* como *turkers* por incumplimiento del acuerdo de participación, constituyendo este un nuevo ejemplo de incidencia por parte de Amazon Mechanical Turk en la relación entre empresas clientes y prestadores de servicio.

.....

41 «By designing the platform in such a way, the boundaries of the network of relationships are constrained by the interface specification, which tightly prescribes the *modus operandi*» (BERGVALL-KÅREBORN, B. y HOWCROFT, D., «Amazon Mechanical Turk...», *op. cit.*, p. 218).

3.3. Empresas tecnológicas v. prestadoras de servicios

La primera cuestión que debe resolverse, como punto previo al análisis de la relación jurídica existente entre los prestadores de servicios y la plataforma virtual, es si esta es una mera empresa tecnológica o, por el contrario, es una empresa prestadora de servicios.

Las propias plataformas virtuales alegan que son meras empresas tecnológicas que limitan su actividad económica al desarrollo de la App o página web para posibilitar el libre contacto entre clientes y prestadores de servicio. Así, entienden que su actividad se limita a la provisión de una App o plataforma que permite el contacto entre oferta y demanda, no incidiendo en la provisión del servicio de forma directa. En este sentido, Amazon Mechanical Turk en el *Participation Agreement* excluye toda responsabilidad de Amazon derivada de la prestación de servicios, por no existir una relación contractual con los prestadores de servicio⁴².

No obstante lo anterior, los pronunciamientos judiciales norteamericanos existentes hasta la actualidad en esta materia y que se analizan a continuación, entienden que las plataformas virtuales que emplean esta forma de prestación de servicios no pueden considerarse empresas tecnológicas o meras bases de datos que conectan oferta y demanda. Por el contrario, según estas decisiones, estas plataformas intervienen de forma clara y directa en la prestación de servicios; intervienen en el mercado o sector en el que se inserta su actividad económica y, por tanto, puede afirmarse que estas empresas prestan un servicio específico⁴³.

En el asunto *Barbara Ann Berwick v. Uber Technologies, Inc.* la *California Labor Commission* en su decisión de 3 de junio de 2015 establece que «[d]efendants hold themselves put as nothing more than a neutral technological platform, designed simply to enable drivers and passengers to transact the business of transportation. The reality, however, is that Defendants [Uber] are involved in every aspect of the operation». En sentido similar, en el asunto *O'Connor et al. v. Uber Technologies, Inc.*⁴⁴, el *United States District Court (Northern District of California)* concluyó que Uber no puede ser considerada una empresa tecnológica, por cuanto, de serlo, se abstendrían de intervenir en la prestación de servicios⁴⁵. Uber «is deeply involved in marketing its transportation services, qualifying and selecting drives, re-

.....

42 En este mismo sentido, en el caso paradigmático de la *on-demand economy*, *Uber Terms and Conditions* también establece expresamente que Uber no es una empresa que provea servicios de transporte y, por consiguiente, excluye toda responsabilidad derivada de los servicios prestados por sus conductores (www.uber.com/legal/usa/terms; última consulta: 15.12.2015).

43 TODOLÍ SIGNES, A., «El impacto de la 'uber economy' en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», *IUSLabor*, núm. 3, 2015, p. 4.

44 No C-13-3826 EMC, 11 de marzo 2015.

45 El análisis de la naturaleza de Uber -empresa tecnológica o prestadora de servicios en el sector del transporte es esencial en la jurisprudencia norteamericana por cuanto existe una presunción de laboralidad cuando una parte presta servicios por otra (*O'Connor et al. v. Uber Technologies, Inc.*, No C-13-3826 EMC, (2015) (p. 6)).

gulating and monitoring their performance, disciplining (or terminating) those who fail to meet standards, and setting prices».

La conclusión alcanzada en estos dos pronunciamientos judiciales se refiere al caso de Uber, empresa de la *on-demand economy* que ha protagonizado la mayoría -hasta el momento- de conflictos judiciales en sede laboral.

Sin embargo, la exclusión de la naturaleza de meras empresas tecnológicas puede afirmarse de todas aquellas plataformas virtuales que, más allá de limitarse a ofrecer una App o página web para facilitar el libre contacto entre oferta y demanda de bienes y servicios, intervengan en la prestación de servicios. La conclusión derivada de las dos decisiones judiciales citadas es aplicable a todas aquellas empresas que utilizan la misma forma de prestación de servicios que Uber; esto es, la prestación de servicios basada en la división del trabajo en *microtasks*, el *crowdsourcing* y la contratación *on-demand* analizada anteriormente.

Por tanto, pierden la consideración de meras empresas tecnológicas aquellas plataformas virtuales que intervienen de forma activa y directa en la prestación del servicio que ofrecen, mediante el establecimiento de recomendaciones o instrucciones de la prestación del servicio, la fijación del sistema de retribución de los prestadores de servicio o las condiciones de pago, la designación de servicios entre los prestadores de servicios, el diseño de un sistemas de evaluación o *feedback* de los clientes y la utilización de las puntuaciones obtenidas para controlar la actividad de los prestadores de servicios y para adoptar decisiones de empresariales, la reserva de la capacidad de desconectar a los prestadores de servicio que no se ajusten a las instrucciones fijadas por la propia plataforma, la adopción de decisiones estratégicas y de *marketing* referentes a la plataforma virtual, etc.

El análisis del funcionamiento de Amazon Mechanical Turk realizado en las páginas anteriores, permite concluir que tampoco -como el caso de Uber- puede considerarse una empresa tecnológica, como consecuencia de su incidencia activa y directa en la relación entre empresas clientes y prestadores de servicio. Amazon Mechanical Turk no se limita únicamente a poner a disposición de *requesters* y *turkers* la plataforma virtual para su libre contacto, sino que incide en la prestación de servicios de HITs o tareas on-line.

3.4. La errónea calificación jurídica del trabajo en el marco de plataformas virtuales como trabajo por cuenta propia

La segunda cuestión a analizar respecto de las *crowdsourcing sites* o plataformas de *crowdsourcing* es la calificación jurídica que debe atribuirse a la relación existente entre la propia plataforma y los prestadores de servicio. En este debate, la consideración de estas plataformas virtuales como prestadoras de servicio y no meras empresas tecnológicas, tiene una

relevancia especial, por cuanto su intervención activa y directa en la prestación de servicios es un factor esencial también para determinar la naturaleza jurídica de la relación que mantienen con los prestadores de servicio.

Como se ha analizado anteriormente, los prestadores de servicios en el marco de plataformas virtuales tienen formalmente la consideración de trabajadores autónomos, al utilizar herramientas e infraestructura propia y determinar libremente el momento y volumen de la prestación de servicios.

Sin embargo, también en referencia al caso paradigmático de Uber, la decisión del *United States District Court (Northern District of California)* de 11 de marzo de 2015 en el asunto *O'Connor et al. v. Uber Technologies, Inc.* y la decisión de la *California Labor Commission* 3 de junio de 2015 en el asunto *Barbara Ann Berwick v. Uber Technologies, Inc.* declaran la naturaleza laboral de la relación entre Uber y sus conductores⁴⁶.

Según estas decisiones jurisprudenciales, a pesar de existir en la relación entre Uber y sus conductores características propias del trabajo autónomo, debe declararse la existencia de una relación laboral por carecer los conductores de una auténtica organización empresarial propia y autónoma y encontrarse sujetos a la dirección, instrucciones y control de Uber.

Concretamente, el proceso de selección para acceder a la aplicación UberPOP, la fijación del precio del transporte por parte de Uber, así como el porcentaje a abonar por los conductores en concepto de acceso a la aplicación, las instrucciones dadas por Uber en forma de recomendaciones sobre cómo tratar a los clientes, el sistema de evaluación de los conductores y el uso del mismo para desconectar a los conductores con ratios de satisfacción bajas son indicios claros de relación laboral, son indicios claros de la existencia de subordinación de los conductores de Uber a las órdenes e instrucciones de la empresa. Sin que la propiedad del vehículo, asunción de gastos y libertad en la determinación de la jornada sean factores suficientes para contrarrestar la existencia de subordinación en la prestación de servicios⁴⁷.

En el caso de Amazon Mechanical Turk, existen también factores suficientes que permiten declarar, desde mi punto de vista, la naturaleza laboral de la relación entre Amazon y los *turkers*. Así, si bien es cierto que los *turkers* prestan los servicios empleando material propio y tienen libertad en la determinación del volumen de tareas asumido y del momento de realización de las mismas, existen indicios claros de trabajo subordinado.

.....

46 Véase, asimismo, la decisión de la *Bureau of Labor and Industries of the State of Oregon* de 14 de octubre de 2015, la decisión de 1 de junio de 2015 de la *California Unemployment Insurance Appeals Board* (Case No. 5371509 - Reopened) y el informe de la *Inspecció de Treball de Catalunya* de 9 de marzo de 2015 (núm. expediente 8/0025767/14).

47 Para un análisis detallado de la calificación de la relación jurídica entre Uber y sus conductores, véase GINÈS I FABRELLAS, A. y GÁLVEZ DURAN, S., «*Sharing economy v. uber economy* y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital», *InDret*, núm. 1, 2016, p. 1-44.

La determinación por parte de Amazon Mechanical Turk de los términos de la participación en la plataforma virtual mediante el *Participation Agreement*, la fijación de las condiciones de pago -introduciendo, recuérdese, una cláusula de satisfacción en virtud de la cual el cliente se reserva el derecho de no abonar la cuantía convenida en caso de no quedar satisfecho con el trabajo-, la prohibición de interacción entre *turkers* y *requesters* fuera la plataforma virtual, el control de los *turkers* mediante un sistema de evaluación por parte de los clientes o el derecho a desconectar aquellos prestadores de servicio que no cumplan con los términos del acuerdo, son claras manifestaciones de trabajo por cuenta ajena y subordinado, al no tener los prestadores de servicio libertad para determinar las condiciones de la prestación de servicios.

Sin embargo, desde mi punto de vista, el elemento más importante de trabajo subordinado en el caso de Amazon Mechanical Turk es la distribución de HITs o tareas entre los *turkers* en atención a su puntuación personal derivada de pasadas actuaciones. La clasificación de los distintos HITs y la asignación de los mismos a los *turkers* según criterios determinados por Amazon reflejan claramente un poder de dirección y organización de Amazon Mechanical Turk en la prestación de servicios. El establecimiento de un sistema de puntuación de los *turkers* que, más allá de proporcionar información al cliente para seleccionar con quien contratar, es utilizado por Amazon para filtrar los HITs a los que tienen derecho a acceder los *turkers* es una clara manifestación de trabajo subordinado.

Por consiguiente, aunque los *turkers* ciertamente tienen libertad en la determinación del volumen de su trabajo, emplean medios de producción propios y reciben una retribución estrictamente proporcional al trabajo, no disponen de una auténtica organización empresarial propia y autónoma sino que, por el contrario, se encuentran sujetos a la dirección, organización y control de Amazon Mechanical Turk. La concurrencia de las notas propias de la relación laboral permite afirmar, por consiguiente, la existencia de una relación laboral entre Amazon Mechanical Turk y los *turkers*.

4. CONCLUSIONES: CROWDSOURCING COMO MODALIDAD LEGALMENTE NO FACTIBLE DE ORGANIZACIÓN DE LA PRODUCCIÓN

El análisis realizado en las páginas anteriores las *crowdsourcing sites* o plataformas de *crowdemployment* virtual permite alcanzar tres conclusiones esenciales.

En primer lugar, las plataformas virtuales que, más allá de limitarse a ofrecer una App o página web para facilitar el libre contacto entre oferta y demanda de bienes y servicios, intervengan en la prestación de servicios no pueden ser consideradas meras empresas tecnológicas sino prestadoras de un servicio.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la prestación de servicios en el marco de las plataformas virtuales, también en el caso analizado de Amazon Mechanical Turk, es una prestación de servicios por cuenta ajena. Sin perjuicio de la calificación formal de los prestadores de servicio o *turkers* como trabajadores autónomos, la intervención de las plataformas virtuales en la prestación de servicio conduce a concluir su carácter de relación laboral. Así, elementos como la cláusula de satisfacción, la designación o filtración de los HITs a los que tienen acceso los *turkers* en atención a su puntuación personal y la capacidad de desconexión de los *turkers* de la plataforma virtual, evidencian una subordinación de los *turkers* a la dirección, organización y control de Amazon Mechanical Turk.

En tercer lugar, desde mi punto de vista, debe concluirse que el *crowdsourcing*, a pesar de ser una modalidad legal de organización de la producción -amparada en los artículos 38 CE y 42 ET-, no es, como se argumenta a continuación, legalmente factible.

La utilización del *crowdsourcing* como forma de organización de la provisión de servicios en una empresa genera un claro riesgo de fraude en la contratación de trabajadores autónomos. Es decir, tanto para la realización de una actividad principal como accesorio, el *crowdsourcing* resulta, en la práctica, incompatible con verdadera forma de trabajo por cuenta propia. Para garantizar una mínima homogeneidad y calidad del servicio la plataforma requiere una elevada intervención en la prestación de servicios, mediante la fijación de la forma y modalidad de pago, términos de la relación, establecimiento de instrucciones, etc. El nivel de detalle y concreción en la intervención del servicio por parte de la plataforma virtual necesario para garantizar dicha homogeneidad y calidad entre un número tan elevado de prestadores de servicio resulta en una evidencia de trabajo por cuenta ajena y subordinado.

Como se deriva del caso de Amazon Mechanical Turk analizado, la intervención de la plataforma virtual en los términos y condiciones de la prestación de servicios -necesaria para garantizar una mínima uniformidad del servicio- es el elemento determinante para descartar la ausencia de una organización empresarial propia por parte de los *turkers* y declarar su inclusión en el ámbito de dirección, organización y control de la plataforma.

Tampoco cuando la plataforma virtual renuncia a la intervención en la prestación de servicios podemos hablar, técnicamente, de *crowdsourcing*. En estos supuestos, si bien estamos ante una verdadera empresa tecnológica que limita su actividad a facilitar el contacto entre oferta y demanda, en tanto no ofrece un servicio, no puede haber descentralización productiva en sentido estricto.

A modo de conclusión, el análisis realizado en el presente artículo permite concluir que la nueva forma de descentralización productiva surgida en el nuevo entorno digital basada en el *crowdsourcing* y la contratación *on-demand* no encuentra encaje en el modelo de descentralización productiva del ordenamiento jurídico español, por cuanto conlleva, en la práctica, a situaciones de fraude en la contratación de trabajadores autónomos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALOISI, A., «The Rising of On-Demand Work, a Case Study Research on a Set of Online Platforms and Apps», *Academia*, p. 1-38.
- BERGVALL-KÅREBORN, B. y HOWCROFT, D., «Amazon Mechanical Turk and the commodification of labor», *New Technology, Work and Employment*, vol. 29, núm. 3, 2014, p. 213-223.
- BOTSMAN, R., «Defining The Sharing Economy: What Is Collaborative Consumption - And What Isn't?», *Fastcoexist.com*, 27 de mayo de 2015.
- CLAMPET, J., «Airbnb's New \$1 Billion Funding Would Value It At \$20 Billion», *Skift*, 28 de febrero de 2015.
- DAGNINO, E., «Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la *sharing / on-demand economy*», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 3, 2015, p. 1-31.
- DE STEFANO, V., «The rise of the 'just-in-time workforce': On-demand work, crowdwork and labour protection in the 'gig-economy'», *Conditions of Work and Employment Series*, ILO, núm. 71, 2016, p. 1-43.
- DEL REY GUANTER, S. y MARTÍNEZ FONS, D., «Artículo 1. Ámbito de aplicación», en DEL REY GUANTER, S. (Director), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 3ª edición, 2013, p. 44-86.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., *La regulación de la economía colaborativa. El caso Uber contra el taxi*, *Revista CEFLEGAL*, núm. 175-176, 2015, p. 61-104.
- GINÈS I FABRELLAS, A. y GÁLVEZ DURAN, S., «*Sharing economy* v. *uber economy* y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital», *InDret*, núm. 1, 2016, p. 1-44.
- HERN, A., «Why the term 'sharing economy' needs to die», *The Guardian*, 5 de octubre de 2015.

- HILL, S., «The Future of Work in the Uber Economy. Creating a Safety Net in a Multi-Employer World», *Boston Review*, 22 de julio de 2015.
- HOWE, J., «The rise of crowdsourcing», *Wired*, 1 de junio de 2006.
- KESSLER, S., «The sharing economy is dead, and we killed it», *Fast Company*, 14 de septiembre de 2015.
- MARTIN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ- SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 22^a ed., Madrid, Tecnos, 2013.
- MOLINA, J., «Los retos laborales de la ‘on-demand economy’: el caso Uber», *Cuatrecasasblog.com*, 28 de octubre de 2015.
- PRASSL, J. y RISAK, M., «Uber, TaskRabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork», *Comparative Labor Law Policy Journal*, vol. 37, nº 3, 2016, p. 1-30.
- ROGERS, B., «The Social Costs of Uber», *The University of Chicago Law Review Dialogue*, vol. 82, p. 85-102.
- TODOLÍ SIGNES, A., «El impacto de la ‘uber economy’ en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», *IUSLabor*, núm. 3, 2015, p. 1-25.

ANNA GINÈS I FABRELLAS

Profesora adjunta Derecho del Trabajo

ESADE - Universitat Ramon Llull

anna.gines@esade.edu

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR FRENTE A LOS NUEVOS INSTRUMENTOS DE CONTROL EMPRESARIAL¹

ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ

Profesora contratada interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Santiago de Compostela

Fecha de recepción: 07/10/2016

Fecha de aceptación: 10/10/2016

SUMARIO: 1. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA VIDA PRIVADA DEL TRABAJADOR: DIMENSIÓN LABORAL Y DIMENSIÓN EXTRALABORAL. 2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR FRENTE AL EJERCICIO DEL PODER DE VIGILANCIA Y CONTROL POR PARTE DEL EMPRESARIO A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN. 2.1. El derecho a la intimidad y a la propia imagen del trabajador; 2.2. El derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador. 3. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La sumisión del trabajador al poder de vigilancia y control del empresario no ha de suponer una abdicación absoluta de sus derechos fundamentales, en decir del sumo intérprete de la Constitución. No obstante, la aplicación de nuevas tecnologías que permiten la grabación y el registro de la actividad del trabajador han hecho a este más vulnerable frente a una eventual intromisión ilegítima del empresario en su esfera privada. Ante la ausencia de una normativa específica que regule el control tecnológico de la prestación de

.....

¹ Este trabajo forma parte de las actividades programadas para el tercer año de vigencia del Proyecto de investigación del MINECO, titulado «Análisis jurídico del teletrabajo en España y en el Derecho comparado» (DER2013-43615-R), cuya investigadora principal es la Prof.^a Lourdes Mella.

trabajo, procede abordar la interpretación que el Tribunal Constitucional ha deparado al contenido esencial del derecho a la propia imagen, a la intimidad, o al secreto de las comunicaciones del trabajador.

ABSTRACT: Subjecting the employee to the supervision and control of the employer must not suppose an absolute abdication of their fundamental rights, as stated by the higher interpreter of the Constitution. However, the use of new technologies that allows the employer to record employee's activity has made him more vulnerable to an illegal intrusion into his own privacy. Given the lack of specific legislation governing the technological control of the employee, we must to address the Constitutional Court interpretation of the essential meaning of the right to self-image, the right to privacy and the right to secrecy of the employee's communications.

PALABRAS CLAVE: Poder de control empresarial, nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, vida privada del trabajador, derecho a la intimidad, derecho al secreto de las comunicaciones.

KEYWORDS: Supervision and control power of the employer, new information and communication technologies, employee's privacy, right to privacy, right to secrecy of the employee's communications.

I. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA VIDA PRIVADA DEL TRABAJADOR: DIMENSIÓN LABORAL Y DIMENSIÓN EXTRA-LABORAL

La regulación del tiempo de trabajo permite llevar a cabo una separación teórica entre la vida laboral y la vida extralaboral del trabajador. La primera comprendería las horas, días, semanas o años de vida dedicados al cumplimiento de la prestación de trabajo comprometida. A la segunda se atribuiría, por defecto, el resto del tiempo libre del que dispone el trabajador, tiempo que podrá dedicar al descanso, al cuidado de la familia, al desarrollo de actividades formativas o, en definitiva, a hacer aquello que estime oportuno. Durante esta «vida extralaboral» al trabajador le asiste el derecho a preservar su intimidad frente a toda injerencia empresarial. No cabe afirmar lo mismo con respecto a la vida laboral del trabajador, habida cuenta de las limitaciones que se derivan del ejercicio del poder de vigilancia y control por parte del empresario. Adviértase, no obstante, que la obligación de prestar servicios durante el tiempo de trabajo no ha de comportar en modo alguno un sacrificio absoluto de su derecho a la intimidad; de lo contrario, el correcto cumplimiento de la prestación de servicios haría del trabajador una mera máquina o semoviente puesto a disposición de las necesidades del empresario. Ha de admitirse que durante su vida laboral el trabajador también puede ejercer una serie de derechos vinculados al desarrollo de su vida personal. A ello se refería el Tribunal Constitucional -en adelante, TC- en su célebre sentencia 88/1985, de 19 de julio de 1985², cuando, cargando contra lo que hubo de calificar como «manifestaciones de feudalismo industrial», descartó que las organizaciones empresariales formasen «mundos separados y estancos del resto de la sociedad», de manera tal que la libertad de empresa pudiera legitimar el despojo transitorio o la limitación injustificada de los derechos fundamentales y libertades públicas de quienes prestaran servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares.

Lo expuesto recomienda partir de la siguiente premisa: la vida personal del trabajador transcurre durante el disfrute de su vida extralaboral, pero también constante el desarrollo de su vida laboral, de manera tal que existirá una esfera de privacidad a salvaguardar incluso durante el tiempo dedicado a la prestación de servicios. La amplia extensión de

.....
2 Rec. núm. 788/1984, f. j. 2º.

la vida privada del trabajador permite afirmar que los derechos fundamentales llamados a protegerla gozan de un ámbito de aplicación igual de extenso, pudiendo distinguirse su dimensión extralaboral y su dimensión laboral.

Diversos son los derechos fundamentales implicados en la protección de esa esfera personal. Este trabajo se centrará en el estudio de aquellos que el texto constitucional ha reconocido como fundamentales y, dentro de estos, se hará hincapié en los denominados «derechos fundamentales inespecíficos»³, cuya titularidad corresponde a todo ciudadano, y, por ende, a todo trabajador⁴. Su respeto requiere, por lo general, un deber de abstención por parte del empresario, quien no ha de vulnerar el ámbito de protección que los mismos tejen en torno a la figura del trabajador. De entre todos ellos, el derecho a la intimidad personal y familiar⁵ constituye la barrera fundamental a través de la cual el trabajador puede defender su vida privada de toda injerencia proveniente del empresario. Conviene, a tal efecto, evocar el tenor literal de la STC 134/1999, de 15 julio⁶, donde se configuró el contenido esencial del derecho a la intimidad personal y familiar como el derecho «a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia», con el fin de «garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares», lo que está ligado al respeto de su dignidad⁷. En el mismo sentido, la STC 186/2000, de 10 de julio⁸, alude al derecho al mismo como «núcleo central de la personalidad», lo que ha de conllevar una «facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos».

Pues bien, este derecho a la intimidad personal y familiar del trabajador, que persiste pese a su incorporación al ámbito de organización y dirección del empresario, se ha visto amenazado por el creciente recurso a las nuevas tecnologías en la empresa, debido al carácter invasivo de los medios tecnológicos utilizados por el empresario para llevar a cabo la vigilancia y control de la actividad del trabajador⁹. Las inmensas posibilidades que ofrecen las nuevas

3 Véase PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CES, Madrid, 1991, pp. 31 y ss.

4 En decir de GOÑI SEIN («Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?», en VV. AA. *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Cinca. Madrid, 2014, pp. 21 y 21), tales derechos se convierten «en verdaderos derechos laborales cuando se hacen valer en el marco de la relación laboral».

5 Categorizando la intimidad familiar como una dimensión adicional a la intimidad personal: STC 60/2010, de 7 octubre (cuestión de inconst. núm. 8821-2005), f. j. 8º.

6 Rec. núm. 209-1996, f. j. 5º.

7 Añade que «lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio» (cit.).

8 Rec. núm. 2662-1997.

9 Sobre este extremo, la doctrina alude a la «capacidad intrusiva y fiscalizadora» de las nuevas tecnologías de la

tecnologías superan con mucho las que ofrecían de los tradicionales métodos de supervisión basados en la observación directa por parte del empresario o de la persona en la cual aquel delegara esta facultad. A la potencial injerencia de los nuevos instrumentos de control hay que añadir los riesgos derivados de la obtención, conservación y utilización de los datos recabados a través de estos cauces, que ponen en peligro la vigencia de otros derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, como la libertad ideológica, religiosa o de conciencia¹⁰. Resulta oportuno evocar el tenor literal de la STC 292/2000, de 30 de noviembre¹¹, cuando advierte que los datos recopilados bien pueden «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».

La implementación de estos nuevos instrumentos, fruto de los avances tecnológicos propios de la denominada «era digital», plantea la necesidad de trazar claramente los límites oponibles al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa, delimitación que ha llevado a cabo la más reciente jurisprudencia del TC dictada en amparo. Visto desde una perspectiva meramente contractual, este proceso de demarcación del contenido de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador comporta una redefinición del contenido de la prestación de trabajo. La hipótesis que se pretende confirmar estriba en la vis expansiva que han cobrado las facultades empresariales amparada en la vigente jurisprudencia constitucional, proceso que confluirá indefectiblemente en una merma del acervo jurídico llamado a proteger la «vida personal» del trabajador en la empresa.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR FRENTE AL EJERCICIO DEL PODER DE VIGILANCIA Y CONTROL POR PARTE DEL EMPRESARIO A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN

El Estatuto de los Trabajadores -en adelante, ET- regula las facultades de vigilancia y control que ostenta el empresario en su art. 20.3 donde, con suma parquedad, se limita a reconocerle el derecho a adoptar las medidas que estime oportunas a fin de ve-

información y de la comunicación (véase PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., y THIBAUT ARANDA, J., «El uso laboral del ordenador y la buena fe (a propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006)», *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2008, consultado en la base de datos de La Ley, documento 15496/2008, p. 2.

10 Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «Intimidación del trabajador y contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2004, pág. 93.

11 Rec. núm. 1463-2000, f. j. 6º.

rificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales por parte del trabajador. Como única cautela a respetar, el ET impone guardar en la adopción de dichas medidas «la consideración debida» a la dignidad del trabajador, así como tener presente «la capacidad real de los trabajadores con discapacidad». Esta disposición constituye el fundamento legal que a día de hoy ampara la utilización por parte del empresario de medios tecnológicos que le permiten llevar a cabo una fiscalización extrema de la prestación de servicios, pudiendo captar y registrar la imagen del trabajador, su voz y sus movimientos.

Ante la irremediable repercusión que esta revolución tecnológica ha tenido en las relaciones de trabajo, no cabe sino lamentar que el legislador haya desaprovechando la oportunidad brindada por la reciente refundición del ET para incorporar alguna referencia al uso de las nuevas tecnologías en el ámbito de la empresa. Reflejo de esta tendencia conservadora es el art. 18 ET, que todavía hace referencia a los registros sobre la persona del trabajador, sobre «sus taquillas y efectos particulares». En unos tiempos en los cuales prolifera el trabajo a distancia, en sus diversas modalidades, difuminándose la noción tradicional y física de «centro de trabajo», sorprende que este artículo haya sobrevivido a la refundición del ET sin haber incorporado modificación alguna tendente a velar por la inviolabilidad del trabajador frente a otros medios más sofisticados de supervisar al trabajador.

Como no podía ser de otro modo, este marco jurídico ha dado pábulo a la proliferación de controversias sobre la materia. No cabe duda alguna acerca de la utilidad que las nuevas tecnologías reportan al empresario, habida cuenta de la sutileza de su actuación y de su potencial a la hora de recabar datos susceptibles de acreditar el incumplimiento de la prestación del trabajador. Todo ello explica que las mismas hayan sido consideradas por el empresario como medidas «oportunas» a efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes del trabajador, a tenor de lo dispuesto en el art. 20.3 ET. Sin embargo, su potencial invasivo, su cariz solapado y su aptitud para recabar y conservar datos de carácter personal justifica también el razonable recelo que ha suscitado su utilización por parte del trabajador.

Ante la insuficiencia de la regulación estatutaria, el TC ha asumido la labor de redefinir, si bien de modo indirecto, el alcance del poder de vigilancia y control del empresario mediante una interpretación restrictiva del contenido esencial los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador. Para ilustrar lo afirmado, a renglón seguido se expondrá la evolución sufrida por la jurisprudencia constitucional relativa a los derechos del trabajador a la propia imagen, a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

2.1. El derecho a la intimidad y a la propia imagen del trabajador

Como se había avanzado, diversos son los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador cuyo respeto está amenazado por el ejercicio irregular de las facultades de control

empresarial a través de las nuevas tecnologías. Entre ellos, la salvaguardia del derecho a la propia imagen del trabajador ha sido uno de los primeros argumentos esgrimidos ante los tribunales, habida cuenta de la aceptación adquirida por ciertos medios de control consistentes en la captación o grabación de la imagen del trabajador. Décadas atrás, el TC tuvo ocasión de sostener que la naturaleza de las tareas contratadas podría llegar a justificar un distinto nivel de protección del trabajador frente a la imposición empresarial de una restricción al derecho fundamental a la propia imagen. De acuerdo con esta afirmación, es dable diferenciar tres escenarios. En el primero se ubica la contratación de una prestación de servicios cuya naturaleza lleve aparejada una inevitable restricción del derecho a la propia imagen del trabajador. El segundo, se refiere a la contratación de una prestación de servicios cuyo control recomiende la utilización de medios que pueden menoscabar el derecho a la propia imagen del trabajador. Y, finalmente, en el tercero se sitúa la captación de imágenes del trabajador que nada tienen que ver con la prestación de servicios contratada.

En el primer escenario el cumplimiento de la prestación del trabajador implica, por su propia esencia, una exposición de su imagen. En este supuesto, el consentimiento del trabajador resulta relevante, y se considera emitido en el momento en el cual accede a celebrar un contrato de trabajo cuyas funciones entrañan la exhibición de su imagen. Tal sucede en profesiones vinculadas al periodismo o la publicidad, en las cuales no se discute que la imagen del trabajador forma parte integrante de la prestación debida al empresario.

Diverso sería el supuesto en el cual el trabajador no tuviera asignada, explícita o implícitamente, función alguna que conlleve la exposición de su imagen. En este segundo escenario, la captación de la imagen del trabajador no integra la prestación debida al empresario, toda vez que «el vínculo contractual originario no puede considerarse, por sí solo y sin otra consideración adicional, cobertura suficiente» que justifique una orden del empresario que comprometa el derecho a la propia imagen del trabajador¹². El TC ha descartado que el vínculo contractual baste para restringir el derecho del trabajador a preservar su propia imagen, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento. Existe, no obstante, una causa que justifica la toma de imágenes de un trabajador cuyas funciones no entrañan una exposición a las cámaras: la necesidad de controlar el correcto cumplimiento de su prestación de trabajo.

En su sentencia 29/2013, de 11 de febrero¹³, el TC consideró que la videovigilancia de la actividad del trabajador no lesionaba su derecho fundamental a la propia imagen, puesto que el mismo «es susceptible de limitaciones si la propia y previa conducta del titular o las circunstancias en las que se encuentre inmerso justifican el descenso de las barreras de reserva». A tal efecto, aludió como circunstancia justificativa de tal descenso la existencia

.....

12 Véase STC 99/1994, de 11 de abril (rec. núm. 797-1990), f. j. 7º.

13 Rec. núm. 299-2013.

de «un interés por parte del empleador en ejercitar el poder de dirección reconocido expresamente en el art. 20.3 ET que entre otras facultades atribuye la vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones laborales». En suma, se entendió que «hallándose justificado el seguimiento empresarial de la asistencia y puntualidad del trabajador, el uso de su imagen para comprobar tales extremos no constituye una actuación desproporcionada en relación con el fin perseguido».

El hecho de que el recurso a la videovigilancia suponga el registro de una serie de actos del trabajador «pertenecientes a su intimidad» explica que la conformidad a derecho de esta medida fuera enjuiciada también desde el punto de vista del respeto al derecho a la intimidad del trabajador, y no solo del derecho a preservar su propia imagen frente a su captación y reproducción. Ya la STC 186/2000, de 11 de julio¹⁴ admitió que la videovigilancia no constituía un método de control «selectivo en cuanto a las imágenes que capta», lo cual significa que un método llamado a controlar las obligaciones del trabajador dentro de su esfera laboral puede llegar a invadir aspectos inherentes a su vida personal pues, como se había advertido *ab initio*, la misma también se despliega durante la jornada de trabajo. Partiendo de que, con carácter general, «el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 LET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo», el TC procedió a someter a esta medida al denominado juicio de proporcionalidad. Ello supuso acreditar que la medida fuera susceptible de conseguir el objetivo propuesto -juicio de idoneidad-; que resultara necesaria, en el sentido de que no existiera otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia -juicio de necesidad-; y, finalmente, que la misma fuese 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-¹⁵. Aplicando dicho juicio tripartito, el TC no consideró vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador, ya que la medida encuentra justificación en la detección de irregularidades en el desempeño de las funciones inherentes al puesto de trabajo, se revela idónea para verificar si el trabajador comete irregularidades y se admite como equilibrada siempre y cuando su uso se dirija a supervisar la ejecución de la prestación de trabajo, sin extralimitarse en las zonas y en los momentos objeto de grabación¹⁶.

Sin embargo, conviene reparar en que este razonamiento debería partir de una confrontación entre un derecho fundamental del trabajador frente a una facultad empresarial. Así lo ha puesto de manifiesto Valdés Dal-Ré en el voto particular formulado a la citada

14 Rec. núm. 2662-1997.

15 Ibidem.

16 Ibidem.

STC 39/2016, de 3 de marzo. Discrepando de la decisión adoptada por la mayoría, considera que el tribunal asume una colisión de derechos¹⁷ ficticia, toda vez que la facultad empresarial dimanante del art. 20.3 ET no es sino una regla jurídica rectora de la relación contractual que en modo alguno puede justificar la limitación del contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajador¹⁸. En decir del magistrado, son «los poderes y facultades del empleador [los que] quedan delimitados por el contenido esencial de los derechos fundamentales de los trabajadores, resultando obligado tener presente que dichos derechos delinean la regularidad del ejercicio de tales poderes y facultades». Por consiguiente, «unos y otras solo pueden ejercitarse en términos acordes con el ámbito en el que la plenitud del contenido esencial de aquellos derechos (art. 53.1 CE) quede garantizada». Así pues, elevar el interés empresarial que indudablemente presenta acudir a las nuevas tecnologías para registrar toda actividad realizada por el trabajador al rango de derecho constitucional supone justificar una reducción del contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajador, cuando es el contenido esencial de los derechos fundamentales el llamado a limitar los excesos en el ejercicio de los poderes empresariales.

Aunque se comparte la opinión del voto particular, lo cierto es que la vigente jurisprudencia constitucional ha entendido que el consentimiento prestado por el trabajador al concertar su contrato lleva implícita su sumisión a un poder de dirección y control del empresario que ahora también comprende la posibilidad de supervisar su actividad a través de cámaras, registrando la ejecución de la prestación de servicios. En otras palabras, la interpretación extensiva del poder de control del empresario ha privado al trabajador de prácticamente toda expectativa de privacidad frente al uso de la videovigilancia por parte de su empresario.

Tras haber consagrado la videovigilancia como un método de control empresarial susceptible de limitar justificadamente el derecho a la intimidad del trabajador, el TC hubo de pronunciarse sobre su eventual respeto al derecho a la protección de datos de carácter personal. Procede partir de la consideración de las grabaciones o instantáneas en las cuales se refleje la imagen del trabajador como datos de carácter personal con arreglo a la definición aportada por el art. 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal -en adelante, LOPD-, que entiende por tal «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables».

.....

17 Razonamiento al cual se acude en pronunciamientos previos, como la STC 170/2013, de 7 de octubre (rec. núm. 2907-2011), a la cual se hará alusión más adelante.

18 Valorando una colisión entre los derechos fundamentales del trabajador y el derecho a la propiedad y a la libertad de empresa del empresario, véase MONTAÑA MELGAR, («Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa)», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2009, p. 6) quien, sobre el uso del ordenador por los trabajadores y sus límites, sostiene que el poder de control del empresario «tiene su más alta fuente en el art. 38 CE y su fuente inmediata en el art. 20.3 ET». En el mismo sentido, véase FABREGAT MONTAÑA, G., «El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave», *Trabajo y Derecho*, núm. 5, 2015, consultado en la base de datos de La Ley, documento 3345/2015, p. 1.

Esta norma prohíbe, en su art. 6, el tratamiento de dichos datos sin que medie el consentimiento inequívoco del afectado salvo, entre otros motivos, que se refieran a las partes de un contrato de trabajo y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento. Cabría extraer al menos dos interpretaciones de esta expresión. La primera, restrictiva, justificaría el tratamiento de aquellos datos sin los cuales sería imposible la existencia misma del contrato, p. ej.: aquellos referidos a los elementos esenciales del contrato, como los que permiten la identificación de las partes. La segunda, amplia, ampararía también la recopilación de aquellos datos de carácter personal que pudieran facilitar la constatación del cumplimiento de la prestación de trabajo¹⁹. Es esta última interpretación la acogida el TC en sus recientes pronunciamientos²⁰. En consecuencia, se ha descartado la necesidad de contar con una declaración del trabajador mediante la cual otorgue su consentimiento para que su actividad pueda ser supervisada mediante grabaciones procedentes de cámaras de vigilancia instaladas en el centro de trabajo dado que, a tenor de la STC 39/2016, de 3 de marzo²¹, aquel «se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario»²².

No obstante, se considera preferible sostener la legitimidad de esta intromisión en atención a la consecución de uno de los objetivos consignados por la norma dictada en desarrollo de este derecho fundamental que, a diferencia de lo que sucede con la Ley Orgánica 1/1982, sí contempla la limitación de los derechos fundamentales en el marco de una relación laboral. Sea como fuere, procede partir de la consagrada innecesariedad del consentimiento *ad hoc* del trabajador para la captación y tratamiento de su imagen cuando el control del cumplimiento de la prestación laboral lo justifique.

Constituye, no obstante, un límite infranqueable para el empresario el derecho del trabajador a ser informado²³, entre otros extremos, de la existencia de un fichero o del tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de estos, de los destinatarios de la información, de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos (art. 5 de la LOPD). Nótese que la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las

.....

19 Frente a esta interpretación, no falta quien considere que existen medios menos intrusivos a emplear para la consecución de dichos fines (véase TOSCANI GIMÉNEZ, D., «Las facultades de la empresa de videovigilancia de sus trabajadores. Comentario a la STC 39/2016, de 3 de marzo», *Revista de Derecho Social*, núm. 74, 2016, p. 160).

20 Ya en su sentencia 29/2013, de 11 de febrero (10522-2009) partía de una habilitación legal que eximía de la necesidad de contar con el consentimiento del trabajador.

21 Cit.

22 Véase RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Posibilidades y límites en el uso de cámaras de videovigilancia dentro de la empresa. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016», *Diario La Ley*, núm. 8747, 2016, consultado en la Base de datos de La Ley, documento 2303/2016, p. 6.

23 Límite que persiste con independencia de que el tratamiento de datos no requiera el consentimiento del trabajador, puesto que los arts. 5 y 6 LOPD «son autónomos y no interdependientes», no excluyendo la excepción al consentimiento la presencia de los derechos de información, como sostiene LAHERA FORTALEZA («Nueva Jurisprudencia constitucional en la videovigilancia laboral. Valoración crítica (STC 39/2016, 3 de marzo), *Revista de las relaciones laborales*, nº 5, 2016, p. 497).

personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos²⁴, de la cual trae causa la LOPD, impone que los datos sean recabados «con fines determinados, explícitos y legítimos», sin que sea posible que posteriormente sean tratados de manera incompatible con dichos fines [art. 6.1.b)]. Deben también ser «adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente». Lo mismo dispone el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE²⁵, aplicable a partir del día 25 de mayo de 2018.

En su momento, la STC 29/2013 aclaró que el derecho a la información del trabajador «opera también cuando existe habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento»²⁶, como sucede en el caso que nos ocupa. Rechaza también que pueda oponerse 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», por considerar que este razonamiento trata de justificar la constitucionalidad del acto enjuiciado en la utilidad o conveniencia que reporta al empresario, quebrando el núcleo esencial del derecho fundamental del trabajador, cuando es este el llamado a limitar las facultades empresariales²⁷.

De acuerdo con las precedentes consideraciones, se consideró lesiva la instalación de cámaras de vigilancia en el centro de trabajo cuando se hubieran ubicado a tal fin unos meros distintivos en diversos puntos del mismo anunciando su instalación²⁸, criterio que ha desechado la reciente STC 39/2016, de 3 de marzo. Atendiendo a lo dispuesto en el art. 3 la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, 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, consideró suficiente para colmar dicha obligación de información la colocación en las zonas videovigiladas de «al menos un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados, teniendo a disposición de los/las interesados impresos en los que se detalle la información prevista en el art. 5.1 de LOPD.

.....

24 DOCE L 281 /31, de 23 noviembre 1995.

25 DOUE L 119/1, de 4 mayo 2016.

26 Concluyendo que «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 laborales».

27 Cfr. STC 98/2000, de 10 de abril (rec. núm. 4015-1996).

28 Sobre la obligación de informar al trabajador sobre la utilización de cámaras de videovigilancia, véanse XIOL RÍOS, C., «Derechos fundamentales. La utilización de cámaras de video vigilancia para fines de control de cumplimiento de obligaciones laborales. Necesidad de informar previamente a los trabajadores», *La administración práctica*, núm. 5, 2013, pp. 121 y ss. y MIRÓ MORROS, D., y CRUZ DE PABLOS, M., «El uso de la video vigilancia en el ámbito laboral», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 891, 2014, consultado en la Base de datos de Westlaw, p. 1.

Conviene precisar que este extremo de la sentencia también ha sido objeto de dos votos particulares. La adopción de lo dispuesto en la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre como elemento decisivo para resolver el juicio de constitucionalidad se considera digna de crítica con fundamento en tres argumentos. El primero atiende a la jerarquía normativa instaurada por la propia CE, toda vez que es la ley, y solo la ley» quien puede fijar los límites a un derecho fundamental y, en este caso, el cumplimiento de lo dispuesto en una instrucción sirve como argumento determinante para delimitar el contenido esencial del derecho a la protección de datos del trabajador.

El segundo se refiere al incumplimiento de uno de los objetivos establecidos en la LOPD, cual es la obligación de precisar la finalidad de la recogida de datos así como las personas destinatarias de dicha información. En concreto, el voto particular formulado por el magistrado Xiol Ríos considera que una información dirigida al público a través de una pegatina advirtiendo sobre la existencia de cámaras no es suficiente para satisfacer el derecho del trabajador a ser informado de la recopilación y tratamiento de sus datos personales, toda vez que la LOPD pretende que la información en cuestión se dirija específicamente a los interesados. Puesto que en el mismo voto particular se llega a admitir la procedencia de este medio de control empresarial de haberse informado únicamente al comité de empresa para evitar la frustración de la vigilancia²⁹. Conviene poner esta materia en conexión con los derechos de información y consulta que el art. 64 ET reconoce a los representantes de los trabajadores. En especial, procede hacer referencia a la vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo que su apartado 7.a).1º encomienda al comité de empresa, así como a su derecho a emitir informe sobre «la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo», con carácter previo a su ejecución.

El tercer argumento, expuesto claramente en el primer voto particular -formulado por Valdés Dal-Ré-, concierne al modo en cual se ha hecho uso de este instrumento, pues se intuye la intención de habilitar «controles sorpresivos» que permitan «identificar in fraganti» o «atrapar» a un trabajador que no cumpla debidamente su contrato. No cabe sino compartir esta apreciación, toda vez que nada pierde el empresario por informar al trabajador con carácter previo a la implantación de la videovigilancia como método de control. Al contrario, la advertencia puede devenir útil a la hora de prevenir el incumplimiento de quien se sabe observado.

A modo de resumen: la vigente interpretación del derecho a la intimidad y a la protección de datos del trabajador llevada a cabo por el TC concluye que mediante la suscripción del contrato de trabajo el asalariado consiente toda intromisión empresarial tendente a

.....

29 Con arreglo a lo resuelto por la STSJ de la Comunidad de Madrid de 9 de febrero de 2015.

verificar el correcto cumplimiento de la prestación comprometida, siempre y cuando la medida adoptada pueda considerarse necesaria, idónea y proporcionada. Basta, por tanto, que el trabajador sea informado acerca de la adopción de la medida en cuestión, considerándose colmado su derecho mediante la instalación de distintivos que indiquen la existencia de un mecanismo de supervisión tecnológica, como es la videovigilancia. Este último extremo incrementa el riesgo que padece el trabajador de afrontar una sanción, pues la carencia de una información suficiente e individualizada evita que dichos métodos de vigilancia surtan una eficacia preventiva, consecuencia que ha de reputarse digna de crítica y contraria a la buena fe contractual. Se comparte, por tanto, la interpretación que aboga por la necesidad de informar al trabajador de la existencia y finalidad de dichas grabaciones, así como de la posibilidad de ser sancionado con fundamento en las mismas³⁰.

Resta por abordar el tercer escenario, en el cual el empresario lleva a cabo una captación de la imagen del trabajador que nada tiene que ver con la prestación de servicios que realiza. Tal acontece, p. ej., cuando el empresario filma o fotografía a sus trabajadores para difundir su imagen con fines publicitarios. Con independencia de que hayan sido realizadas en el lugar de trabajo o fuera del mismo, dichas grabaciones o instantáneas no guardan relación alguna con la prestación debida por el trabajador. Por consiguiente, este supuesto se refiere a la esfera extralaboral del trabajador³¹, dentro de cuyos confines es dueño de preservar su imagen, sin que deba consentir la toma de fotografías o la grabación de su actividad.

Al no existir prestación de trabajo por cuenta ajena, ya no será de aplicación el ET, sino la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuyo art. 2 parte de que la misma 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. A falta de autorización legal, la norma requiere el consentimiento expreso del afectado³² para poder descartar la existencia de una intromisión ilegítima en el ámbito protegido. Lo afirmado significa que el empresario que decida captar la imagen de uno de sus trabajadores cuando el mismo no se encuentre ejecutando su prestación, o cuando, aun así, su intención no estribe en supervisar su cumplimiento, deberá recabar su consentimiento expreso, el cual no se deduce de la mera suscripción del contrato. En caso contrario, la toma de fotografías o la grabación de su imagen tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas.

.....

30 A favor de esta postura, véase TOSCANI GIMÉNEZ, ob. cit. p. 159.

31 Cfr. DEL VALLE, J. M., «El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo», *Actualidad Laboral*, 1991, consultada en la base de datos de La Ley, documento 5547/2002, pág. 8.

32 Cfr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., «Control empresarial de la actividad laboral, videovigilancia y deber informativo. A propósito de la STC de 3 de marzo de 2016», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2016, consultado en la Base de datos de Westlaw, pág. 12.

2.2. El derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador

Expuesta la interpretación que el TC ha deparado al contenido esencial de los derechos del trabajador a la propia imagen, a la intimidad y a la protección de datos frente al control llevado a cabo por el empresario mediante la videovigilancia, conviene dedicar unas breves líneas a otras formas de control tecnológico. Por lo indispensable que resulta a día de hoy en el entorno laboral, procede hacer referencia a las controversias derivadas del uso del correo electrónico, de los equipos informáticos o de los dispositivos móviles puestos a disposición del trabajador, habida cuenta de la valiosa información que a día de hoy pueden transmitir.

En tales supuestos, además del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y del derecho a la protección de datos del trabajador (art. 18.4 CE), está comprometido el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), en virtud del cual se ha de garantizar la confidencialidad de lo transmitido a través de un canal vetado al conocimiento público a fin de garantizar que aquellas se desarrollen en libertad³³. Por tal motivo, el acto de comunicación se protege frente a la injerencia de un tercero, con independencia de su contenido, que puede referirse a datos íntimos de los interlocutores o a cuestiones de dominio público.

Este derecho se considerará conculcado cualquiera que sea el modo a través del cual se haya interceptado el mensaje protegido, regla que comprende una aprehensión física del soporte del mensaje, pero también otras formas de captación del mismo, por lo que es perfectamente aplicable a una injerencia llevada a cabo de forma virtual. Sobre este extremo, la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁴ -en adelante, TEDH- ha tenido ocasión de precisar que las llamadas telefónicas procedentes de los locales profesionales, así como los correos electrónicos y la información derivada del uso de internet forman parte de la vida privada y correspondencia cuya protección impone el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos -en adelante, CEDH-. Esta disposición prohíbe toda injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, a no ser que la misma esté prevista por una ley³⁵ cuya «calidad» evidencie un grado de previsibilidad que permita conocer en qué circunstancias el derecho a la intimidad del trabajador ha de ceder ante otro interés³⁶.

.....

33 Tal como sostiene el propio TC en sus sentencias 114/1984, de 29 de noviembre (rec. núm. 167/1984) y 123/2002, de 20 de mayo de 2002 (rec. núm. 3289/95), entre otras.

34 Véanse SSTEDH de 3 de abril de 2007, caso *Copland vs. Reino Unido* (núm. 62617/2000); de 25 de junio de 1997, caso *Halford vs. Reino Unido* (núm. 20605/1992) y 16 de febrero de 2000, caso *Amann c. Suiza* (núm. 27798/1995).

35 «[...]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».

36 Véanse SSTEDH de 12 mayo 2000., caso *Khan vs. Reino Unido* (TEDH 2000/132) y de 2 agosto 1984, caso *Malone vs. Reino Unido* (TEDH 1984/1).

La intervención empresarial de los medios tecnológicos de comunicación puestos a disposición del trabajador obedece a la necesidad de evitar o reprimir un uso incorrecto de los mismos. Tal acontece cuando dichos instrumentos de trabajo son utilizados para fines personales, mediando prohibición expresa al respecto. Empero, el control tecnológico de estos instrumentos de comunicación también puede poner de manifiesto otro tipo de incumplimiento del trabajador, como puede ser la revelación de secretos empresariales, la difamación de la empresa o cualesquiera otros actos contrarios a la buena fe contractual. Sin embargo, es preciso tener presente que, junto con esta información, relevante a efectos laborales, la supervisión de estos canales también permite el acceso por parte del empresario a cualquier mensaje de carácter privado que el trabajador emita valiéndose de este canal. La cuestión estriba en determinar hasta qué punto el empresario es dueño de acceder o no a los mensajes transmitidos a través de dichos medios haciendo uso de su facultad de vigilancia y control *ex art. 20 ET*.

Lejos de existir una única respuesta a la cuestión precedente, la jurisprudencia ha proporcionado diversas soluciones de forma sucesiva. Una interpretación posible consistiría en considerar que el derecho a la intimidad impide al empresario recabar datos información relativa al uso de los medios tecnológicos puestos a disposición del trabajador, habida cuenta del riesgo de acceder a datos estrictamente personales. No cabe reputar razonable esta teoría, por dos motivos. El primero, estriba en la finalidad de dichos medios. Procede recordar que instrumentos como ordenadores, teléfonos, tabletas o direcciones de correo electrónico no son sino medios de producción de la empresa. El segundo motivo alude a los posibles daños económicos que pudiera ocasionar un uso abusivo o espurio de dichos medios tecnológicos, daños que pueden ser medidos en función del tiempo de trabajo perdido o del incremento de la factura a abonar por el empresario.

Más razonable se antoja la interpretación que atiende a la propiedad empresarial de los medios de comunicación como factor determinante de un uso que ha de destinarse al cumplimiento de la prestación de trabajo. De esta interpretación son fruto los pronunciamientos judiciales que negaron en su momento cobertura jurídica al uso personal de las nuevas tecnologías puestas a disposición del trabajador por la empresa³⁷, salvo que medie autorización mediante convenio o acuerdo colectivos, pacto contractual, reglamento interno, protocolo, código de conducta o decisión del empresario³⁸. Por consiguiente, la utilización de dichos medios para fines privados, además de contravenir los imperativos

.....

37 Véase GIL PLANA, J., «Control empresarial del uso personal por el trabajador de los medios tecnológicos de trabajo», *REDT*, núm. 164, 2014, consultado en la base de datos de Westlaw, documento BIB 2014/1065, p. 7. Como muestra, el autor cita las STSJ Castilla y León (Valladolid), de 19 noviembre 2004 (AS 2004\3110, rec. n° 2143/2004) y la STSJ Galicia de 4 octubre 2001 (AS 2001\3366, rec. n° 4168/2001).

38 Como sostiene MONTAYA MELGAR, ob. cit., p. 3.

de la buena fe contractual, no estaría amparada por el derecho a la intimidad del trabajador³⁹.

Matizando la anterior posición, cabe presumir que existe una autorización tácita relativa a su uso privado, que trae causa de los usos sociales que han consagrado cierta permisividad en cuanto atañe al uso privado de instrumentos de trabajo como el ordenador, el teléfono o el correo electrónico⁴⁰. La tentación que supone para el trabajador tener a su disposición un medio que permite transmitir un mensaje de manera inmediata y, a menudo, gratuita, ha propiciado que algún pronunciamiento llegara a tildar de «heroica» la conducta de quien logra abstenerse de utilizar dichos medios para fines privados⁴¹.

Como apunta MONTOYA MELGAR⁴², esta segunda interpretación supone una considerable ampliación de la esfera de intimidad del trabajador, lo cual resulta positivo si se defiende la concesión de una mayor autonomía en la ejecución de su prestación de servicios. En este caso, cabe considerar razonable el permitir que el trabajador utilice los medios de comunicación de la empresa para comunicarse con su entorno, lo que favorecería no solo la conciliación de la vida personal y familiar, sino la consecución de un mayor bienestar del trabajador consistente en la integración de ambas esferas. No obstante, esta concepción pecaría de utópica de no reconocer los daños que pudiera irrogar un uso abusivo de los medios de trabajo. De ahí el acierto de quien sostiene que la aplicabilidad de esta doctrina llegará hasta donde llegue la moderación del trabajador, «esto es, la buena fe, en dicho uso privado»⁴³.

La reciente jurisprudencia es proclive a admitir la existencia de una autorización tácita fundamentada en los usos sociales de dichos medios, autorización cuya existencia ha de ser desvirtuada mediante una prohibición relativa a su uso privado, prohibición que puede derivar de una norma, de una disposición convencional⁴⁴ o de una orden empresarial. La existencia o no de esta interdicción determinará si la intromisión del empresario que acceda a los datos o a las comunicaciones del trabajador es legítima. De no existir una pro-

.....

39 Véase GIL PLANA, J., ob. cit., p. 7.

40 Negando la existencia de un genérico uso social del ordenador, véase THIBAUT ARANDA, J., *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2006), pág. 65.

41 Véase STSJ Cantabria de 18 enero 2007 (rec. núm. 1149/2006).

42 Ob. cit., p. 4.

43 Véase MONTOYA MELGAR, A., op. cit., p. 5. Acudiendo también al deber de buena fe a cargo del trabajador, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y THIBAUT ARANDA llegan a admitir un «uso moderado extralaboral» de tales medios, si bien lo hacen partiendo de su afectación a su uso para fines productivos (ob. cit., p. 5). Por su parte, FALGUERA I BARÓ admite dicha conducta siempre que la misma se ejerza bajo el principio de la buena fe contractual, sin excesivos costos para la empresa y sin una manifiesta afectación al proceso productivo («Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador» RL, nº 22, 2000, consultado en la base de datos de La Ley, documento 5875/2002, p. 6).

44 Es el caso del supuesto enjuiciado por la STC 170/2013, de 7 de octubre (rec. núm. 2907-2011), donde el convenio colectivo aplicable preveía como infracción leve la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos de los relacionados con la prestación laboral, sancionando expresamente que el correo electrónico era de exclusivo uso profesional.

hibición expresa, la jurisprudencia considera que el trabajador goza de una «expectativa razonable de privacidad» incluso durante la ejecución de su prestación de servicios.

Puesto que el derecho al secreto de las comunicaciones únicamente ampara las realizadas a través de un canal vetado al conocimiento público, carece también de una expectativa razonable de privacidad frente al poder de control empresarial el trabajador que utilice un canal abierto para fines privados, medie o no prohibición expresa relativa al uso personal del mismo⁴⁵.

Asimismo, cabe deducir la existencia de una prohibición cuando dicho comportamiento es sancionable. En consecuencia, la ausencia de una situación de tolerancia empresarial del uso de un canal de comunicación por ella proporcionado para fines privados lleva implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización⁴⁶. En otras palabras, si el empresario está legitimado para sancionar un uso inadecuado de dichos medios, también lo está para inspeccionar su utilización, aunque ello suponga acceder a mensajes de contenido privado.

De lo expuesto se infiere que, a diferencia de lo que sucede cuando se trata de determinar el uso legítimo de la videovigilancia como instrumento de control empresarial, la mera suscripción de un contrato de trabajo no comporta una renuncia automática a toda expectativa de privacidad en las comunicaciones llevadas a cabo a través de instrumentos de trabajo⁴⁷. Lo relevante es la existencia de una tolerancia empresarial referida al uso privado de tales medios, caso en el cual existirá un derecho del trabajador a preservar del conocimiento ajeno la información transmitida a través de dicho canal o, por el contrario, la existencia de una prohibición relativa al uso privado de tales medios. En este último supuesto, el trabajador no podrá escudarse en su derecho al secreto de las comunicaciones. Según el propio TC, «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»⁴⁸.

De ahí que la doctrina⁴⁹ haya considerado pertinente que la negociación colectiva⁵⁰, las partes en el contrato de trabajo o el empresario a través de protocolos o códigos de conducta puntualicen no solo los términos en que los trabajadores deben utilizar los orde-

.....

45 A tal efecto, véase STC 241/2012, de 17 de diciembre (rec. núm. 7304-2007), donde se consideró legítima la fiscalización de un ordenador de uso común en el cual se había instalado un programa de mensajería aunque, en ese caso, «además» existía una orden empresarial prohibitiva.

46 En concreto, el TC ha afirmado en su sentencia 170/2013, de 7 de octubre (cit.), 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».

47 Adviértase que dicha interpretación también ha sido aplicada por el TEDH al uso para fines privados de una cuenta de correo electrónico creada por el propio trabajador, en la reciente sentencia de 12 de enero 2016, caso *Barbulescu vs. Rumania* (TEDH 2016\1).

48 Véase STC 241/2012, de 17 de diciembre (cit.).

49 MONTROYA MELGAR, A., ob. cit., 12.

50 En opinión de autores como FALGUERA I BARÓ, ob. cit., p. 15.

nadores de la empresa, sino también las medidas de control de que dispone el empresario para comprobar posibles abusos y las consecuencias sancionadoras e incluso indemnizatorias derivadas de la comisión de las conductas prohibidas.

Dicho esto, conviene añadir que, ante el supuesto objeto de análisis, el razonamiento jurídico tendente a verificar una eventual vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador también es aplicado por la jurisprudencia a fin de detectar una posible intromisión en su intimidad. Por consiguiente, el trabajador que carezca de una expectativa razonable de privacidad en cuanto atañe al uso de los medios de comunicación puestos a su disposición por el empresario no podrá aducir su derecho a la intimidad frente a aquel. Deviene pues irrelevante el contenido íntimo o sensible del mensaje enviado por un trabajador a través de un canal cuyo uso privado se ha prohibido. No obstante, si el empresario procede a interceptar los mensajes enviados por un canal cuyo uso privado no fuera previamente vetado, se considerará que existe una injerencia ilegítima incluso cuando no se haya accedido efectivamente al contenido de los mismos⁵¹.

Por último, resta aludir al eventual deber de informar al trabajador acerca de la existencia de dichos medios de supervisión. En busca de fundamento jurídico que lo sustente, cabría acudir a las reglas contempladas en el art. 18 ET, relativo a los registros en la persona del trabajador, sus taquillas y otros efectos personales. No obstante, no falta quien rechace la aplicación de estas reglas basándose en la «finalidad del continente» de lo comunicado⁵², no en vano las taquillas constituyen espacios destinados a la recepción de efectos personales del trabajador, mientras que los útiles de trabajo constituyen medios afectos a la producción. Con arreglo a esta última interpretación, las garantías del art. 18 ET solo serían aplicables cuando el uso privado de dichos medios estuviera expresamente autorizado.

Huelga reproducir la normativa relativa a la protección de datos de carácter personal, que impone al empresario el deber de informar al trabajador de la existencia de un fichero o tratamiento de dichos datos, de la finalidad de la recogida de estos y de los destinatarios de la información (art. 4 de la LOPD). La misma será aplicable de haberse llevado a cabo una recogida de datos con arreglo a lo preceptuado en la citada normativa. Procede remitirse también a lo dispuesto en el apartado precedente en cuanto atañe al derecho de información y consulta que ostenta el comité de empresa sobre la implantación y revisión de sistemas de organización y control de trabajo [art. 64. 7.a).1º ET]⁵³.

.....

51 Véase, a tal efecto, la STEDH de 2 agosto 1984, caso *Malone vs. Reino Unido*, así como la más reciente STEDH de 2 abril 2007, caso *Copland vs. Reino Unido*, donde se considera que «la utilización de información relativa a la fecha y duración de las conversaciones telefónicas y en particular los números marcados, puede plantear un problema en relación con el art. 8 CEDH».

52 Véase PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J., ob. cit., p. 3.

53 Ibid.

Procede, por último, hacer alusión una vez más al principio general de buena fe⁵⁴ como fundamento jurídico primordial sobre el cual se ha de sustentar el deber de información a cargo del empresario. De acuerdo con este, incumbe al empresario advertir al trabajador acerca de la existencia de una prohibición relativa al uso privado de los instrumentos de trabajo, incluso de hallarse tipificada en el convenio colectivo como conducta sancionable. Es sabido que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, aforismo que podrá esgrimir quien pretenda escudarse en la existencia de una disposición convencional que el trabajador debería conocer. Mas la buena fe contractual requiere que la parte a quien interesa aplicar dicha prohibición procure hacerla saber a su destinatario, a fin de prevenir un uso indebido de los instrumentos de trabajo.

3. CONCLUSIONES

La hipótesis de partida de este estudio hacía alusión a la vis expansiva que el poder de vigilancia y control del empresario había adquirido raíz de la reciente jurisprudencia del TC. El análisis de sus recientes pronunciamientos, harto restrictivos, en cuanto atañe a la interpretación del contenido esencial de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, no ha podido menos que confirmarla. A lo largo del mismo se ha evidenciado su gran amplitud, que comprende la supervisión del trabajador mediante medios tecnológicos siempre que sean empleados con la finalidad de controlar la ejecución de la prestación de trabajo. De acuerdo con lo expuesto, todo aquel que suscriba un contrato de trabajo ha de saber que consiente la grabación ininterrumpida de su prestación de servicios, así como el registro y lectura de las comunicaciones que transmita a través de los medios puestos a su disposición por el empresario con fines estrictamente profesionales, siempre y cuando dicha injerencia supere el citado juicio de proporcionalidad. Si a lo anterior se añade la laxa interpretación del deber de información que incumbe al empresario que acude a dichos instrumentos, cabe cuestionar no solo la extensión del poder de vigilancia y control, sino, sobre todo, su carácter sorpresivo, que sirve para poner en tela de juicio su finalidad preventiva.

Esta circunstancia en particular permite sostener que la expansión del poder de dirección del empresario se ha llevado a cabo, no solo a costa del contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajador, sino también de la confianza *inter partes* que dicta la

.....

54 Véase MONTOYA MELGAR, A., ob. cit., p. 8. Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J., ob. cit., p. 5.

buena fe contractual. En efecto, el apartado tercero del art. 20 ET reconoce al empresario el poder de adoptar las medidas que estime oportunas para verificar el cumplimiento de la prestación del trabajador. Sin embargo, su apartado segundo advierte que tanto el trabajador como el empresario «se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe». Llegados a este punto, la cuestión a resolver es la siguiente: ¿Responde a las exigencias de la buena fe contractual utilizar un medio de supervisión que registre de manera ininterrumpida e indiscriminada toda la actividad que desarrolla el trabajador en su puesto de trabajo? Teniendo en cuenta que la relación laboral se caracteriza por la existencia de un vínculo de confianza entre las partes que, de quebrarse, puede llegar a justificar su resolución, la respuesta ha de ser negativa. Ciertamente, resulta difícil concebir que un empresario deposite confianza alguna en un trabajador cuyos actos considera necesario vigilar y registrar en todo momento.

Además de sostenerse sobre una presunción de desconfianza cuasi absoluta hacia el trabajador, la ausencia de una regulación actual adaptada a los nuevos medios tecnológicos de control impide considerar que exista una ley que regule de manera suficiente la injerencia del empresario en el ámbito, en principio, privado del trabajador. Llegados a este punto, conviene recordar que la jurisprudencia del TEDH ha reiterado la necesidad de que la ley que prevea una injerencia legítima en el ámbito de privacidad del titular del derecho manifieste cierta «calidad». Ello supone que la normativa en cuestión denote un grado suficiente de previsibilidad, empleando unos términos lo bastante claros como para que sus destinatarios puedan conocer en qué circunstancias y bajo qué condiciones el derecho a la intimidad del trabajador puede y debe ceder ante otro interés.

Lamentablemente, la seguridad jurídica no es una cualidad que pueda predicarse de la normativa aplicable al control empresarial de la prestación de servicios del trabajador a través de medios tecnológicos en el ordenamiento jurídico español. Muestra de ello es la frecuente llegada de litigios relativos a este particular hasta el supremo intérprete de la norma constitucional, quien define, en último término, los límites del poder de dirección del empresario. Este preocupante síntoma demuestra el fracaso de una legislación que ya no responde a la realidad que está llamada a regular y que priva de seguridad jurídica a las partes del contrato.

ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ

Profesora contratada interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Santiago de Compostela

alicia.villalba@usc.es

LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES EN MATERIA DE TRABAJO A DISTANCIA: CONTENIDO GENERAL Y PROPUESTAS DE MEJORA¹

LOURDES MELLA MÉNDEZ

*Profesora Titular (Catedrática Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela*

Fecha de recepción: 9/10/2016

Fecha de aceptación: 2/11/2016

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. RASGOS GENERALES DE LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES EN MATERIA DE TRABAJO A DISTANCIA Y PROPUESTAS DE MEJORA. 3. REFLEXIÓN CONCLUSIVA.

RESUMEN: Este trabajo examina las cláusulas convencionales españolas en materia de trabajo a distancia y teletrabajo, desde el punto de vista de su contenido. En general, dicho contenido es pobre y escaso, limitándose los sujetos negociadores a repetir las previsiones del Acuerdo marco europeo de teletrabajo de 2002 o del artículo 13 ET. Así las cosas, el autor propone nuevos puntos temáticos de interés sobre los que es necesario aportar soluciones en orden a garantizar la seguridad jurídica.

ABSTRACT: This paper analysis the Spanish conventional clauses related to distance work and teleworking, from the perspective of their content. In general, such content is

.....

¹ Este trabajo forma parte de las actividades programadas para el tercer año de vigencia del Proyecto de investigación del MINECO, titulado «Análisis jurídico del teletrabajo en España y en el Derecho comparado» (DER2013-43615-R), cuya investigadora principal es la Prof.^a Lourdes Mella.

poor and scarce, as the negotiators only repeat the provisions of the European framework agreement of teleworking of 2002 or from the article 13 of the Workers' Statute. So, the author points new critical thematic points and gives recommendations to the collective bargaining in order to enrich this one and guarantee the legal certainty.

PALABRAS CLAVE: Negociación colectiva, trabajo a distancia, teletrabajo.

KEY WORDS: Collective bargaining, distance work, teleworking.

1. INTRODUCCIÓN

Como sucede con otras materias del ámbito laboral, cabe reconocer que, en lo relativo a las nuevas tecnologías de la información y comunicación y las nuevas formas de trabajo derivadas de las mismas, la negociación colectiva -en sus diferentes manifestaciones (convenios y acuerdos colectivos y acuerdos marco)- juega un papel de máxima importancia. Así, respecto del teletrabajo, resulta significativo que las primeras regulaciones sean de origen convencional, en la medida que son los convenios o acuerdos -especialmente de empresa- los que empiezan a introducir -allá por los años ochenta y noventa del siglo pasado- cláusulas relativas a esta nueva manera de trabajar a distancia. Además, revelador de esa importancia de la autonomía colectiva también es el hecho de que la primera y general regulación del teletrabajo en el ámbito europeo se haya hecho por los interlocutores sociales europeos a través del conocido Acuerdo marco de teletrabajo de 16 de julio de 2002 (AMET). Y otro tanto cabe decir del hecho de que este mismo Acuerdo prevé que su futuro desarrollo y aplicación debe hacerse por los miembros de las partes signatarias en cada uno de los Estados miembros con los «procedimientos y las prácticas nacionales específicas de empresarios y trabajadores» (cláusula 1), esto es, mediante los sistemas nacionales de negociación colectiva y conforme a las normas internas de cada Estado (aplicación autónoma). Esta modalidad de aplicación del Acuerdo marco europeo, por un lado, exime a los Estados miembros tanto de su aplicación directa (no es un reglamento) como de la elaboración de normas de transposición del mismo o, en su caso, de la modificación de la legislación nacional vigente para facilitar su ejecución (no es una directiva).

Por otro lado, dicha opción refuerza el papel institucional de las partes sociales (representantes de los trabajadores y empresarios), que, a través de sus prácticas negociadoras habituales, tienen la oportunidad de desarrollar o complementar el contenido mínimo previsto en aquel Acuerdo marco. Ahora bien, cabe reconocer que dicha vía conlleva una importante cuota de autonomía para las partes sociales, lo que determina que la aplicación final de aquel presente diferencias significativas de procedimiento y contenido de unos países a otros.

Además, cabe reparar en que la vía de aplicación elegida pone de evidencia que el referido Acuerdo no tiene eficacia normativa imperativa e inmediata, sino más bien la de

una mera recomendación para los interlocutores sociales de los países miembros de la UE. Con todo, sus disposiciones se prevén con carácter mínimo, por lo que su desarrollo posterior puede mejorar su contenido, pero no empeorarlo. Así se dispone, expresamente, que la aplicación de este Acuerdo «no constituye una razón válida para reducir el nivel general de protección debida a los trabajadores» en el campo del mismo (cláusula 1), el cual se concreta, básicamente, en el principio de la voluntariedad en el acceso al teletrabajo y en la igualdad de trato y no discriminación de los teletrabajadores respecto del resto de la plantilla de la empresa.

Como es sabido, en España, el citado AMET fue aplicado a través del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva de 30 de enero de 2003, que, en su capítulo séptimo, recogió el compromiso de las organizaciones empresariales y sindicales firmantes de promover la adaptación de su contenido a la realidad española, a la vez que lo introdujo en el Derecho español, como anexo a su propio texto. Ahora bien, como señala la STS de 11 de abril de 2005², la publicación del AMET, como anexo al referido Acuerdo Interconfederal, «no equivale a su recepción en el Derecho interno a través de la negociación colectiva», en orden al estricto respeto de las orientaciones y criterios que han de seguirse en esta última, pues aquel Acuerdo solo tiene una eficacia obligacional para las partes que lo suscriben; además, estas solo se comprometen a promover la adaptación y el desarrollo del citado AMET a la realidad española. Así las cosas, resulta fácil comprender que el desarrollo de este Acuerdo europeo por la negociación colectiva española -convenios y acuerdos colectivos ordinarios- fuese más bien escaso y poco destacable.

Sin embargo, se constata que la tendencia colectiva en la materia analizada empieza a cambiar -aun poco a poco- en los últimos años, especialmente a partir de dos hechos legislativos relevantes. Uno, la aprobación de normativa específica en diversas comunidades autónomas, dirigida a impulsar experiencias de teletrabajo en el sector público (por ejemplo, Castilla y León³, Euskadi⁴, Extremadura⁵, Islas Baleares⁶, Castilla-La Mancha⁷, La Rioja⁸ y Galicia⁹); el otro, la reforma laboral de 2012 (Ley 3/2012, de 6 de julio), que modifica el anterior artículo 13 ET («contrato de trabajo a domicilio»), pasando a contener una nueva regulación del «trabajo a distancia», que, por su carácter abierto y genérico, incluye tanto la modalidad tradicional de trabajo a domicilio, desconectado y manual, como la más moderna del teletrabajo.

.....

2 Recurso núm. 143/2004.

3 Decreto 9/2011, de 17 marzo.

4 Decreto 92/2012, de 6 julio.

5 Decreto 127/2012, de 6 julio.

6 Decreto 36/2013, de 28 junio.

7 Decreto 57/2013, de 12 agosto.

8 Decreto 45/2013, de 5 diciembre.

9 Orden de 20 diciembre de 2013.

A continuación, se hará un breve repaso de los rasgos generales de las cláusulas convencionales relativas al trabajo a distancia y al teletrabajo (única subespecie de aquel que implica la prestación de servicios con las nuevas tecnologías de la información y comunicación), incluyendo propuestas de mejora, a modo de guía para la mejora de aquellas por parte de los agentes sociales.

2. RASGOS GENERALES DE LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES EN MATERIA DE TRABAJO A DISTANCIA Y PROPUESTAS DE MEJORA

1. Escasa regulación convencional. La primera idea que cabe comentar es que aún son pocos los convenios colectivos estatutarios o acuerdos específicos que entran a efectuar un tratamiento específico del trabajo a distancia y del teletrabajo. Cuando este se lleva a cabo, la regulación es, en general, pobre e insuficiente para dar respuesta a todos los problemas que necesitan respuesta, por lo que los agentes sociales no son capaces de abordar con detalle la materia y suplir así la también deficiente regulación legal (art. 13 ET). Además, se carece de imaginación, pues, por un lado, la redacción de una cláusula por un determinado convenio suele ser copia de lo dispuesto en el artículo 13 ET o, si acaso, en determinadas cláusulas del AMET; por otro lado, aquella cláusula es frecuentemente reproducida por otros convenios, generalmente del mismo sector. Así, parece claro que tal regulación detallada será responsabilidad última de las propias partes del contrato, quienes, a la hora de implantar esta manera de trabajar, deberán concretar todos estos aspectos en el acuerdo específico de teletrabajo. De hecho, no faltan cláusulas convencionales que, de manera más o menos directa, señalan «la conveniencia» de que el acuerdo interpartes (empresa y empleado) regule ciertos aspectos, como, por ejemplo, «el tipo de tarea a realizar por el trabajador, la duración máxima de la misma, los niveles de control y seguimiento o la disposición de aquel a presentarse en la oficina las veces que sea requerido»¹⁰, o «la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos laborales, las instalaciones, la formación y otros»¹¹, cuando lo ideal hubiese sido que la propia cláusula entrase a detallar ya tales puntos. Ciertamente, ningún ámbito negociador resulta más propicio para la protección de los intereses de los trabajadores que el colectivo, pues los representantes de los

10 También art. 19.C) convenio colectivo «Ibermática, SA» (Resolución DGT de 12 julio 2010; BOE de 23 julio).

11 Convenio colectivo general de ámbito estatal para el «sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo» (Res. DGE de 4 julio 2013; BOE de 16 julio).

trabajadores (legales y sindicales) no sienten de igual modo la presión, cara a cara, que un trabajador individual puede sufrir frente a su empresario.

Propuesta de mejora: aumento del compromiso y de la toma en consideración de esta nueva forma de trabajar por parte de los agentes sociales, poniendo especial hincapié en sus ventajas para la flexibilidad laboral y la conciliación de las personas trabajadoras. En este sentido, la firma de acuerdos sectoriales o de empresa específicos (como los de Repsol o empresas del grupo Telefónica) podría servir para incrementar la regulación de la materia en los convenios colectivos ordinarios, sirviendo el contenido de aquellos como modelo a seguir por estos últimos.

2. Respeto a la voluntad de las partes en el inicio del trabajo a distancia. Siguiendo los dictados expresos del AMET (cláusula 2) e implícitos del ET (en cuanto solo se refiere al acuerdo de las partes), los convenios españoles configuran el teletrabajo como una opción voluntaria para ambas partes del contrato, lo que es especialmente importante para el trabajador. Según algún convenio, «las condiciones del teletrabajo se negociarán con cada trabajador afectado, y en todo caso, la participación en el régimen de teletrabajo se realizará con carácter voluntario y previo acuerdo entre empleado y empresa»¹². En principio y con carácter general, los convenios prevén que ambas partes pueden ser promotoras o receptoras de una propuesta relativa a esta nueva forma de trabajar¹³, aunque la situación es diferente según el puesto nazca con tal carácter o este surja de la transformación posterior de uno ordinario (presencial).

En este segundo caso, el rechazo por el trabajador de una oferta de teletrabajo realizada por el empresario no puede implicar para aquel ninguna consecuencia negativa. La propuesta empresarial no puede entenderse como «una orden empresarial» que haya que obedecer, so pena de incurrir en un incumplimiento contractual, lo que solo cabe imaginar cuando ya hay un previo acuerdo entre las partes al respecto (que se trata de cumplir). Cabe insistir en que el necesario respeto a la voluntad del trabajador en el acceso al trabajo a distancia implica que la voluntad unilateral del empresario es insuficiente, por sí misma, para aplicar tal decisión. Si aquel es un trabajador de plantilla y se opone al cambio, el empresario no puede recurrir a su poder de dirección e imponer el nuevo modo de trabajar (de presencial a distancia) a través de sus poderes de dirección y gestión o la figura

.....

12 Art. 49 I convenio colectivo de «Alcatel-Lucent *Transformation Engineering & Consulting Services Spain*, SLU» (Res. DGE de 12 febrero 2014; BOE de 21 agosto). En similar sentido, art. 10 bis XVII convenio colectivo general de «la industria química» (Res. DGE de 3 agosto 2015; BOE de 19 agosto).

13 Con todo, en algún convenio se prevé que debe ser el empleado quien solicite por escrito el teletrabajo, lo que se concederá en situaciones excepcionales en las que sobrevenga una circunstancia que impida el acudir con normalidad a su puesto de trabajo (art. 24 convenio colectivo de «Adidas España, SAU»; Res. DGE de 29 marzo 2012; BOE de 20 abril). Y, en otras, se establece que «el teletrabajo es propuesto por la Dirección de la Compañía a aquellos trabajadores que sean considerados susceptibles de ser incluidos en el programa» (art. 50 convenio colectivo de «Telefónica *On the Spot Services*, SAU»; Res. DGE de 11 febrero 2014; BOE de 21 febrero).

de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET). Así las cosas, en el supuesto ordinario, la negativa del trabajador a trabajar a distancia no puede conllevar efectos perjudiciales, como un despido o un empeoramiento de las condiciones laborales anteriores.

En el primer caso (puesto que nace para ser cubierto con una prestación de servicios a distancia), la respuesta negativa del trabajador implica, nada más -y nada menos- que quedarse fuera de la empresa y no acceder al nuevo puesto de trabajo, tal y como está configurado.

Por su parte, el rechazo del empresario a la propuesta de trabajar a distancia formulada por el trabajador no supone, en general y por sí mismo, consecuencias negativas, ni para aquel ni para este último. Si acaso, las consecuencias para el empresario podrían derivar del incumplimiento de un previo acuerdo al respecto, y para el segundo, del hecho de no poder trabajar a distancia y atender a los intereses privados, como se pretendía hacer con la oferta rechazada.

Propuesta de mejora: dado que el empresario no puede imponer al trabajador la decisión de trabajar a distancia ni perjudicarle en caso de negativa, sería útil que el convenio estableciese la obligación expresa de informar a los representantes de todas las propuestas empresariales formuladas en tal sentido, y no solo de los acuerdos firmes de teletrabajo. El objetivo sería el fiscalizar la conducta empresarial posterior a un rechazo del trabajador, en orden a asegurarse de que no se produce un empeoramiento de las condiciones laborales o, incluso, acoso a aquel. Asimismo, cabe sugerir que los convenios exijan a las partes que justifiquen sus respectivas propuestas de teletrabajo y respuestas a las mismas (especialmente si son negativas) en razones objetivas y fundamentadas, relacionadas -según los casos- con circunstancias empresariales del proceso productivo y de la vida privada y personal de las personas. En este sentido, cuando el empresario plantea el teletrabajo como una alternativa al despido objetivo¹⁴, en el que poca libertad de elección tiene el trabajador, debe exigirse a aquel la aportación de causas objetivas que justifiquen tal planteamiento.

3. Respeto a la voluntad de las partes en la decisión de revertir el trabajo a distancia. Cuando se trata de poner fin a esta experiencia y volver a la empresa, se habla de reversibilidad en la manera de trabajar, la cual resulta más fácil de conseguir para el trabajador cuando dicha forma de prestar servicios no forma parte de la configuración inicial del puesto de trabajo, sino que es introducida una vez que está vigente la relación laboral. En tal caso, puede tenerse ya la cautela de incluir en el acuerdo específico una cláusula que garantice tal posibilidad, particularmente para el supuesto de que surjan circunstancias que así lo

.....

14 Así, art. 11.3 convenio colectivo de «Carlson Wagonlit España, SLU» (Res. DGE de 20 junio 2013; BOE de 10 julio).

justifiquen (como disminución del rendimiento laboral, falta de adaptación a las nuevas circunstancias externas, efectos perjudiciales en la salud del trabajador y otras similares). Sea como fuere, también parece responsabilidad del empresario el estar atento a los efectos que el trabajo a distancia cause en el trabajador y, consecuentemente, adoptar, en cualquier momento, las medidas de corrección que procedan, que pueden llevar a la reincorporación de aquel en la empresa o, en su caso, a poner fin a la relación laboral, sin más.

Entre los aspectos de interés que plantea la reversibilidad del trabajo a distancia en los convenios colectivos analizados, cabe mencionar los siguientes:

1) La titularidad del referido derecho corresponde a ambas partes del contrato. Como también indicó el AMET, la voluntad de ambas partes resulta relevante, aparte de en el momento del inicio, en el de la conclusión de esta experiencia de trabajo a distancia. Por lo tanto, todos los convenios deberían dejar claro que ambas partes pueden plantear a la otra su decisión de no continuar con el trabajo a distancia, sin que el que toma tal decisión pueda ser obligado a seguir en tal situación en contra de su voluntad, de manera indefinida o por el tiempo máximo fijado inicialmente y sin atender a posibles razones que aconsejen lo contrario¹⁵. Con todo, algunos convenios solo relacionan la reversibilidad con una de las partes, al menos expresamente.

2) La reversibilidad debe justificarse en razones objetivas. En principio, tal requisito debería exigirse a ambas partes del contrato, a efectos de demostrar la razonabilidad y objetividad de la ulterior decisión. Sin embargo, no faltan acuerdos que, al prever la reversión, guardan silencio al respecto¹⁶, lo que parece dar a entender que es la simple voluntad de la parte interesada la que es suficiente para poner fin a la experiencia, o solo exigen a la empresa que justifique su decisión de poner fin al trabajo a distancia, pero no al trabajador¹⁷. Tal diferencia quizás busca el asegurar que la decisión de aquella no sea injustificada, caprichosa o discriminatoria y parece partir del dato de que sea el trabajador el que haya solicitado experimentar tal forma de trabajo, y que desea seguir con ella. Las razones del empresario se suelen relacionar con la existencia de causas organizativas, productivas o tecnológicas o, en definitiva, con el hecho de que el cambio de puesto del teletrabajador y su nueva actividad no se adecúen a los requisitos exigidos para poder desarrollarlos a distancia. En su caso, las razones a alegar por el trabajador se relacionan con la inadaptación al nuevo modo de trabajar o a las consecuencias negativas que conlleva.

3) La parte promotora de la reversibilidad debe preavisar a la otra sobre su intención. El que las partes tengan que preavisar a la otra con una antelación mínima (por ejemplo,

.....

15 Así, art. 20 convenio colectivo estatal para «el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo» (2012-2015), cit.

16 Art. 36 convenio colectivo «Thales España GRP, SAU» (Res. DGE de 23 noviembre 2015; BOE de 9 diciembre).

17 Acuerdo colectivo sobre las condiciones de la prestación de servicios en el banco BBVA en régimen de teletrabajo, de 27 julio 2011.

de quince días¹⁸ o uno¹⁹ o dos²⁰ meses) busca el evitar la indefensión e imprevisión de un cambio sustancial en las condiciones laborales, como es el del lugar y forma de trabajar a distancia. Dicho preaviso se exige a ambas partes, pues, en su caso, también la empresa necesita conocer con antelación el giro de voluntad del trabajador para ubicarle, otra vez, en el centro de trabajo tradicional. Además, aunque no se indica expresamente, cabe pensar que el plazo apuntado es suficientemente largo como para permitir que la parte destinataria del preaviso pueda ejercer algún derecho de oposición frente al mismo, quizás ofreciendo otras razones para intentar evitar el cambio y seguir en la situación actual. Con todo, no falta algún supuesto en el que también se prevé la exención de la obligación de preaviso cuando, por ejemplo, «circunstancias justificadas hagan necesaria la reincorporación total e inmediata de la persona a la oficina», con el fin de atender intereses empresariales²¹.

Y 4) el ejercicio de la reversibilidad puede condicionarse o no al transcurso de un tiempo mínimo de trabajo en la nueva forma de prestar servicios a distancia. En los casos en los que se exige tal período mínimo de espera, este parece querer evitar decisiones precipitadas y dar tiempo al tiempo para que el sujeto pueda adaptarse a la nueva situación. De hecho, algún convenio prevé que, «de ejercerse el derecho de reversibilidad durante los seis primeros meses desde el inicio de la prestación de servicios en régimen de teletrabajo», aquel no se hará efectivo hasta la conclusión del referido período. Ahora bien, si el empleado solicita la reversión, una vez transcurrido el citado plazo, «pasará a prestar servicios de manera presencial», y lo hará «tal y como venía haciendo con carácter previo» al inicio del teletrabajo²². Repárese en que esta última precisión parece indicar que, cumplido ese período mínimo y preceptivo de espera, el trabajador tiene derecho a reincorporarse a su anterior puesto y condiciones laborales, sin cambio alguno, lo que intenta impedir un cambio *in peius* en las condiciones de trabajo, de carácter discriminatorio, impuesto como represalia por el cambio solicitado por el trabajador. Lógicamente, parece que la misma filosofía debe aplicarse en el caso de que la reversión sea instada por el empresario. Por lo demás, en estos casos de período de espera inicial, una vez transcurrido este, parece que la posibilidad de solicitar la reincorporación ya no se limita a ningún plazo más y puede ejercerse en cualquier momento durante la vigencia del contrato de teletrabajo.

.....

18 Cfr. acuerdo de implantación del teletrabajo, incluido en el convenio colectivo de «Telefónica de España, SAU» (Res. DGT de 10 octubre 2006, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación de diversos acuerdos específicos, entre ellos este de teletrabajo, que pasan a formar parte del citado convenio; BOE de 3 noviembre). También art. 46.3.2 XII convenio colectivo de «Repsol Química, SA» (Res. DGE de 30 abril 2015; BOE de 21 mayo).

19 Art. 38.2 III convenio colectivo de «Orange Espagne, SAU» (antes France Telecom España, SAU) (Res. DGE de 5 agosto 2014; BOE de 21 agosto).

20 Acuerdo colectivo sobre las condiciones de la prestación de servicios en el banco BBVA en régimen de teletrabajo, citado.

21 Art. 46.3.2 XII convenio colectivo de «Repsol Química, SA», ya citado.

22 Acuerdo colectivo sobre las condiciones de la prestación de servicios en el banco BBVA en régimen de teletrabajo, citado.

Frente a los recién expuestos, otros acuerdos específicos de teletrabajo no condicionan la posibilidad de ejercer la reversibilidad hacia el trabajo presencial a un tiempo mínimo de espera, por lo que aquella puede plantearse desde el mismo comienzo del trabajo a distancia. Ahora bien, en estos casos, en los que no hay un período mínimo de espera, la opción por el retorno a la empresa puede limitarse en el tiempo, o sea, hasta un tope máximo, para evitar la incertidumbre. Así, en algunos convenios se prevé que «este principio de reversibilidad, que garantiza la vuelta al puesto de trabajo de forma presencial», se aplicará durante los dos²³ o tres²⁴ «primeros meses», tras los cuales, «el trabajador quedará sometido al desarrollo de su actividad laboral mediante teletrabajo hasta transcurrido un año de la firma del acuerdo individual». Cumplido ese primer año, surtirá efecto su prórroga, momento en que el trabajador recuperará la reversibilidad y la posibilidad del retorno físico al puesto de trabajo durante los dos o tres meses siguientes, según proceda; de no ejercitar ese derecho de reversión, se prorrogará el acuerdo por un nuevo año.

En una línea de máxima flexibilidad, algún acuerdo incluso prevé el ejercicio de la reversibilidad, para ambas partes del contrato, «en cualquier momento» (sin espera inicial ni tope máximo de ejercicio), con el único requisito de que se preavise por escrito²⁵. La conclusión que se extrae de los acuerdos colectivos citados es la de que la reversibilidad se entiende como una puerta de salida necesaria para ambas partes de la relación laboral, y que puede abrirse, según las preferencias del caso, tras el comienzo mismo de la puesta en marcha de la experiencia o tras un período mínimo de espera y adaptación a la misma y, en su caso, permanecer abierta hasta el fin del contrato.

Propuesta de mejora: aunque el AMET parece reservar la posibilidad de la reversibilidad del trabajo a distancia solo para el caso de que este no forme parte de la descripción inicial del puesto (art. 3, último párrafo), en mi opinión, si ambas partes quieren, nada puede impedir que la mencionada posibilidad también se aplique a ese supuesto, en el que el contrato de trabajo se configura inicialmente como «a distancia». Ahora bien, en tal caso el acuerdo colectivo (o individual) debe especificar claramente la modalidad contractual y condiciones laborales con las que el teletrabajador entraría en la empresa como empleado «presencial», pues se carece de antecedentes al respecto. De otro lado, como se aprecia que todas las causas mencionadas para justificar la reversibilidad del trabajo a distancia por parte de la empresa apuntan a sus propios intereses organizativos, cabe

.....

23 Cfr. acuerdo de implantación del teletrabajo incluido en el convenio colectivo de «Telefónica de España, SAU», ya citado. Art. 61.7 del II convenio colectivo del «Grupo ONO (Cableuropa, SAU y Tenaria, SA)» (Resolución DGE de 11 junio 2013; BOE de 1 julio).

24 Acuerdo de implantación del teletrabajo en TELYCO de 16 diciembre 2009. Anexo II del XI convenio colectivo de TELYCO, UGT (2008-2010), que desarrolla su cláusula 24ª, citado.

25 Cfr. art. 46.3.2 XII convenio colectivo de «Repsol Química, SA», ya citado. En alguna ocasión, la reversibilidad exige, únicamente, el «acuerdo entre el trabajador y la empresa» (art. 19 IV convenio colectivo estatal «de prensa diaria»; Res. DGE de 18 septiembre 2013; BOE de 3 octubre).

aconsejar a los sujetos negociadores que también tengan en cuenta los posibles motivos de reversibilidad del teletrabajo que busquen proteger la salud e integración laboral y personal del trabajador en aquella, que igualmente son importantes. Asimismo, también parece razonable que los convenios exijan al trabajador que toma la iniciativa de poner fin a la experiencia del trabajo a distancia la alegación de razones objetivas para ello, especialmente si, previamente, ya existía relación laboral entre las partes y aquel desea reincorporarse a la empresa. Por último, los convenios deberían dejar claro que, en caso de que el trabajador ejerza la reversión, no cabe un empeoramiento de sus condiciones laborales como represalia.

2.4. La duración del acuerdo de teletrabajo: reversibilidad y período de prueba. La reversibilidad del teletrabajo se relaciona con otro aspecto de interés: la duración de aquel. En principio, el teletrabajo -en cuanto nuevo modo de trabajar- no aparece configurado legalmente con un carácter temporal y sometido a un determinado período de vigencia. Así, en algún convenio colectivo se prevé que, con carácter general, el sistema de teletrabajo entrará en vigor en la fecha en que se indique en el acuerdo de teletrabajo suscrito por las partes y tendrá una duración indefinida. No obstante lo cual, el mismo convenio admite la existencia de supuestos en los que los trabajadores puedan teletrabajar «por tiempo determinado», por ejemplo, solo durante «un período o fase concreta de un proyecto»²⁶ o durante una determinada situación excepcional que impide el trabajo presencial²⁷; en cuyo caso, se formalizará un acuerdo de teletrabajo a término, con un *dies ad quem* cierto y expreso (fecha concreta) o incierto, pero implícito (por ejemplo, ligado a la terminación de la tarea a realizar a distancia, la superación de la necesidad familiar de conciliación o la circunstancia objetiva que justificó la puesta en marcha de esta manera de trabajar).

En todo caso, la duración temporal -fijada, habitualmente, en un máximo de seis meses o un año²⁸- se puede prorrogar, siempre que haya acuerdo entre el empleado y la empresa (lo que suele requerir que la experiencia previa se califique de exitosa para ambas partes), en uno o varios períodos sucesivos, iguales o no al inicial. Así, por ejemplo, en algún supuesto se establece un plazo inicial de seis meses y otros posibles sucesivos de tres; la prórroga de aquel debe formalizarse con una cierta antelación (v. gr., de 15 días) a la terminación del primer plazo²⁹. El carácter temporal del teletrabajo no debe

26 Art. 38.2 III convenio colectivo de «Orange Espagne, SAU» (antes France Telecom España, SAU), ya citado.

27 Art. 24 convenio colectivo de «Adidas España, SAU», cit., en el caso de autos, la situación de teletrabajo terminará al transcurrir el período inicialmente previsto o, incluso antes, cuando concluya la situación que impida el trabajo presencial en la empresa.

28 Anexo V convenio colectivo de «empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU» (Res. DGE de 28 diciembre 2015; BOE de 21 enero).

29 Art. 33 IV convenio colectivo de «Numil Nutrición, SRL» (Res. DGE de 16 agosto 2012; BOE de 31 agosto) y art. 34 V

valorarse como algo negativo, pues, aparte de por causas objetivas como las ya apuntadas, puede justificarse por la cautela de implantar aquel lentamente y con precaución, en orden a detectar cualquier posible problema que pueda surgir y proceda corregir con facilidad.

Sea como fuere, la temporalidad no parece eliminar la posibilidad de denuncia del trabajo a distancia por las partes, en orden a ejercer la reversibilidad y recuperar su carácter presencial, especialmente cuando aquella temporalidad tiene una cierta entidad, que quizás pueda situarse a partir del semestre. En todo caso, salvo previsión expresa, la denuncia y terminación del acuerdo de teletrabajo no conllevará el derecho a recibir compensación o indemnización alguna entre las partes³⁰.

Por lo demás, el hecho de que la experiencia de teletrabajo admita su reversibilidad (con o sin preaviso), o de que el acuerdo homónimo sea temporal, no obsta a la existencia de un período de prueba, como sucede en cualquier otro contrato de trabajo. Así, por ejemplo, no falta algún convenio que prevé ambas figuras en relación con un contrato temporal de un año: la reversibilidad durante los dos primeros meses y el período de prueba durante un mes más (tres en total), cuyo no ejercicio (con finalidad extintiva) por las partes determina la renovación del contrato de manera automática al cabo del año³¹. Repárese en que la compatibilidad de ambas figuras está justificada en cuanto tienen fines distintos: la reversibilidad busca el volver a la empresa si la experiencia del trabajo a distancia -una diferente manera de trabajar- tiene efectos perjudiciales o nefastos para el sujeto o su productividad (lo que también repercute negativamente en la empresa) y el período de prueba pretende poner fin a la relación laboral, en sí misma, si las pruebas o prácticas a realizar durante el mismo no cumplen las expectativas iniciales, especialmente por parte del empresario. Por lo tanto, los fines y las causas alegadas por la parte que quiere hacer uso de las figuras en cuestión (reversibilidad y período de prueba) parecen claramente distintos.

Propuesta de mejora: cuando las dos figuras recién mencionadas se prevean conjuntamente para un mismo supuesto de hecho conviene delimitar claramente su régimen jurídico, especialmente si la no superación del período de prueba durante el teletrabajo supone la extinción total de la relación laboral con la empresa o la posibilidad de recuperar la relación laboral previa. Asimismo, la duración temporal del teletrabajo debería justificarse en razones objetivas y, en caso contrario, preverse con carácter indefinido, con independencia de la posibilidad de recurrir a la reversibilidad por ambas partes en cualquier momento, aunque con base en motivos justificados.

.....

convenio colectivo de la empresa «Nutricia, SRL», citado.

30 Art. 38.2 III convenio colectivo de «Orange Espagne, SAU», cit.

31 Art. 61.7 del II convenio colectivo del «Grupo ONO (Cableuropa, SAU y Tenaria, SA)», cit.

5. *Preferencia por un modelo combinado de trabajo a distancia y presencial en la empresa, con primacía de este último y de los intereses de la misma.* Siguiendo la regla legal del art. 13 ET, la mayoría de convenios colectivos parte de un modelo combinado de trabajo presencial en el centro de trabajo y a distancia en el domicilio del trabajador, por lo que el teletrabajo se configura a tiempo parcial y aquel va a prestar servicios en ambos lugares. En ocasiones, se manifiesta expresamente que esta forma de organizar el trabajo debe intentar atender, por igual, a los intereses de la empresa y del trabajador, garantizando la adecuada flexibilidad para este. Como reflejo de ello, la distribución durante la semana de las jornadas a trabajar en el domicilio y en la empresa se establecerá, generalmente, de mutuo acuerdo entre el empleado y el supervisor³².

Sin embargo, a continuación se deduce una primacía en la defensa de los intereses de la empresa, al menos, en lo dispuesto respecto del tiempo de trabajo a distancia. Así se dispone que «el teletrabajo no puede suponer limitación a la adecuada y eficaz organización del trabajo», por lo que no puede ser una excusa para dejar sin atender la sustitución de compañeros de baja, variaciones de actividad u otros imprevistos³³. Por lo tanto, la designación de los días y horarios pactados para el desarrollo del teletrabajo no debe impedir la normal realización de la actividad empresarial, «permitiéndose las variaciones que sean precisas en atención a las necesidades organizativas, siempre con pleno respeto a la jornada laboral y horarios de su centro»³⁴. En otras palabras, se parte del principio general de que el trabajo debe realizarse como si el empleado estuviese en la oficina, por lo que este «podrá ser requerido para asistir al centro de trabajo habitual en cualquier momento que las necesidades» de la empresa lo exijan, dentro de su jornada laboral y del calendario y horario del régimen de jornada habitual³⁵. Las posibles llamadas que se hagan al trabajador para atender el trabajo presencial pueden actuar como elemento de juicio para plantear la reversibilidad del trabajo a distancia, la cual también puede ser a iniciativa de la empresa.

Aunque la consideración de los intereses de esta última no resulta algo criticable, por sí mismo, la defensa de los mismos puede llevar a situaciones en las que el teletrabajo sea más una medida empresarial de mejora de los resultados económicos de aquella que de conciliación de la vida laboral y privada del trabajador. De hecho, puede que el requerimiento empresarial de volver a la empresa para atender asuntos laborales que requieran allí la presencia del trabajador perjudique el delicado equilibrio organizativo del trabajador y su familia. Así, sorprenden las escasas indicaciones que se efectúan a las necesidades de conciliación de este, las cuales pueden actuar, por ejemplo, como causa justificativa

32 Art. 36 Convenio colectivo «Thales España GRP», ya citado.

33 Cláusula sexta, B), Acuerdo colectivo sobre las condiciones de la prestación de servicios en el banco BBVA, citado.

34 Ibídem. También art. 74 XII Convenio colectivo de «Hibu Connect» (Res. DGE de 28 mayo 2013; BOE de 12 junio).

35 Art. 36 Convenio colectivo «Thales España GRP», cit. y art. 43 convenio «Alcatel Lucent España» (Res. DGE de 28 enero 2015; BOE de 10 febrero).

de la concesión de la solicitud del teletrabajo o de la flexibilidad horaria, y, sin embargo, pocos convenios la consideran así. Quizás ello sucede porque en tales convenios el teletrabajo se configura más como una medida empresarial de ahorro de costes o, incluso, como solución anticrisis y alternativa al cierre de centros de trabajo, que como una medida genuina de conciliación.

Con todo, resulta evidente que el teletrabajo también puede actuar como medida de conciliación y, en tal sentido, algún convenio establece que «el teletrabajador es responsable de gestionar, de manera eficaz, su tiempo entre ocio y trabajo»³⁶. Ahora bien, repárese en que esta indicación parece más una llamada de atención al trabajador que una declaración de derechos del mismo. En este último sentido, más claro resulta el convenio de alguna empresa, que directamente configura el teletrabajo como una medida de conciliación que contribuye a la mejora del clima laboral y de la motivación de los trabajadores de aquella, a la vez que del ahorro de tiempos en desplazamientos³⁷.

Propuesta de mejora: se deberían tener en cuenta también los intereses de conciliación del trabajador, al menos, en la medida de lo posible. En este sentido, se debería seguir el ejemplo de la empresa Repsol, que siempre apostó por el teletrabajo como una medida de conciliación de todos los trabajadores (incluso los que no tienen responsabilidades familiares), lo que se relaciona directamente con su claro éxito de acogida y seguimiento, con trabajadores motivados que se sienten valorados por la empresa.

6. Establecimiento de un horario común de trabajo en la empresa, con independencia del lugar donde se hallen los trabajadores. La primacía de los intereses de la empresa y la posibilidad de que el trabajador tenga que desplazarse a esta a cubrir determinados servicios exige que, aun permitiendo su deslocalización (vía teletrabajo), el trabajador deba prestar servicios durante la misma jornada y con el mismo horario que el resto de compañeros del centro de trabajo, para estar en posición de colaborar con ellos en cualquier momento. En ocasiones, ya se indica directamente que la jornada del teletrabajador será la del convenio colectivo y que el horario vendrá determinado «por el horario general de la Unidad de adscripción funcional del teletrabajador»³⁸ o que la jornada y el horario del teletrabajo serán los establecidos en el convenio colectivo con carácter general³⁹. En todo caso, se aclara que el tiempo de desplazamiento entre casa y oficina no se incluye dentro del horario laboral del teletrabajador⁴⁰.

.....

36 Anexo IX. 9.5 convenio colectivo «Nokia Solutions and Networks Spain» (Resolución DGE de 14 abril 2015; BOE de 25 abril).

37 Art. 73 convenio colectivo «Repsol Butano» (Resolución DGE de 21 mayo 2012; BOE de 8 junio).

38 Art. 74 XII Convenio colectivo de «Hibu Connect», citado. También Anexo V (condiciones de laborales de los teletrabajadores, núm. 1) al convenio colectivo de «empresas vinculadas a Telefónica de España, Telefónica Móviles España y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, cit.

39 Art. 38. 2.3 convenio colectivo de «Orange Espagne», cit.

40 Anexo IX. 9.5 convenio colectivo «Nokia Solutions and Networks Spain», cit.

A efectos de matizar esta rigidez, en algunos casos se permite una cierta flexibilidad horaria en el trabajo a distancia, respecto del horario general observado en la empresa, aunque sometida a los requisitos (acumulativos o no) expuestos a continuación. El teletrabajo fuera del horario habitual: 1) debe solicitarse a instancia del trabajador; 2) debe justificarse objetivamente en función de la actividad y los compromisos profesionales propios del puesto de trabajo; o, en todo caso, no repercutir negativamente sobre el resto de compañeros ni la organización del trabajo en la empresa⁴¹; 3) debe respetar la duración máxima de la jornada ordinaria y extraordinaria, así como el descanso entre jornadas y semanas; 4) no genera compensación específica distinta al teletrabajo realizado en el horario estándar de la empresa⁴²; y 5) debe consensuarse previamente con esta última (v. gr., el supervisor del empleado)⁴³. Los concretos cambios introducidos deben documentarse por escrito, en un anexo al contrato inicial (si no figurasen en este desde un primer momento). Como se aprecia, se trata de una flexibilidad limitada o «excepcional» y consensuada con la empresa.

Propuesta de mejora: debe reconocerse que la exigencia de coincidencia horaria entre empresa y teletrabajador, establecida en las cláusulas convencionales, limita una de las grandes ventajas del trabajo a distancia, cual es la de la flexibilidad horaria y la libertad personal de poder realizar la actividad laboral cuando le viene mejor al trabajador, incluso de noche, fines de semana o festivos. Desde luego, aquel siempre puede ocuparse de tareas laborales durante estos períodos, pero, entonces (si ya ha cubierto la jornada habitual de la empresa), estaría trabajando en exceso y eliminando sus tiempos de descanso. Como propuesta concreta, los convenios deberían atender a las circunstancias personales y familiares de los trabajadores para introducir la flexibilidad horaria en el teletrabajo.

7. Escasas referencias a los derechos a los descansos mínimos. Son pocas las menciones expresas a los descansos mínimos, y, cuando se efectúan, el convenio se limita a declarar, genéricamente, el derecho a los mismos («a los descansos reglamentarios»), pero sin entrar a detallar su regulación. En alguna ocasión, se reconoce expresamente el derecho del teletrabajador a las vacaciones anuales, según lo dispuesto en convenio colectivo para el centro de trabajo al que funcionalmente aquel está adscrito⁴⁴. Desde luego, como ya se expuso, la vinculación del tiempo de descanso con la salud del trabajador impide hacer una lectura distinta a aquella que exige el reconocimiento de los mismos descansos para todo trabajador, con independencia del lugar donde se presten servicios. Por lo tanto, lo dicho

.....

41 Ibidem. También art. 61.3 convenio colectivo «Grupo ONO», cit.

42 Ibidem.

43 Art. 36 Convenio colectivo «Thales España GRP», ya citado.

44 Art. 75 XII Convenio colectivo de «Hibu Connect», cit.

para el descanso anual hay que aplicarlo a los descansos diario y semanal mínimos, a los festivos, así como a los permisos y licencias generales. Aun siendo fácil imaginar cierta modulación en el ejercicio de alguno de esos permisos (por ejemplo, la hora de lactancia), en principio no cabe negar su existencia, dado el reconocimiento legal a la igualdad de derechos entre los trabajadores presenciales y a distancia.

Asimismo, por su naturaleza peculiar, a medio camino entre el tiempo de trabajo y el de descanso, también llama la atención la ausencia de cláusulas relativas al tiempo de disponibilidad del teletrabajador. Aun sin llegar a ser tiempo de trabajo efectivo, este tiempo de disposición, en cuanto coarta la libertad del trabajador e, incluso, su derecho al descanso, debe tener unos límites claros y una compensación especial.

Propuesta de mejora: la sugerencia para las cláusulas convencionales se relaciona con la mayor atención a estos diversos tiempos de descanso, que también para los trabajadores a distancia deben garantizarse. En el caso general de teletrabajo a tiempo parcial, también puede ser de interés el aclarar qué días festivos de carácter local tiene derecho a disfrutar el trabajador, los propios del lugar donde se realiza el trabajo a distancia o los del lugar del centro de trabajo.

8. La correlación entre los sistemas de control de la jornada laboral y los sistemas de comunicación empresa-teletrabajador. En general, los convenios no aclaran que la organización del tiempo de trabajo del trabajador a distancia y su control por el empresario tienen una relación directa con el sistema de comunicación existente entre este y aquel (*on line* o interactivo, *on way line* o comunicación vía empresa trabajador y *off line* o desconectado); sin embargo, de la lectura de aquellos se desprende que es así. De este modo, los trabajadores que siguen el horario habitual de la empresa suelen estar interconectados con esta, y viceversa, por lo que el control empresarial de sus jornadas y horarios resulta posible tecnológicamente. Así, en algún caso, se dispone que «el trabajador debe estar trabajando y disponible *on line* durante las horas de presencia obligatoria que señala el calendario laboral»⁴⁵.

Con cierta frecuencia, los convenios colectivos establecen cláusulas relativas a los sistemas de control de la actividad laboral del trabajador, especialmente importantes a efectos de comprobar el cumplimiento de la jornada y horario fijados. Así, se dispone que el fichaje de «control de presencia» de aquel se efectuará desde el ordenador instalado en su domicilio, «a través del portal del empleado en la intranet»⁴⁶. En otras palabras, el trabajador a distancia puede quedar obligado a comunicar el inicio y el fin de su actividad laboral, accionando para ello el denominado «dispositivo de presencia», lo

.....

45 Art. 38. 2.3 convenio colectivo de «Orange Espagne», citado.

46 Art. 75 XII Convenio colectivo de «Hibu Connect», cit.

que sirve para que el empresario pueda controlar el cumplimiento del tiempo de trabajo (ordinario y extraordinario). La obligación de controlar este tiempo de trabajo, a efectos de determinar si hay o no horas extraordinarias, ha sido ratificado por los tribunales españoles⁴⁷. Alguna cláusula se limita a señalar que, si durante el teletrabajo surgen horas extras, a estas se les aplicará lo establecido en convenio colectivo⁴⁸. Dada la importancia de este punto, resulta sorprendente y criticable que los sujetos negociadores no entren en más detalles.

En todo caso, estos sistemas de control telemático admiten distintas modalidades en función de la tarea desempeñada por el trabajador, quien debe ser cumplidamente informado de los mismos. El empresario también debe informar de ellos a los órganos de representación de los trabajadores y a otros que se indique en el convenio (como, por ejemplo, la comisión de vigilancia e interpretación del convenio). Lógicamente, siempre es necesario que aquellos respeten la dignidad e intimidad del sujeto afectado, así como sus datos personales, y sean proporcionados al objetivo perseguido.

Propuesta de mejora: se recomienda una mayor atención a los sistemas de control del teletrabajador y al establecimiento de unos límites claros (proporcionalidad, adecuación) al poder del empresario, especialmente para proteger los derechos a la dignidad e intimidad de los trabajadores.

9. Pocos detalles se aportan sobre la contraprestación básica de la empresa: el pago del salario. En general, los convenios que se pronuncian sobre el particular lo hacen para declarar que esta nueva forma de trabajar no tiene impacto en el salario a percibir por el trabajador. Ocasionalmente, se relaciona el salario a percibir con el tiempo de trabajo, como sucede cuando se establece que la fijación de aquel se hará según el horario general de la unidad a la que pertenezca el teletrabajador, que será también el de este cuando preste servicios de modo presencial en la oficina. En este caso, el horario general se utiliza para limitar el salario del trabajador a distancia, pues se aclara expresamente que no se podrá utilizar este modo de trabajar «como instrumento para generar derecho a nuevas compensaciones económicas»⁴⁹. Desde luego, este tipo de declaración -que refleja la preocupación y los intereses de la empresa- se opone a otras que, incluso, prevén una compensación económica al trabajador por los gastos derivados de la realización de la actividad laboral en el domicilio, denominada aquella «complemento de teletrabajo». En algunos casos, dicha compensación se percibe con carácter mensual y alcanza una cuantía bruta variable (por

47 STSJ Castilla-León de 2 febrero 2016, número recurso 2229/2015.

48 Anexo IX. 9.5 convenio colectivo «Nokia Solutions and Networks Spain», citado.

49 Anexo V (condiciones de laborales de los teletrabajadores, núm. 1) al convenio colectivo de «empresas vinculadas a Telefónica de España, Telefónica Móviles España y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones» y art. 61.3 convenio colectivo «Grupo ONO», ambos citados.

ejemplo, 50⁵⁰, 60⁵¹, 200⁵² o 448,41⁵³ euros), con previsión de su incremento anual según el IPC real del año anterior.

Este tipo de convenio sigue lo dispuesto en el AMET, que prevé que el empleador debe compensar o cubrir los gastos causados directamente por el trabajo, en particular, los relativos a las comunicaciones; asimismo, aquel es responsable de los costes debidos a pérdida o daño del equipo (cláusula 7) y, por supuesto, a su adquisición, si el mismo no es facilitado por la empresa. En todo caso, repárese en que tales compensaciones no tendrán la naturaleza de salario, sino de indemnizaciones por la asunción por parte del trabajador de gastos derivados de la realización de la actividad laboral, incluidos los relativos a la adquisición de instrumentos de trabajo necesarios para efectuar aquella, lo que propiamente corresponde al empresario, aun adelantados por aquel. En este sentido, algún convenio aclara que dicha cuantía va dirigida a compensar, «aparte de la incomodidad que pudiera tener la oficina en el domicilio, los gastos de calefacción, luz, limpieza, así como cualquier otro de similar naturaleza»⁵⁴. Además, también se precisa que dicho complemento es compatible con otros conceptos anteriores (como la ayuda alimentaria) o que puedan plantearse en el futuro (como la dieta de viaje, alojamiento y manutención por viajes a otros centros ajenos al que está adscrito)⁵⁵.

Propuesta de mejora: se recomienda un mayor detalle sobre todos los aspectos relativos al salario del trabajador, así como respecto de otras compensaciones económicas que aquel tenga derecho a percibir por los gastos soportados para realizar la actividad laboral. Respecto del salario, será importante que los convenios valoren el sistema salarial -por unidad de tiempo u obra- que mejor se adapte a la forma de prestar la actividad laboral, pues si el trabajador trabaja desconectado de la empresa puede ser oportuno fijar un salario por unidad de obra. Por lo que se refiere a las compensaciones adicionales, resulta necesario dejar clara su naturaleza extrasalarial, corrigiendo la des-
acertada literalidad de algunos de los convenios vigentes (que llaman a aquellas «salario»). También sería conveniente clarificar la concreta forma de compensar (en tiempo o en efectivo) las horas extraordinarias, pues, cuando se pruebe su existencia, es claro que las mismas deben abonarse. Otro tanto cabe aplicar a los días festivos coincidentes

.....

50 Acuerdo colectivo sobre las condiciones de la prestación de servicios en el banco BBVA en régimen de teletrabajo, citado. En el art. 44 convenio colectivo de «Alcatel-Lucent España, SA», cit., la cantidad de 54,44 euros mensuales se percibe solo si el teletrabajo es a tiempo completo, por inexistencia de centro de trabajo.

51 Art. 52 convenio colectivo de «Telefónica On the Spot Services, SAU», cit. En este caso, se insiste en el carácter salarial de este complemento no consolidable, sujeto a cotización y tributación.

52 Sección 11 Acta del acuerdo de modificación del I convenio de «Tecnocom España Solutions, Tecnocom Telecomunicaciones y Energía y Tecnocom SyA» (Res. DGE de 31 marzo 2014; BOE de 11 abril). Este complemento se condiciona al trabajo en el domicilio durante un mínimo de 100 días laborales en un año natural.

53 Art. 51 convenio colectivo de «BP Oil España, SAU» (Resolución DGT de 22 julio 2010; BOE de 6 agosto).

54 *Ibidem*.

55 Acuerdo colectivo sobre las condiciones de la prestación de servicios en el banco BBVA en régimen de teletrabajo, de 27 julio 2011.

con días laborales, tanto si son los de la localidad de la empresa o del lugar donde se realiza el teletrabajo.

10. La provisión y manejo de equipos e instrumentos de trabajo. Dado el silencio del art. 13 ET, en materia de equipos de trabajos, los convenios españoles siguen lo dispuesto en el AMET, como ya hacían antes de aquel. Así, las cláusulas convencionales españolas suelen observar la regla general de que debe ser el empresario el que facilite al trabajador los equipos e instrumentos de trabajo. Con todo, algún convenio establece matices en cuanto distingue entre el teletrabajo a tiempo completo y a tiempo parcial, a efectos de atribuir la responsabilidad de proveer los instrumentos de trabajo. Así se prevé que si el teletrabajo es a tiempo completo (por cierto, esta modalidad no encaja en la literalidad del art. 13 ET) y el trabajador no tiene un puesto asignado en la empresa, será obligación de esta última facilitar todos los citados instrumentos de trabajo, salvo que el empleado prefiera aportar los suyos; ahora bien, si el teletrabajo es parcial, corresponderá al trabajador usar «sus recursos particulares, dado que la empresa ya asume el coste del puesto de trabajo» en el centro de trabajo (sic)⁵⁶. Como es fácil apreciar, este último argumento de la empresa resulta discutible, y debería ser siempre ella la que asumiese su obligación de facilitar los instrumentos de trabajo, con independencia del lugar donde preste servicios el trabajador.

La obligación empresarial principal de facilitar los instrumentos de trabajo, especialmente los de carácter tecnológico e informático (por ejemplo, ordenadores fijos, portátiles, webcam, teléfonos inteligentes, impresoras y similares), incluye las secundarias de instalación, reparación y actualización de aquellos y, en su caso, del *software* correspondiente. Para algún convenio, el equipo de trabajo debe entenderse en sentido amplio, por lo que también incluye la obligación de facilitar material ordinario de trabajo (folios, carpetas) e, incluso, de ser necesario, mobiliario de oficina (una mesa, silla y, en su caso, otros accesorios necesarios: lámpara, atril y similares). En ese sentido, en ocasiones se apuntan, como principios básicos, los siguientes⁵⁷: 1) el teletrabajador no debe sufrir ninguna disminución de medios disponibles y herramientas de trabajo respecto de cualquier otro del centro; 2) el suministro de equipos se efectuará de manera que no exista duplicidad de los que son de propiedad de la empresa; y 3) las herramientas de trabajo se adecuarán al entorno profesional más adecuado al teletrabajador, a efectos de que este realice la actividad laboral con la mayor autonomía y rendimiento posibles.

Asimismo, aquella obligación empresarial implica -como ya se apuntó en el punto anterior- la asunción de los gastos propios derivados de la realización del trabajo en el día a día, particularmente los relativos a las comunicaciones interactivas con la empre-

.....

⁵⁶ Art. 73 XII convenio colectivo de «Hibu Connect, SAU», cit.

⁵⁷ Acuerdo de implantación del teletrabajo en TELYCO y art. 60 convenio colectivo del «Grupo ONO», citados.

sa, clientes o, en fin, proveedores. Precisamente, en orden a facilitar las comunicaciones interactivas entre el teletrabajador y aquellos, en ocasiones se prevé que la empresa debe instalar, y a su cargo, una línea ADSL de acceso a internet, con tarifa plana, en el domicilio del empleado⁵⁸. La premisa es que la modalidad de teletrabajo no puede suponer para el trabajador «un mayor coste en sus comunicaciones» que si trabajase en la empresa. Sobre otros gastos relacionados con el desarrollo del trabajo (v. gr., agua, luz o calefacción) y la adaptación del domicilio para poder realizar aquel, la posición no siempre es unánime sobre su asunción por la empresa, atribuyéndolos así al trabajador⁵⁹.

Todo este material se facilita al trabajador en concepto de depósito, por lo que procede su devolución a la empresa, una vez concluida la experiencia de trabajo a distancia⁶⁰. Aquel tiene el deber de cuidar y usar adecuadamente el equipo y los instrumentos de trabajo proporcionados y, por lo tanto, será responsable de los daños causados por un uso indebido o negligente de los mismos, bien por él, bien por terceros. Sin embargo, no ocurre así con los daños derivados del desgaste normal y relacionados con el desarrollo de la prestación laboral. Respecto de los sistemas de comunicación, dicha obligación de uso adecuado implica, también, la obligación de no recoger ni difundir material ilícito mediante internet a través de los medios materiales facilitados por la empresa para realizar la actividad laboral⁶¹. En ocasiones, este uso adecuado de internet se entiende de manera más restrictiva e impide su uso para fines privados del trabajador (de trabajo u ocio), aun siendo sus contenidos lícitos, lo que puede justificarse desde la posición de defensa de los intereses económicos del empresario.

Entre los aspectos de interés desarrollados por los convenios españoles, más allá de lo dispuesto en el Acuerdo europeo, cabe señalar, por ejemplo, que, en el supuesto de que los instrumentos y el equipo de trabajo sean facilitados por el propio trabajador, se apunta la necesidad de pactar el régimen de «amortización» de aquellos con el empresario⁶². Además, se exige que ese equipo de trabajo observe las características ergonómicas necesarias para valorarse como seguro, desde el punto de vista de la evaluación de los riesgos laborales.

Propuesta de mejora: establecimiento de la obligación del empresario de facilitar el equipo y los instrumentos de trabajo al empleado en todo caso, con independencia del carácter parcial o total del trabajo a distancia. Otro tanto debe suceder con la asunción de los gastos ordinarios derivados de la realización de la actividad laboral. También deberían

.....

58 Art. 36 convenio colectivo «Thales España GRP, SAU», cit.

59 Así sucede en el acuerdo de implantación del teletrabajo en TELYCO, en anexo V al convenio colectivo de «empresas vinculadas a Telefónica de España, Telefónica Móviles España y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones» y art. 60 convenio colectivo del Grupo ONO, todos citados.

60 Acuerdo colectivo sobre las condiciones de la prestación de servicios en el banco BBVA en régimen de teletrabajo; art. 36 convenio colectivo «Thales España GRP, SAU», citados.

61 Art. 73 XXIV convenio colectivo de «Repsol Butano, SA», citado.

62 Art. 19 IV convenio colectivo estatal «de prensa diaria», cit.

regularse con detalle las incidencias en los equipos de trabajo, a efectos de su reparación por los técnicos de la empresa (modo de comunicación, entrada en el domicilio, gastos de reparación), así como la posibilidad o no de que el trabajador tenga acceso a internet y a sus diferentes aplicaciones, especialmente al correo electrónico y otros programas de comunicación interactiva, para usos privados.

11. El necesario respeto a la dignidad e intimidad del teletrabajador en todas las actuaciones empresariales. Si siempre es necesario que el empresario respete los derechos fundamentales a la dignidad e intimidad del teletrabajador, en el caso del teletrabajo dicha importancia se incrementa debido al lugar en el que se desarrolla la actividad laboral: el domicilio particular. Dicha obligación empresarial debe entenderse en sentido amplio y aplicarse, además de al control del tiempo de trabajo apuntado *supra*, al ejercicio de las diferentes actuaciones del poder de dirección y control, como, por ejemplo, las relacionadas con la entrada física o virtual en el domicilio para la instalación, reparación o actualización de los instrumentos de trabajo, especialmente de carácter informático; la realización de actividades en materia preventiva (la evaluación de los riesgos laborales, adopción de medidas de protección); la resolución de problemas laborales y similares.

De otro lado, la dignidad e intimidad del trabajador también puede estar en riesgo, aun sin entrada física en el domicilio, cuando la empresa controla el acceso a internet realizado por aquel o examina el contenido de los programas informáticos usados para la prestación laboral, incluido los de mensajería y correo electrónico. En principio, tanto el acceso al domicilio como el control de esos programas informáticos se justifica en el art. 20.3 ET, pero este mismo precepto pone un importante límite: la dignidad del trabajador. Otro tanto sucede en el AMET (cláusula 6; a diferencia del ET, que guarda silencio al respecto). Ello exige que el control empresarial, por un lado, esté justificado en su estricta finalidad laboral, limitándose a verificar el cumplimiento por el trabajador de sus deberes laborales, y, por otro, sea respetuoso con sus derechos fundamentales a la dignidad, intimidad y secreto de las comunicaciones [arts. 18 CE y 4.2.e) ET]. Un buen criterio a seguir es el respeto al principio de proporcionalidad establecido por el Tribunal Constitucional, lo que exige el triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Propuesta de mejora: en general, los convenios colectivos guardan silencio en este punto o se limitan a mencionar el deber empresarial de respetar la vida privada o los derechos fundamentales del trabajador, sin mayor desarrollo. Ante tal situación, conviene animar a los agentes sociales a entrar a regular con detalle los mismos, así como las obligaciones del trabajador en el manejo de esas herramientas de trabajo. La fijación de unos criterios generales, justos y conocidos de antemano aporta seguridad jurídica al teletrabajo, con independencia de que ciertos detalles pueden dejarse al acuerdo individual. La regla general

debe ser la del equilibrio entre los derechos de ambas partes, permitiendo que el empresario ejerza sus poderes de dirección y control de la actividad laboral, a la vez que se respete el contenido básico de los derechos fundamentales del trabajador.

12. La protección de los datos personales y los procesados por el teletrabajador durante la actividad laboral. Sabido es que el AMET (cláusula 5) establece la responsabilidad de la empresa en la adopción de las medidas adecuadas, especialmente respecto del *software*, para garantizar la protección de los datos usados y procesados por el trabajador con fines profesionales. En tal sentido, aquella debe informar a este tanto de esas medidas como de las posibles restricciones de uso de los equipos y, en caso de incumplimiento, de las potenciales sanciones.

En nuestro Derecho, abundan las cláusulas que intentan proteger los intereses empresariales y ponen el acento en la responsabilidad del trabajador, quien debe cumplir todas las medidas necesarias dispuestas por la empresa para no difundir, perjudicar o usar indebidamente los datos y documentos relacionados con el trabajo, que deben ser conservados con el máximo celo y en perfecto estado. Así, se insiste en los deberes del trabajador de «guardar secreto y de tratar confidencialmente» la información a la que pueda tener acceso como consecuencia del trabajo realizado desde su domicilio⁶³.

El teletrabajador también debe cumplir lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos de carácter personal, tanto la general (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, LOPD) como la particular que pueda establecer la empresa⁶⁴. En orden a reforzar la responsabilidad del trabajador, los convenios exigen que, en el acuerdo específico de teletrabajo, aquel declare que conoce sus derechos y deberes en la materia⁶⁵, lo que también debe implicar que el empresario le haya informado previamente de ellos.

Propuesta de mejora: respecto de los datos de carácter personal del teletrabajador, llama la atención que los convenios guarden silencio sobre la obligación del empresario de protegerlos. Aquellos deberían reconocer la libertad informática o autodeterminación o intimidad informática del trabajador, entendida como la facultad de este de conocer y controlar las transacciones que se realicen con sus datos, de decidir sobre esas operaciones por medio del consentimiento informado y poniendo a su alcance los instrumentos de defensa que prevea el ordenamiento jurídico. En todo caso, en el manejo de los datos de carácter personal, el empresario debe observar los principios básicos de la LOPD, como el de finalidad de su uso, por lo que este debe limitarse al objetivo inicial. Asimismo, debería

63 Art. 78 XII Convenio colectivo de «Hibu Connect», cit.

64 Ibidem.

65 Art. 43 convenio de «Alcatel-Lucent España», cit.

exigirse el consentimiento expreso del trabajador para cada operación que se quiera realizar con sus datos personales, sin que quepa entender que el consentimiento contractual general es suficiente, ya que no se puede partir de una presunción genérica, sino que hay que distinguir en función de una serie de variables, tales como la naturaleza de los datos que se pretenden someter a tratamiento; el momento de que se trate, ya que no es lo mismo que el trabajador esté incurso en un proceso de selección o ya forme parte de la plantilla; siendo, además, necesario diferenciar entre consentimiento para la creación de un fichero de datos personales e información sobre datos que en el mismo se pueden contener.

13. Escaso desarrollo del derecho a la formación y a la promoción laboral de los trabajadores a distancia. Tanto el art. 10 AMET, primero, como el art. 13 ET, después, se preocupan por establecer la igualdad de trato entre los trabajadores presenciales y los que prestan servicios a distancia y, como ejemplo de esa igualdad, mencionan los derechos a la formación y la promoción laboral. Por lo que respecta a la formación, esta debe entenderse en términos amplios, incluyendo tanto la de carácter profesional para el empleo como la que permite una mejor adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo. El interés en recibir la formación general es evidente, en cuanto suele ser un elemento relacionado con la especialización y promoción profesional en la empresa. Igual de importante es la formación específica relacionada con la nueva forma de trabajar a distancia, tanto la previa al acceso a la misma como la simultánea. En este sentido, algunos convenios prevén, con acierto, que debe existir cierta preparación para que la experiencia del trabajo a distancia no se convierta en una aventura arriesgada. Así, se señala que «el teletrabajo no debe suponer menoscabo» en la formación del trabajador, y, además, «debe potenciarse una formación específica en esta materia, a cuyo efecto la empresa dispondrá los medios oportunos» para facilitarla. El objetivo de este Plan formativo específico sería garantizar una formación adecuada y de calidad, que facilite y capacite al empleado para el uso de las herramientas básicas del teletrabajador, haciendo especial énfasis en el correo electrónico, en los entornos de trabajo corporativos y en las cuestiones psico-sociales precisas para una correcta adecuación al nuevo entorno laboral. Un primer módulo básico y obligatorio (modalidad de teleformación a título orientativo) «estaría integrado por: 1) teletrabajo, componentes y herramientas, que tiene como contenido: teletrabajador tipo; requisitos; herramientas del teletrabajador: hardware/software; entorno de trabajo. 2) Habilidades: optimización de los recursos, gestión del tiempo y control del estrés. Tiempo de trabajo, organización y técnicas antiestrés»⁶⁶. Como se advierte, este tipo de programa formativo es amplio en contenido, en cuanto trata de formar en las peculiaridades genera-

.....

66 Apartado 5 acuerdo de implantación del teletrabajo, incluido en el convenio colectivo de «Telefónica de España, SAU», ya citado.

les del trabajo a distancia: competencias técnicas requeridas al trabajador para el manejo de las nuevas TICs, competencias personales y organizativas en relación con la gestión de los tiempos de trabajo y descanso y el trabajo a tiempo parcial entre la empresa y el hogar familiar y los nuevos riesgos laborales.

En otras ocasiones, se insiste en que «la empresa impartirá al empleado formación específica con el objeto de facilitar su adaptación a esta modalidad de trabajo», poniendo especial énfasis en las obligaciones empresariales de «información y formación en materia de prevención de riesgos, orientadas específicamente al teletrabajo»⁶⁷. Ciertamente, el formarse adecuadamente para teletrabajar no solo es importante para rendir y ser productivo, sino también para evitar los diversos riesgos laborales (tanto físicos como psicológicos) que pueden derivar del nuevo lugar y modo de trabajar. Uno de esos riesgos es el del aislamiento físico y la pérdida de contacto del teletrabajador con la empresa, que el ET intenta evitar estableciendo un modelo de teletrabajo a tiempo parcial. En todo caso, puede utilizarse la actividad formativa para reforzar la presencia de aquel en las instalaciones de la empresa o en una determinada entidad educativa y romper su aislamiento. Así, en alguna ocasión se prevé que la persona que presta servicios a distancia «deberá tener flexibilidad de cambio de los días» reservados para tal fin por otros en la misma semana, si ello fuera necesario, entre otras razones, «por asistencia a cursos de formación u otros»⁶⁸. Con ello, parece que el trabajo a distancia queda sometido o condicionado a la formación presencial, pues los días elegidos para realizar aquel deben cambiarse si coinciden con una actividad formativa presencial.

De otro lado, la formación recibida puede tener una relación directa con la promoción profesional. Con el objetivo instrumental de facilitar dicha promoción, el empresario asume la obligación de informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su ocupación en sus centros de trabajo⁶⁹. Con todo, en algunos casos, puede que tal deber informativo busque, simplemente, el «posibilitar la movilidad» del trabajador desde la distancia a la empresa (art. 13.3, párrafo segundo, ET). Se podría decir que se estaría aquí ante una especie de reversibilidad por vacante, en el que la reincorporación a la empresa se produce por la existencia del puesto disponible, y siempre que se superen los requisitos objetivos para ocuparlo, a diferencia de lo que ocurre con el derecho a la reversibilidad, que suele reservarse para el trabajador afectado, someterse

67 Acuerdo colectivo empresa BBVA [apartado sexto d)]. Según el art. 51 convenio colectivo de «Telefónica *On the Spot Services*, SAU», cit., «la empresa se compromete a informar y formar, mediante la Plataforma A+ y mediante charlas, a los trabajadores que sean acogidos en el formato de teletrabajo, poniendo a disposición del trabajador los materiales necesarios que permitan cumplir la Ley en materia de seguridad y salud».

68 Cfr. art. 46.3.2 XII convenio colectivo de «Repsol Química, SA», ya citado.

69 El art. 6.5 del Texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, contempla como infracción leve el no informar, entre otros, a los trabajadores a distancia sobre las vacantes existentes en la empresa, en los términos previstos en el art. 13.3 ET.

a un plazo determinado de ejercicio e ir dirigida al anterior puesto de trabajo. En todo caso, como dice algún convenio colectivo, cuando la finalidad de la información sobre la vacante sea la promoción, los teletrabajadores quedarán sujetos «a las mismas políticas de evaluación que el resto de los empleados»⁷⁰. Aquellos no gozan de privilegios ni derecho automático para cubrir la vacante, sino que, únicamente, se les garantizan las mismas oportunidades de información y acceso a aquella que al resto de la plantilla.

Propuesta de mejora: se recomienda que las cláusulas de los acuerdos colectivos dedicadas al trabajo a distancia desarrollen un plan de formación específico y detallado para los teletrabajadores, indicando, por ejemplo, los aspectos a explicar, las horas de formación a impartir, los profesores o expertos, los modos de impartir la enseñanza (presencial u *on line* o *teleformación*), la reiteración y actualización de los contenidos. Asimismo, sería adecuado que esta formación, especialmente en los aspectos y contenidos relativos al trabajo a distancia, no se dirija solo al trabajador involucrado en el mismo, sino también a su «supervisor» e, incluso, «colegas directos», quienes también pueden necesitar esta formación específica para entender la dimensión, naturaleza y consecuencias de esta forma de trabajo y realizar una buena «gestión» de la misma, tal y como expresamente prevé el art. 10, párrafo segundo, AMET. Así, esta formación debe dirigirse a enseñar nuevos métodos de organización del trabajo y de dirección del personal, orientados a conseguir objetivos y resultados, y no tanto a seguir un horario de trabajo previamente establecido⁷¹.

14. Una mención clásica: la seguridad y salud de los teletrabajadores. Uno de los temas más tratados en las cláusulas de los convenios es el de la prevención de los riesgos laborales, lo que es reflejo de la preocupación de las partes sociales respecto del mismo, así como del seguimiento del AMET (cláusula 8). En general, los convenios comienzan insistiendo en la responsabilidad del empresario en la materia, lo que requiere observar las obligaciones generales previstas en la misma, si bien adaptadas a las circunstancias del caso. Ahora bien, dada la peculiaridad del lugar de trabajo (habitualmente, el domicilio particular), la posición del propio trabajador en este ámbito también se refuerza en su faceta deudora, convirtiéndose en un «colaborador necesario» del empresario. Ciertamente, a la hora de evaluar los riesgos existentes y hacer efectivas las medidas de protección será fundamental la participación y el compromiso del sujeto afectado. Así, algún convenio colectivo refleja este especial compromiso que recae sobre el trabajador al prever que este «se compromete a cumplir y hacer cumplir» (parece que respecto de las personas que habiten el domicilio) «todas las normas de seguridad e higiene que legal o convencionalmente resulten de aplicación en cada momento, así como realizar aquellos cambios que pueden ser necesarios

70 Art. 43 convenio colectivo de «Alcatel-Lucent España, SA», cit.

71 Acuerdo de implantación del teletrabajo, incluido en el convenio colectivo de «Telefónica de España, SAU», ya citado.

para que el lugar» desde el que presta servicios cumpla con los requisitos de seguridad y salud⁷².

Con todo, respecto de la evaluación de los riesgos, la mayoría de convenios rechaza la autoevaluación por el propio trabajador, a diferencia de lo que ocurre en la normativa autonómica para el sector público⁷³. Así, siguiendo el AMET, se prevé que el empleador, los representantes de los trabajadores y las autoridades competentes (inspectores de trabajo) tienen derecho a acceder, dentro de los límites legales, al lugar de teletrabajo, ubicado en el domicilio u otro lugar privado para realizar dicha evaluación y, en su caso, otros controles periódicos. Ahora bien, a efectos de proteger los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la privacidad del interesado, el referido acceso está condicionado a la notificación previa (por ejemplo, con cuarenta y ocho horas de antelación⁷⁴) y al acuerdo de aquel.

Los convenios se refieren a los tradicionales riesgos físicos (v. gr., caídas, dolores musculares o de cabeza, problemas oculares o de movilidad, generalmente vinculados al puesto de trabajo con pantalla de visualización de datos⁷⁵), aunque también, poco a poco, a los más novedosos de carácter psicosocial (por ejemplo, el tecnoestrés o la tecnoadicción). En este sentido, y en orden a evitar el segundo tipo de riesgos, las cláusulas convencionales deberían prever medidas dirigidas a garantizar una adecuada selección de las personas que van a trabajar a distancia, y que, por sus cualidades personales y profesionales, pueden tener una mayor probabilidad de fracaso o inadaptación a la experiencia, así como a evitar el aislamiento del trabajador⁷⁶ u obligar al respeto de los límites del tiempo de trabajo y descanso, intentando garantizar la necesaria desconexión del trabajador al finalizar su jornada laboral en orden a proteger su salud física y psíquica.

A partir de los resultados de la evaluación, el empresario debe adoptar las medidas de protección que procedan para asegurar un trabajo a distancia libre de riesgos, empezando por las de información y formación de los trabajadores. Dichas obligaciones deben hacer hincapié en las peculiaridades de la nueva forma de trabajar y los riesgos derivados de la misma en sus diferentes aspectos (instrumentos de trabajo, lugar, carga y jornada de trabajo y demás variables). La empresa también debe facilitar los medios técnicos de protección necesarios frente a los riesgos detectados (en caso de que no se puedan elimi-

.....

72 Art. 38 III convenio colectivo de «Orange Espagne, SAU» (antes France Telecom España, SAU), ya citado.

73 Como excepción, el art. 79 convenio colectivo de «Hibu Connect», cit., prevé la evaluación a través del «documento de autoevaluación», cit.

74 Cfr. Acuerdo de implantación del teletrabajo en TELYCO y anexo V convenio colectivo de «empresas vinculadas a Telefónica de España, Telefónica Móviles España y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones», citados.

75 Muchos convenios, siguiendo el anexo al RD 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización, contienen precisiones de cómo debe ser ese puesto de trabajo, así anexo V convenio colectivo de «empresas vinculadas a Telefónica de España, Telefónica Móviles España y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones», cit.

76 Art. 15 convenio colectivo estatal de «perfumerías y afines» (Res. DGE de 20 septiembre 2012; BOE de 8 octubre).

nar), así como vigilar periódicamente la salud de los teletrabajadores. En esta línea, algún convenio prevé que estos sean citados a los reconocimientos médicos, según el protocolo establecido por la empresa⁷⁷.

Propuesta de mejora: los convenios deberían incidir en la necesidad de tener en cuenta, como factores de riesgo, todos los elementos presentes y no solo el concreto lugar en el que va a realizarse la actividad laboral y el equipo de trabajo (especialmente los que incorporan pantallas de visualización de datos), pues otras variables que también influyen, claramente, en la producción o intensidad de aquellos son el sistema de comunicación existente entre la empresa y el teletrabajador (desconexión o no del centro de trabajo durante la jornada laboral) y el carácter o personalidad de este último. Asimismo, aquellos deberían especificar, con mayor detalle, las circunstancias en las que el personal externo con competencias en materia de prevención de riesgos laborales puede entrar en el domicilio particular, así como las posibles medidas a adoptar si el trabajador se niega a ello, incluida su posible responsabilidad en el caso de que el riesgo se materialice. En este último supuesto, los sujetos negociadores deberían establecer claramente los pasos a seguir por parte del trabajador, a efectos de minimizar los daños, así como criterios claros a efectos de determinar el carácter común o profesional de la enfermedad o el accidente, pues el silencio del legislador puede generar problemas al respecto. En este sentido, resulta insuficiente alguna general declaración de que la empresa debe asegurar que el trabajador esté cubierto por la mutua de accidentes, de igual forma que si trabajase desde la oficina⁷⁸.

15. Escasa mención a los derechos colectivos de los trabajadores a distancia. Como especificación del general derecho a la igualdad, el AMET se refiere al mismo disfrute de los derechos colectivos por todos los trabajadores de la empresa, con independencia del lugar de prestación de servicios. Así, muchos convenios también mencionan -aun con carácter general- el derecho de los teletrabajadores a ser representados por los órganos de representación o formar parte de ellos, en iguales condiciones que el resto. A estos efectos, y al objeto de garantizar la aplicación efectiva del derecho de información y participación sindical del teletrabajador, se añade que, en caso necesario, «se arbitrarán las medidas oportunas que permitan el ejercicio real de este derecho por aquel, en función de la organización del trabajo y tiempo establecido para el desarrollo de esta modalidad»⁷⁹. En relación con el ejercicio de esos derechos, otra idea que se repite con cierta frecuencia, también

77 Acuerdo colectivo sobre las condiciones de la prestación de servicios en el banco BBVA en régimen de teletrabajo y acuerdo de implantación del teletrabajo en TELYCO, citados.

78 Anexo IX convenio colectivo de «Nokia Solutions and Networks Spain, SL», cit.

79 Acuerdo de implantación del teletrabajo en TELYCO, anexo V convenio colectivo de «empresas vinculadas a Telefónica de España, Telefónica Móviles España y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones» y art. 61.6 convenio colectivo del «Grupo ONO», todos citados.

genéricamente, es la necesidad de que estos trabajadores queden adscritos a un concreto centro de trabajo desde el principio⁸⁰. Más positivamente se valora aquel convenio que precisa que dicha adscripción debe ser al centro más cercano al domicilio del trabajador y al que este último esté funcionalmente vinculado, salvo que las partes acuerden otro⁸¹. En ocasiones, si el teletrabajo deriva de una novación contractual, se prevé el mantenimiento de la vinculación al centro de origen⁸². Otras aisladas precisiones son las que se efectúan a que el día de votación en las elecciones sindicales será considerado presencial⁸³.

Propuesta de mejora: los convenios deberían especificar las posibles formas de comunicación interactiva entre los teletrabajadores y sus representantes, así como los medios tecnológicos más adecuados para ello. Al mismo tiempo, los conceptos «tablón de anuncio» y «local adecuado» deberían adaptarse a las nuevas realidades productivas derivadas del uso de las nuevas tecnologías de la comunicación e información, a fin de facilitar una más ágil acción sindical en la empresa.

También resultaría aconsejable que las normas relativas a las competencias de los órganos de representación incluyesen alguna referencia expresa al teletrabajo, a los efectos de los derechos informativos y de consulta de aquellos. También sería ideal que aquellos aportasen criterios para determinar la adscripción del teletrabajador a un concreto centro; en los casos en los que tal adscripción no resultase fácil, se debería reconocer la existencia de una unidad representativa «virtual», que incluyese a todos los trabajadores en régimen de teletrabajo. Con ello, se fomentaría una mejor defensa de los intereses específicos de estos trabajadores.

Respecto de las elecciones sindicales, sería importante una clarificación, a través de la negociación colectiva, de ciertos aspectos, como por ejemplo, la posibilidad del voto telemático o de tele-reuniones de los miembros de la mesa electoral. Asimismo, merecería atención particular la precisión de las reglas sobre sigilo profesional en relación con el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

3. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

Como se aprecia, los convenios colectivos analizados poco más aportan que lo ya indicado en las páginas precedentes, por lo que son muchas las dudas que quedan sin respuesta. Si el uso del trabajo a distancia aumenta en el futuro (como parece probable),

80 Cfr. art. 15 convenio colectivo estatal de «perfumerías y afines» y art. 19 convenio colectivo estatal de «prensa diaria», citados.

81 Art. 10 bis convenio colectivo general «de la industria química», cit. Art. 11.3 convenio colectivo «de Carlson Wagonlit España, SLU», cit.

82 Art. 9.7. convenio colectivo «Europcar IB, SA» (Res. DGE de 13 mayo 2013; BOE de 30 mayo).

83 Acuerdo colectivo sobre las condiciones de la prestación de servicios en el banco BBVA en régimen de teletrabajo, citado.

los conflictos entre las partes también lo harán, por lo que serán estas las que se verán obligadas a regular con detalle los diferentes aspectos de aquel. En caso contrario, será el órgano jurisdiccional el que tendrá que resolver, en vía contenciosa, las discrepancias que vayan surgiendo.

Para evitar que el peso de la negociación recaiga en el esquema bilateral (partes del contrato), en el que el trabajador asume una posición generalmente más débil que el empresario, la negociación colectiva debería asumir su responsabilidad y abordar seria y estructuradamente la regulación del teletrabajo. Así, los acuerdos marco para el empleo y la negociación colectiva deberían abordar, aun con carácter general, los aspectos de mayor interés, para poder disponer de una regulación convencional común mínima, en la que debería figurar la salvaguarda de los principios fundamentales del teletrabajo, como el del respeto a la voluntad de las partes, tanto en el inicio como en el fin de esta particular relación y forma de trabajar. Por su parte, las condiciones más específicas de la misma podrían quedar reservadas para los convenios de unidades inferiores, que disponen de mayor posibilidad de adaptación a las circunstancias del caso. En esta línea, también sería recomendable que los planes de igualdad de las empresas configurasen el teletrabajo como herramienta para perseguir la corresponsabilidad entre el hombre y la mujer trabajadores, y no como una simple modalidad de prestación de servicios que preserva los tradicionales estereotipos de género, en el que la mujer vuelve al hogar con un trabajo repetitivo y de escasa remuneración.

Por lo demás, en orden a garantizar la proclamada igualdad de derechos entre todos los trabajadores de la plantilla, sería oportuno que los convenios colectivos entrasen a especificar el régimen sancionatorio en materia de teletrabajo, con un listado de posibles infracciones y sanciones en las que la empresa pueda incurrir cuando actúa (activa o pasivamente) en contra de esa igualdad.

LOURDES MELLA MÉNDEZ

Profesora Titular (Catedrática Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Santiago de Compostela

lourdes.mella@usc.es

**SECCIÓN DE MEDIDAS
DE DERECHO COMPARADO**

O ENQUADRAMENTO LEGAL DO TELETRABALHO EM PORTUGAL¹

DUARTE ABRUNHOSA E SOUSA

*Investigador do Centro de Investigação Jurídico-Económica
da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*

Fecha de recepción: 9/10/2016

Fecha de aceptación: 6/11/2016

SUMÁRIO: 1. ENQUADRAMENTO DO TELETRABALHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS. 2. CONCEITO LEGAL DE TELETRABALHO. 3. REGIME LEGAL DO TELETRABALHO. 4. RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO NO TELETRABALHO. 5. O TELETRABALHO COMO INSTRUMENTO DE CONCILIAÇÃO DA VIDA PROFISSIONAL COM A VIDA FAMILIAR. 5.1. Regime anterior às alterações previstas na lei n.º 120/2015, de 1 de setembro; 5.2. Regime posterior às alterações previstas na lei n.º 120/2015, de 1 de setembro; 5.3. Do direito de oposição ao pedido do trabalhador. 6. CONCLUSÕES.

RESUMEN: El teletrabajo es una forma de prestación laboral todavía poco utilizada en Portugal. Con el presente trabajo se pretende analizar el concepto de teletrabajo y su respectiva regulación en el ámbito del Derecho Portugués, así como el impacto que las recientes modificaciones legales puedan causar en el crecimiento de su aplicabilidad práctica. Además, el autor también refleja el concepto de subordinación jurídica en el teletrabajo.

.....

1 Este trabalho foi elaborado e apresentado no Congresso «Novas tecnologias e novas formas de trabalho no Direito Espanhol e no Direito Comparado» que teve lugar na Universidade de Santiago de Compostela nos dias 14 e 15 de abril de 2016. O autor agradece à Professora Lourdes Mella Mendéz todas as críticas e sugestões realizou no decurso da elaboração do presente trabalho.

RESUMO: O teletrabalho é uma forma de prestação laboral ainda muito pouco utilizada em Portugal. Com o presente trabalho pretende-se analisar o conceito de teletrabalho e respetiva regulação no âmbito do Direito português, assim como o impacto que as recentes alterações legislativas deste regime poderão ter no crescimento da sua aplicação prática. Para além disso, o autor pretende ainda refletir sobre o conceito de subordinação jurídica associado ao teletrabalho.

ABSTRACT: Telework is a form of work not very well used in Portugal. With the present paper the author aims to analyse not only the concept of telework and their legal framework in Portuguese Law, but also the impact that recent legislative changes will have in the growth of their use. Furthermore, the author intends to reflect about the concept of legal subordination regarding telework.

PALABRAS CLAVE: Teletrabajo, derecho del trabajo portugués; subordinación jurídica; flexibilización laboral.

PALAVRAS-CHAVE: Teletrabalho; direito do trabalho português; subordinação jurídica; flexibilização laboral.

KEY WORDS: Telework; Portuguese labour law; legal subordination; labour flexibility.

1. ENQUADRAMENTO DO TELETRABALHO NO REGIME LEGAL PORTUGUÊS

O reconhecimento legal do teletrabalho em Portugal é muito recente. Na verdade, apenas com a codificação da legislação laboral no Código do Trabalho de 2003² é que pela primeira vez foi regulamentado o teletrabalho. Ainda assim, o teletrabalho regulado neste Código limitava-se apenas àquele prestado no âmbito de uma relação de subordinação jurídica resultante de um contrato de trabalho e não em qualquer outra relação contratual similar³.

De acordo com G. DRAY, a introdução do teletrabalho no ordenamento jurídico português visou integrar um modelo de flexibilização laboral⁴. Assim, a incorporação legal do teletrabalho deve ser enquadrada num espírito de evolução legislativa no sentido de não só absorver as novas tendências de flexibilização, mas também de promover o recurso a novas tecnologias em contexto de trabalho. Neste contexto, resulta da exposição de motivos da proposta do Código do Trabalho de 2003 que a orientação que presidiu à sua elaboração respeitava a «abertura à introdução de novas formas de trabalho, mais adequadas às necessidades dos trabalhadores e das empresas». Desta forma, foi assumida a importância de ultrapassar as barreiras mais conservadoras das tradicionais relações de trabalho para um necessário ajuste a novas realidades laborais⁵.

2 Por Código do Trabalho de 2003 define-se a Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, que, pela primeira vez, codificou grande parte da legislação laboral num único diploma legal.

3 Conforme sublinha G. DRAY, a regulamentação em causa não abrange, naturalmente, a prestação de serviços ou o trabalho no domicílio (cfr. *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, 5.ª Edição, 2007, p. 455). Com efeito, ao contrário do teletrabalho, o trabalho ao domicílio é aplicável a Lei n.º 101/2009, de 8 de setembro, e «regula a prestação de atividade, sem subordinação jurídica, no domicílio ou em instalação do trabalhador, bem como a que ocorre para, após comprar a matéria-prima, fornecer o produto acabado por certo preço ao vendedor dela, desde que em qualquer caso o trabalhador esteja na dependência económica do beneficiário da atividade» (cfr. art. 1.º). Por outro lado, também GOMES, J., aponta para o facto da nova regulamentação apenas estabelecer as regras para o teletrabalho subordinado (cfr. *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, pp. 736).

4 DRAY, G., assume o teletrabalho como fundamental numa «sociedade laboral hodierna, fruto do incremento da informática e das tecnologias de informação e de comunicação» (cfr. *ob. cit.*, pp. 455). Por outro lado, M. PALMA RAMALHO entendeu que a regulação da figura do teletrabalho em 2003 foi realizada de forma restritiva por ter deixado de fora o teletrabalho para subordinado e alguns casos de teletrabalho subordinado (cfr. «O novo Código do Trabalho - Reflexões sobre a proposta de lei relativa ao novo Código do Trabalho», em *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol. I, Almedina, 2003, pp. 51).

5 Conforme bem sustenta J. GOMES, o teletrabalho assume-se como «uma superação de quadros tradicionais num ramo de direito em cuja génese foi fundamental o paradigma da fábrica, dispensando referências à unidade espacial e temporal que eram outrora essenciais» (cfr., *ob. cit.*, pp. 737).

Com a entrada em vigor do Código do Trabalho de 2009⁶, o legislador optou por manter, de uma forma global, o mesmo regime. Contudo, promoveu uma alteração sistemática, uma vez que passou a incluir o teletrabalho na secção IX relativa a modalidades de contrato de trabalho⁷. Portanto, estamos perante um contrato especial ao lado do contrato a termo resolutivo, trabalho a tempo parcial, trabalho intermitente, comissão de serviço e o trabalho temporário, quando anteriormente era uma secção autónoma do Código do Trabalho de 2003.

Pese embora o teletrabalho seja expressamente regulado na legislação portuguesa há mais de 13 anos, a sua aplicação prática residual faz com que não exista jurisprudência portuguesa relevante sobre este tema. Deste modo, o desenvolvimento prático do teletrabalho em Portugal está ainda numa fase embrionária.

2. CONCEITO LEGAL DE TELETRABALHO

Importa agora procurar perceber qual o atual conceito legal de teletrabalho no Direito do Trabalho Português. Para este efeito, o art. 165.º do Código do Trabalho em vigor procura fazer uma aproximação ao conceito de teletrabalho. Para este efeito, identifica como teletrabalho a prestação laboral realizada em cumprimento dos seguintes três requisitos, aparentemente cumulativos: i) regime de subordinação jurídica; ii) habitualmente fora da empresa; e iii) com recurso a tecnologias de informação e de comunicação.

Em primeiro lugar, o requisito da subordinação jurídica é intrínseco a qualquer relação de trabalho, assumindo-se como um dos principais fatores diferenciadores do teletrabalho face a outras figuras como o contrato de prestação de serviços⁸. Contudo, mais à frente no presente estudo abordaremos este tema de forma mais detalhada.

Relativamente ao pressuposto da realização da atividade habitualmente fora da empresa, entendeu o legislador que o recurso ao teletrabalho não tem de ser exclusivo em todos os momentos da prestação de trabalho⁹. Desta forma, é possível ao trabalhador e

.....

6 O Código do Trabalho de 2009 resulta da publicação da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

7 Como nota M. PALMA RAMALHO, o teletrabalho está enquadrado na secção dedicada aos contratos de trabalho especiais. De acordo com esta autora, sobressaem necessariamente dois elementos essenciais do teletrabalho que o qualificam como um contrato de trabalho especial: i) necessidade de envolvimento de tecnologias de informação e comunicação e ii) distância do local de trabalho face às instalações da empresa (cfr. *Direito do Trabalho - Parte II - Situações Laborais Individuais*, Almedina, 3.ª Edição, 2010, pp. 322).

8 Quanto ao teletrabalho, LEAL AMADO, J., refere-se a um verdadeiro regime de *telesubordinação* (cfr. *O contrato de trabalho*, Coimbra Editora, 2009, pp. 149).

9 LEAL AMADO, J., identifica este pressuposto como o *elemento geográfico ou topográfico* do teletrabalho (cfr., ob. cit., p. 150). PALMA RAMALHO, JÁ. M., designa-o de *fator geográfico* devido à separação espacial entre o trabalhador e as instalações do empregador (cfr., *Direito do ...*, ob. cit., pp. 318).

empregador acordar um regime de carácter misto com prestação de trabalho na empresa e noutro local previamente determinado¹⁰. Todavia, parece evidente que tem de existir predominância do trabalho executado fora da empresa. Quanto a este ponto, o legislador português não determinou qualquer limite mínimo ou máximo, pelo que o critério ficará a cargo do intérprete. Imagine-se, por exemplo, um regime de trabalho em que o trabalhador apenas execute o trabalho com recurso a tecnologias de informação uma vez por semana ou recorra a uma bolsa de dias de trabalho para este efeito ao longo do ano. Estamos perante um regime de teletrabalho? Entendemos que sim, ainda que parcial. Conforme já exposto, o teletrabalho é uma ferramenta de flexibilização da prestação de trabalho, pelo que assumir estes exemplos como teletrabalho parcial não parece colidir com qualquer direito do trabalhador, antes pelo contrário¹¹. Deste modo, o critério da frequência da prestação de trabalho fora da empresa não coincide com um regime de exclusividade de teletrabalho¹². Não obstante, não podemos confundir teletrabalho com o mero recurso a novas tecnologias de forma esporádica, uma vez que neste caso não estamos verdadeiramente perante uma prestação em regime de teletrabalho. Pelo contrário, o que se verifica nesta última situação é um mero recurso a ferramentas de trabalho numa relação laboral tradicional.

Por outro lado, o facto da prestação de trabalho ter de ocorrer fora da empresa é adequado não só aos casos em que o trabalhador desempenha a sua atividade em casa ou noutro local por si determinado¹³, como também às situações em que existe uma «plurilocalização»¹⁴ da prestação de trabalho. Desta forma, tem de existir uma diferença objetiva entre o local da prestação da atividade laboral e as instalações do empregador¹⁵.

Ainda quanto a este ponto, surge outra questão que assume aqui uma autonomia relevante - o facto de o legislador no Código do Trabalho em vigor recorrer ao concei-

.....

10 Imagine-se por exemplo que é determinado que o trabalhador trabalha a partir de casa 4 dias por semana, tendo apenas que se deslocar à empresa num 5.º dia.

11 Naturalmente que desde que verificados os pressupostos do art. 168.º do Código do Trabalho referentes aos instrumentos de trabalho.

12 Neste mesmo sentido, DRAY, G., entende que «habitualmente» equivale a primordialmente, mas não em exclusivo (cfr. *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, 9.ª Edição, 2013, pp. 419). Por outro lado, de acordo com o art. 166.º, n.º 5, al. d) do Código do Trabalho, também parece indicar neste caminho quando determina que «se o período previsto para a prestação de trabalho em regime de teletrabalho for inferior à duração previsível do contrato de trabalho» o acordo de teletrabalho deve conter «a atividade a exercer após o termo de aquele período».

13 É comum a existência daqueles que são designados de centros comunitários de trabalho onde teletrabalhadores desempenham a sua atividade por conta de mais do que uma entidade (cfr. PALMA RAMALHO, M., «Direito do...», *ob. cit.*, p. 320 e REGINA REDINHA, M., «O teletrabalho», em *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, Almedina, 1999, p. 81-102).

14 Adere-se, desta forma, à expressão utilizada por REGINA REDINHA, M., quanto à gradual pluralidade de locais de trabalho num contexto de economia terciária (cfr. «Teletrabalho - Anotação aos artigos 223.ª a 243.º do Código do Trabalho de 2003», em *Working Paper*, p. 2, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/18698>).

15 REGINA REDINHA, M., refere-se a «separação geográfica entre o local de execução da prestação e o local, principal ou descentralizado, da organização empresarial ou de acolhimento físico do processo produtivo» (cfr. «Teletrabalho...», *ob. cit.*, pp. 2).

to de empresa e não de empregador para efeitos de teletrabalho¹⁶. Ora, no âmbito de uma relação laboral, o empregador pode ser uma pessoa singular ou coletiva, sendo que neste caso podem não ser necessariamente uma «empresa». Contudo, o legislador laboral português parece, por vezes, utilizar de forma indistinta o conceito de empresa e empregador. A subsecção IX do Código do Trabalho é intitulada de «o empregador e a empresa»¹⁷ e estabelece os pressupostos do poder de direção, poder disciplinar, regulação de empresa, tipos de empresa e pluralidade de empregadores¹⁸. Não existe uma grande preocupação conceptual do legislador no sentido definir os limites de cada conceito¹⁹. Assim, o facto de o legislador recorrer ao conceito de empresa no art. 165.º do Código do Trabalho, não nos parece que tenha querido impedir que possa existir uma relação de laboral em regime de teletrabalho com um empregador que assuma como pessoa singular ou até mesmo uma associação privada. Parece-nos, isso sim, uma mera utilização indistinta de empresa para identificar o empregador numa relação laboral²⁰ ao serviço de uma determinada organização no pleno desenvolvimento da sua atividade²¹. Estamos, pois, perante a identificação do credor da prestação de trabalho independentemente do seu estatuto jurídico²².

Por fim, a prestação de teletrabalho implica ainda que se recorra a tecnologias de informação e de comunicação²³. Com a rápida evolução nos últimos anos, a panóplia de meios disponíveis ao serviço do empregador e trabalhador é cada vez maior, pese embora existam alguns exemplos clássicos. Na verdade, os computadores e o acesso à internet assumem-se como importantes veículos de transporte de informação e facilitadores do desenvolvimento de uma relação laboral em regime de teletrabalho. Todavia, como indica

.....

16 Resultava do art. 233.º do Código do Trabalho de 2003 que o teletrabalho consistia na prestação de trabalho «habitualmente fora da empresa do empregador».

17 Ao contrário do que acontecia com o Código do Trabalho de 2003 que designava a mesma subsecção como *empresas*.

18 cfr. art. 97.º e ss do Código do Trabalho.

19 O mesmo já não acontece no art. 551.º do Código do Trabalho respeitante identificação dos sujeitos responsáveis pela prática de infrações laborais onde o legislador procura garantir que no caso de os empregadores que sejam pessoas coletivas, a responsabilidade abranja também os administradores, gerentes e diretores.

20 Ao contrário do que acontecia na versão anterior do Código do Trabalho, uma vez que havia uma referência a empresa do empregador que se aproximava de uma abordagem com distinção terminológica.

21 Quanto a este ponto, MONTEIRO FERNANDES, A., chama a atenção para a necessidade de compreender 3 noções distintas: i) empresa, como organização articulada de meios produtivos; ii) empresário, enquanto *promotor, titular e interessado e direto da atividade*; e iii) empregador como adquirente contratual da disponibilidade da força de trabalho do trabalhador (cfr. *Direito do Trabalho*, 15.ª Edição, Almedina, 2010, pp. 263).

22 LOBO XAVIER, B., sublinha que é importante para o Direito do Trabalho a identificação precisa do credor da prestação de trabalho, pelo que será sempre a pessoa singular ou a sociedade comercial, empresa pública ou associação privada e não os respetivos órgãos societários (cfr. *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, 2011, pp. 378).

23 MONTEIRO FERNANDES, A., considera «débil e vaga» o recurso do legislador à expressão *tecnologias de informação e de comunicação* por entender que não é suficientemente esclarecedora (cfr., *ob. cit.* p. 461). LEAL AMADO, J., este recurso a tecnologias de informação e comunicação são o elemento tecnológico e instrumental do teletrabalho (cfr., *ob. cit.*, p. 150). Por sua vez, de acordo com PALMA RAMALHO, M., estamos perante o fator funcional do teletrabalho (cfr., *ob. cit.*, pp. 318).

M. REGINA REDINHA, também os próprios telefones, telemóveis, faxes e GPS permitiram a evolução do teletrabalho²⁴.

Nos últimos anos, os tablets e smartphones têm assumido uma importância extrema no desenvolvimento das relações de trabalho, uma vez que quase que conseguem condensar num único dispositivo um conjunto de valências, tais como e-mail, GPS, comunicação móvel, videoconferência, máquina fotográfica, ferramentas de cálculo, entre outras²⁵. O recurso a estas ferramentas permite que não seja essencial a presença física de um trabalhador nas instalações do seu empregador. No fundo, para determinadas funções o trabalhador precisará somente de um computador portátil ou tablet e telemóvel para desenvolver de forma eficaz a sua atividade.

Posto isto, não obstante o art. 165.º do Código do Trabalho promover uma aproximação do legislador quanto ao conceito de teletrabalho, mais não faz do que determinar três critérios de aplicação do respetivo regime. Por este motivo, parece apontar J. GOMES para a ausência de uma «definição genericamente reconhecida» de teletrabalho quando comparando as soluções legais encontradas em alguns países e o próprio Acordo Quadro sobre Teletrabalho²⁶. Neste mesmo sentido, entende A. MONTEIRO FERNANDES que identifica a solução legal portuguesa como «bastante defeituosa»²⁷.

O Acordo Quadro Europeu sobre o Teletrabalho, de 16 de julho de 2002, também não ajuda muito a definir este conceito, uma vez que não vai muito mais longe daquilo que resulta do Código do Trabalho português.

Assim, pese embora o conceito de teletrabalho possa ainda ser bastante incompleto no âmbito da legislação portuguesa, certo é que já se encontra a percorrer um caminho que passará por um futuro reposicionamento. Para este efeito, será essencial que a sua aplicação prática cresça efetivamente²⁸. As vantagens apontadas ao teletrabalho em termos de custo parece que não estão a ser suficientes para convencer quer os trabalhadores, quer os empregadores a recorrer a este regime²⁹.

24 Cfr. REGINA REDINHA, M., *ob. cit.*, pp. 3.

25 Por este motivo, em contexto para além do teletrabalho, o recurso a *smartphones* a *tablets* tem suscitado a necessidade de discutir o direito do trabalhador a «desligar-se» da relação de trabalho.

26 Cfr. GOMES, J., *ob. cit.*, pp. 739.

27 Cfr. MONTEIRO FERNANDES, A., *ob. cit.*, pp. 460.

28 De acordo com estatísticas disponibilizadas pelo EUROFOUND relativas ao ano de 2010, em Portugal apenas 1,8% dos trabalhadores admitem estar envolvidos numa prestação em teletrabalho durante 25% do seu período normal de trabalho. Por outro lado, apenas 0,4% dos trabalhadores portugueses assumem o seu envolvimento numa prestação laboral em teletrabalho no decurso de quase todo o período normal de trabalho. Os números médios dos países da União Europeia são, respetivamente, 7% e 1,7% (cfr. Relatório «Telework in the European Union», 2010, p. 5, disponível em http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/eiro/tn0910050s/tn0910050s.pdf).

29 Como exemplifica MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO, o teletrabalho tem como vantagem a redução dos custos das empresas com a manutenção de postos de trabalho e instalações (cfr., «Novas formas da realidade laboral: o Teletrabalho», em *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol. I, Almedina, 2003, pp. 199).

3. REGIME LEGAL DO TELETRABALHO

Em primeiro lugar, a prestação laboral em regime de teletrabalho está subordinada à forma escrita, implicando a celebração de um contrato escrito onde devem ficar determinados elementos considerados essenciais para a sua concretização, a saber: i) identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes; ii) indicação da atividade a prestar pelo trabalhador, com menção expressa ao regime de teletrabalho e correspondente retribuição; iii) indicação do período normal de trabalho; iv) indicação da atividade a exercer após o termo da prestação em teletrabalho no caso do período previsto para este efeito ser inferior àquele que resulte do contrato de trabalho; v) identificação da propriedade dos instrumentos de trabalho, assim como do responsável pela respetiva instalação e manutenção e pelo pagamento das inerentes despesas de consumo e utilização; vi) identificação do «estabelecimento ou departamento da empresa» em cuja dependência fica o trabalhador e a quem deve reportar.

Estes são, portanto, os elementos que o legislador entende como fundamentais para a promoção de um devido esclarecimento das partes na celebração de um contrato de teletrabalho. Conforme refere JÚLIO GOMES, estamos perante *fontes de conflito* entre o trabalhador e o empregador que justificam ser reguladas contratualmente³⁰.

Ao contrário do que acontecia anteriormente, a forma escrita deixou de ser condição da validade do contrato de teletrabalho para se assumir somente como uma exigência probatória. Na verdade, resultava do Código do Trabalho de 2003 que não se considerava sujeito ao regime de teletrabalho o contrato que não fosse celebrado por escrito ou que não contivesse referência expressa ao cargo ou função a desempenhar³¹. Atualmente, o Código do Trabalho limita-se a exigir o acordo escrito como meio de prova da estipulação do regime de teletrabalho³².

Parece ser digno de registo o facto de ser um pressuposto do contrato a identificação da atividade a ser prestada pelo trabalhador em regime de teletrabalho. Na verdade, é muito importante que seja delimitada a atividade em causa, uma vez que o teletrabalho pode não ser prestado em exclusivo. No limite, o trabalhador pode prestar uma atividade em teletrabalho e outra diferente nas instalações do empregador. Por outro lado, estando o trabalhador a realizar a sua prestação laboral no domicílio ou noutro local que não seja instalações do empregador, aumenta a relevância da identificação expressa do seu núcleo

.....

30 Cfr. GOMES, J., *ob. cit.*, pp. 747.

31 Cfr. art. 234.º, n.º 2 do Código do Trabalho de 2003. Esta solução era criticada por GOMES, J., que considerava «draconiana» a consequência da falta de foram por consistir em negar a existência de trabalho subordinado (cfr., *ob. cit.*, pp. 745, nota de rodapé 1859).

32 Cfr. art. 166.º, n.º 7 do Código do Trabalho em vigor.

funcional. Só assim o credor da prestação de trabalho poderá identificar o cumprimento dos deveres laborais por parte do trabalhador e este quais os limites a que deverá reportar a sua atividade.

No âmbito do teletrabalho, tendo em conta que muitas vezes é desenvolvido no domicílio do trabalhador, a indicação do período normal de trabalho torna-se um fator importante. Naturalmente que existem diversas tecnologias ao dispor do empregador para o controlo dos tempos de trabalho, contudo, a fronteira entre tempo de trabalho e descanso pode ser muito ténue³³. Na realidade, numa relação de trabalho tradicional é muito mais fácil identificar os efetivos tempos de trabalho uma vez que implica a presença no local de trabalho por parte do trabalhador³⁴. No teletrabalho, o controlo geralmente é efetuado através do acesso aos instrumentos de trabalho utilizados para a realização da prestação de trabalho. No entanto, entendemos que o teletrabalhador deverá ser abrangido pelas regras de registo de tempos de trabalho, nos termos previstos no art. 202.º, n.º 3 do Código do Trabalho. Com efeito, esta norma tem como objetivo assegurar que o trabalhador que preste trabalho no exterior da empresa «vise» o registo de tempos de trabalho imediatamente após o seu regresso. Alternativamente, o legislador permite que o trabalhador envie o registo devidamente visado para a empresa por forma a garantir que esta disponha de registo visado num prazo até 15 dias a contar da prestação do trabalho. Assim, entendemos que estão verificados os pressupostos da aplicação destas regras aos teletrabalhadores. Se se tratar de um regime misto, quando o trabalhador regressa à empresa promove o visto. Caso se trate de um regime exclusivo durante um período mais longo de tempo, o trabalhador deverá enviar para o empregador o registo devidamente visado em períodos de tempo inferiores a 15 dias.

A prestação do teletrabalho pode ainda ser limitada no tempo³⁵, desde que assim resulte do contrato escrito. Neste caso, após o decurso de tempo previsto, a relação de trabalho passa a assumir o regime comum. Todavia, se este período for inferior à duração previsível do contrato de trabalho, tem de ser identificada a atividade a ser exercida após o termo da prestação de teletrabalho.

Ainda quanto aos elementos que devem constar do contrato escrito, o legislador dá

.....

33 Como indica GOMES, J., de forma mais humorística, «numa visão idílica, tende-se mesma a descrever um mundo em que os teletrabalhadores se encontrariam nas praias com os seus computadores portáteis, realizando a prestação entre dois mergulhos» (cfr. *ob. cit.*, 737-738). No âmbito do teletrabalho, a realidade acaba por ser bastante diferente, pelo que a prestação de trabalho nestes termos pode dificultar a distinção efetiva de tempo de lazer e o tempo de trabalho.

34 Compete naturalmente ao empregador garantir o cumprimento das regras respeitantes ao registo de tempos de trabalho (cfr. art. 202.º do Código do Trabalho) e registo de trabalho suplementar (cfr. art. 231.º do Código do Trabalho).

35 No entanto, como aponta VAZ MARECOS, D., o legislador não estabeleceu nenhuma limitação quanto ao prazo máximo de duração da prestação de trabalho no regime de teletrabalho. Sugere, inclusivamente, que nada impede que seja acordado entre o empregador e o trabalhador a prestação de trabalho em teletrabalho durante 10 anos (cfr. *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 2012, pp. 407).

particular ênfase à necessidade de identificar a propriedade dos instrumentos de trabalho. Para além disso, tem de ficar contratualmente determinado o responsável pela instalação e manutenção dos instrumentos de trabalho e pelo pagamento das respetivas despesas. Contudo, se esta informação não resultar do acordo, nos termos do disposto no art. 168.º do Código do Trabalho, presume-se que os instrumentos de trabalho referentes a tecnologias de informação e comunicação que sejam utilizados pelo trabalhador na execução do teletrabalho pertencem ao empregador. Esta presunção não abrange, portanto, outros instrumentos de trabalho. Desta forma, se o empregador facultar ao trabalhador, por exemplo, uma cadeira especialmente ergonómica para o escritório no domicílio do trabalhador, terá de provar a sua propriedade em caso de conflito entre as partes³⁶.

O pagamento das despesas de manutenção e de consumo referentes a estes instrumentos de trabalho por parte de um empregador são um fator relevante que sublinha a natureza laboral do teletrabalho.

Por fim, o acordo escrito de teletrabalho implica ainda a indicação não só do estabelecimento ou departamento da empresa a que o trabalhador fica afeto, como também a identificação de um interlocutor do empregador a quem deve reportar. Esta obrigação visa sublinhar o carácter subordinado da relação de trabalho e a ligação funcional ao empregador. Para além disso, nos termos do art. 169.º, n.º 3 do Código do Trabalho, este requisito visa evitar o isolamento do teletrabalhador, uma vez que devem ser promovidos os contactos regulares com a empresa e demais trabalhadores.

O contrato para a prestação subordinada de teletrabalho é, à partida, consensual e pode ser celebrado *ab initio*, ou resultar simplesmente de uma modificação substancial de um contrato individual de trabalho em vigor³⁷. Neste último caso, o regime acaba por ter algumas particularidades previstas no art. 167.º do Código do Trabalho. Assim, sendo o contrato para a prestação de teletrabalho superveniente, a sua duração inicial não pode ultrapassar um período máximo de três anos³⁸. Para além disso está sujeito a um verdadeiro período experimental inicial de 30 dias, durante o qual qualquer das partes pode denunciar o contrato³⁹. Caso a denúncia seja exercida ou se verificar qualquer

.....

36 Se tivermos em conta que a maior parte do teletrabalho é prestado a partir do domicílio do trabalhador, pode ser natural que haja uma partilha efetiva de alguns instrumentos de trabalho (como por exemplo uma mesa ou cadeira). No entanto, tendo em conta que o teletrabalho implica a utilização de tecnologias de informação e comunicação, à partida estes são adquiridos e instalados pelo empregador. Caso o empregador atribua outros instrumentos de trabalho ao trabalhador, deverá identificá-los no contrato para a prestação subordinada de teletrabalho.

37 PALMA RAMALHO, M., distingue estes dois conceitos como *teletrabalho externo* e *teletrabalho interno*, respetivamente (cfr. «Direto do...», *ob. cit.*, pp. 324).

38 Ou outro prazo superior ou inferior se resultar de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho.

39 O art. 167.º, n.º 2 do Código do Trabalho não identifica este período de 30 dias como período experimental, mas sim como o momento em que qualquer das partes pode denunciar o contrato para a prestação de trabalho subordinado. No entanto, parece-nos que o legislador ao determinar este período de tempo e a condicioná-lo a

outra causa da cessação do teletrabalho, o trabalhador retoma a prestação de trabalho comum. Enquanto no caso da denúncia das partes no período inicial de 30 dias parece evidente que o trabalhador regressa à sua atividade anterior, já no caso dos demais casos de cessação, o trabalhador retoma a prestação de trabalho nos termos previamente acordados⁴⁰.

Após a entrada em vigor do contrato para prestação de teletrabalho, o teletrabalhador mantém os mesmos direitos e deveres dos demais trabalhadores. Neste sentido, o legislador identifica de forma meramente exemplificativa que a manutenção destes direitos e deveres diz respeito a i) formação, promoção ou carreiras profissionais; ii) limites do período normal de trabalho e outras condições de trabalho; iii) segurança e saúde no trabalho; e iv) reparação de danos emergentes de acidente de trabalho ou doença profissional.

Ainda quanto à formação profissional, o teletrabalhador tem também o direito, caso seja necessário, de receber formação especificamente relacionada com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação.

Por fim, uma relação de teletrabalho, principalmente quando a prestação de trabalho é realizada no domicílio do trabalhador, pode promover alguma dificuldade de gestão da sua privacidade⁴¹. Desde logo, conforme já referimos, torna-se mais difícil distinguir os tempos de trabalho, assim como garantir o controlo efetivo dos tempos de trabalho prestados. A fronteira entre o tempo de repouso e de trabalho pode resultar da mera deslocação de uma divisão do domicílio para a outra. Daí que podem surgir casos em que o controlo do empregador sobre os tempos de trabalho pode tornar-se mais apertado ou até intrusivo. Por outro lado, admite-se que numa relação de teletrabalho o empregador pode promover visitas ao local de trabalho para controlar a atividade e os instrumentos de trabalho. No entanto, se o local de trabalho for o domicílio do trabalhador, estas visitas apenas podem ter lugar entre as 9h00 e as 19h00 e têm de ter a presença do próprio trabalhador ou de alguém por si designado⁴². Pretende o legislador evitar que o empregador possa aceder ao domicílio do trabalhador durante um período de tempo que se admite que seja fora do horário de trabalho e reservado à família e lazer.

.....

30 dias de execução está a enquadrá-lo como um período experimental. Esta medida justifica-se porque estamos perante uma alteração substancial do contrato individual de trabalho com um elevado impacto não só para o trabalhador, mas também para o empregador. Por este motivo, entendemos que podem ser aplicáveis a este prazo as regras previstas no art. 113.º, n.º 2 do Código do Trabalho, afastando da contagem os dias de falta (ainda que justificada), de licença, de dispensa ou de suspensão do contrato. Em sentido aparentemente diferente, PALMA RAMALHO, M., classifica este período de 30 dias como um *direito ao arrependimento* (cfr. «Direito do...», *ob. cit.* pp. 365).

⁴⁰ Ou em sentido diferente se assim resultar de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável.

⁴¹ Cfr. art. 170.º do Código do Trabalho.

⁴² Cfr. art. 170.º, n.º 2 do Código do Trabalho.

4. RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO NO TELETRABALHO

Conforme já referido, o legislador português apenas regulamentou através do Código do Trabalho as relações de teletrabalho subordinado. Desta forma, independentemente do contrato para a prestação subordinada de teletrabalho ser originário ou superveniente, estamos sempre perante um contrato de trabalho especial.

Quanto a este ponto, o teletrabalho é o único contrato de trabalho que assume de forma formal que os instrumentos de trabalho podem não ser disponibilizados pelo empregador⁴³. Ora, no regime comum, os instrumentos de trabalho devem ser facultados pelo empregador para o trabalhador. Aliás, nos termos do art. 12.º do Código do Trabalho, relativo à presunção de laboralidade, é considerado como uma característica do contrato de trabalho o facto dos equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertencerem ao beneficiário da atividade. Assim, admite-se no teletrabalho que o trabalhador com contrato de trabalho em vigor possa ser o proprietário dos instrumentos que utilize para exercer a sua prestação laboral.

Contudo, apesar desta situação excecional, ainda assim não está em causa a relação de subordinação entre o empregador e o trabalhador. Por este motivo, no art. 169.º o legislador estabelece a obrigação do empregador evitar o isolamento do teletrabalhador. Portanto, o teletrabalhador fica vinculado a um horário de trabalho, à execução da prestação em local previamente definido, à existência de controlo externo do modo da prestação, à obediência a ordens e a sujeição à disciplina do empregador. O que temos aqui é uma menor relação *face to face* com o empregador que pode ser facilmente substituída pelos meios tecnológicos atualmente disponíveis. Não é por este facto que a relação de trabalho deixa de ter uma verdadeira subordinação jurídica entre o empregador e o trabalhador. A única verdadeira variável é mesmo a localização da prestação de trabalho do teletrabalhador. Assim, como refere GLÓRIA REBELO, o facto de o empregador não estar perto do teletrabalhador no decurso da prestação da sua atividade não quer dizer que não possa exercer o seu poder de supervisão e de autoridade⁴⁴.

43 Esta interpretação resulta de uma interpretação *a contrario* do art. 166.º, 5, al. e) e art. 168.º, n.º 1 do Código do Trabalho.

44 Cfr. REBELO, G., *Teletrabalho e privacidade, contributos e desafios para o direito do trabalho*, Editora RH, 2004, pp. 85. Também neste sentido, PINTO RODRIGUES, P., reforça o impacto da subordinação jurídica na relação de teletrabalho quando relembra que o Código do Trabalho estabelece a obrigação do teletrabalhador ficar na dependência de um estabelecimento ou departamento da empresa [cfr. «O Teletrabalho: Enquadramento Jus-Laboral», em MONTEIRO FERNANDES, A. (Dir.) *Estudos de Direito Trabalho*, Coimbra Editora, 2011, pp. 107].

5. O TELETRABALHO COMO INSTRUMENTO DE CONCILIAÇÃO DA VIDA PROFISSIONAL COM A VIDA FAMILIAR

Resulta de senso comum que o teletrabalho pode ser um excelente instrumento para a conciliação da vida privada com a vida familiar. Desde logo porque pode permitir que um trabalhador possa exercer a sua atividade laboral por conta do empregador a partir do seu domicílio. Esta abordagem está sustentada num pendor fortemente contratual em que as partes de uma relação laboral chegam a um consenso no sentido de promover a realização da prestação de teletrabalho.

Contudo, nem todas as situações de teletrabalho têm de ser consensuais entre as partes. Na verdade, desde 2009 é possível que ao empregador seja imposto o teletrabalho. Vejamos:

5.1 Regime anterior às alterações previstas na Lei n.º 120/2015, de 1 de setembro

Nos termos do disposto no art. 166.º, n.º 2 do Código do Trabalho, o trabalhador tem direito a passar a exercer a sua prestação laboral em regime de teletrabalho quando for vítima de violência doméstica e estarem verificados os pressupostos previstos no art. 195.º, n.º 1⁴⁵.

A questão que se deve colocar é se esta remissão é total, ou seja, para todo o regime previsto no art. 195.º, n.º 1 ou apenas para o simples facto de se tratar de um trabalhador vítima de violência doméstica. Quanto a este ponto, entendemos que é importante constatar que o legislador refere no art. 166.º, n.º 2: «verificadas as condições previstas no n.º 1 do art. Artigo 195.º». Significa, pois, que a intenção não é remeter para um estatuto específico - trabalhador vítima de violência doméstica - mas sim para as condições de obtenção deste mesmo estatuto. Portanto, não temos grandes dúvidas que apenas pode ser imposto de forma unilateral o teletrabalho ao empregador no caso de estarem verificadas as condições previstas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 195.º.

Resolvida esta questão, entendemos que caso o trabalhador vítima de violência doméstica pretenda impor a realização de teletrabalho, é necessário que faça o competente requerimento ao empregador e cumpra os seguintes pressupostos⁴⁶: i) apresente queixa-

.....

45 Este artigo estabelece um regime que permite que o trabalhador vítima de violência doméstica possa impor ao empregador de forma temporária ou definitiva a transferência de local de trabalho.

46 VAZ MARECOS, D., pormenoriza como requisitos para imposição do teletrabalho os seguintes: i) o trabalhador seja vítima de violência doméstica, enquanto maus tratos físicos ou psíquicos por cônjuge, ex-cônjuge ou por pessoa com quem o trabalhador mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges; ii) coabite com o agente do crime de violência doméstica; iii) apresente queixa-crime pelo crime de violência doméstica; iv) requeira iniciar a prestação de teletrabalho; v) a prestação do trabalho seja compatível com o regime de teletra-

crime contra o autor do crime de violência doméstica⁴⁷; e ii) Saída da casa morada de família no momento em que inicie a prestação em teletrabalho⁴⁸.

Esta norma inovadora em 2009 pretendeu tornar o teletrabalho como uma ferramenta de proteção do trabalhador em situações em que é vítima de violência doméstica. No fundo, temos aqui o esplendor da conciliação da vida privada com a vida profissional num contexto difícil para o trabalhador.

Se tivermos em conta as dificuldades associadas à vida de trabalhador vítima de violência doméstica, compreende-se a intenção do legislador atribuir-lhe o direito a realizar a prestação das duas tarefas profissionais em teletrabalho. Contudo, este direito não é absoluto. Na verdade, apenas pode ser imposto o teletrabalho no caso de ser compatível com a atividade desempenhada. Imagine-se, por exemplo, um trabalhador que desenvolve a sua atividade como vendedor num estabelecimento comercial que ficaria necessariamente sem funções caso pudesse impor ao empregador prestar teletrabalho⁴⁹. Havendo esta incompatibilidade, é lícito ao empregador a recusa do pedido do trabalhador. Registe-se ainda que, neste caso em particular, apenas a incompatibilidade pode ser um fundamento de oposição do empregador do requerimento de teletrabalho e mais nenhum outro.

5.2. Regime posterior às alterações previstas na Lei n.º 120/2015, de 1 de setembro

No decurso do ano de 2015, o legislador estabeleceu mais uma exceção ao regime tradicionalmente consensual do teletrabalho. Com efeito, foram acrescentados dois novos números ao art. 166.º que estabeleceram o direito à prestação subordinada de teletrabalho para trabalhador que tenha filhos com idade até três anos. Os pressupostos de aplicação deste novo regime especial são essencialmente dois: i) compatibilidade do teletrabalho

balho; e vi) o trabalhador deixe a casa morada de família (cfr., *ob. cit.*, pp. 408).

47 Neste caso importa questionar se o teletrabalho pode ser imposto apenas com a apresentação de queixa-crime ou se será possível adquirir o mesmo direito com a obtenção do estatuto de vítima de violência doméstica nos termos do disposto no art. 14.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro. O comprovativo de estatuto de violência doméstica pressupõe a apresentação prévia de queixa-crime. No entanto, no Código do Trabalho o legislador expressamente apresenta como requisito a apresentação da queixa-crime e não a aquisição deste estatuto. Portanto, o art. 166.º, n.º 2 do Código do Trabalho é menos exigente ao apenas requerer apresentação de comprovativo de promoção criminal. Para além disso, nos termos do art. 14.º, n.º 4 da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, é possível a aquisição do estatuto sem apresentação da competente queixa-crime, mas por intervenção do organismo da administração pública responsável pela área da cidadania e da igualdade de género. Por este motivo, entendemos que o critério previsto na al. a) do n.º 1 do art. 195.º do Código do Trabalho diz respeito apenas a *apresentação de queixa-crime*. Em sentido contrário, temos VAZ MARECOS, D., que entende que a prova pode ser realizada através da apresentação de queixa-crime ou comprovativo do benefício do estatuto de violência doméstica (cfr. *ob. cit.*, pp. 408).

48 Importa aqui referir que o art. 166.º, n.º 2 do Código do Trabalho faz uma mera remissão para o art. 195.º, n.º 1. Desta forma, este artigo faz referência à obrigação de saída da casa morada de família no momento em que se efetive a transferência. Assim, temos de tentar alcançar o melhor sentido desta norma, pelo que apenas será coerente concluir que tem de existir saída da casa morada de família pelo menos até o momento em que se inicie a realização da prestação laboral no regime de teletrabalho.

49 Neste caso, se o empregador tiver mais do que um estabelecimento, nos termos do art. 195.º pode impor a mudança de local de trabalho.

com a atividade laboral desempenhada pelo trabalhador; e que ii) o empregador disponha de recursos e meios para o desenvolvimento do teletrabalho⁵⁰.

Enquanto no regime anteriormente mencionado é pretendido que o trabalhador possa proteger-se numa situação atípica de violência doméstica, neste caso, o legislador garante que qualquer trabalhador progenitor possa impor a prestação de teletrabalho ao empregador se tiver pelo menos um filho com idade inferior a três anos. Desta forma, é possível obter de forma otimizada a conciliação da vida familiar com a vida privada aumentando o período de tempo em que o trabalhador pode estar ausente do trabalho por motivos familiares. Assim, ao contrário do que acontece com a tendência legislativa de prolongamento de licenças para o exercício da parentalidade, como a parental inicial, aqui o que temos é a manutenção plena do trabalho e respetiva conjugação com a atividade laboral.

Com esta alteração, o legislador promoveu a possibilidade de os pais poderem trabalhar a partir de casa enquanto tiverem filhos de menor idade sem para que para esse efeito seja sobrecarregado o sistema de segurança social ou tenham de abdicar de rendimentos. Nesta medida, acreditamos que a introdução deste novo regime vai permitir um crescimento do teletrabalho em Portugal a médio prazo.

5.3. Do Direito de oposição ao pedido do trabalhador

Nos termos do disposto no art. 166.º, n.º 4, à partida, o empregador não pode opor-se ao pedido do trabalhador para a prestação de teletrabalho, quer tratando-se de vítima de violência doméstica, quer tratando-se de trabalhador com filhos com idade inferior a três anos. No entanto, esta norma é completamente contrariada pelo n.º 2 e n.º 3 do mesmo artigo, uma vez que impõe que o direito do trabalhador só é efetivo se se verificarem os seguintes critérios: i) trabalhador que tenha sido vítima de violência doméstica - critério de compatibilidade do teletrabalho com a atividade do trabalhador; ii) trabalhador com filhos com idade inferior a três anos - critério de compatibilidade de teletrabalho com a atividade do trabalhador e critério de existência de meios e recursos por parte do empregador.

Numa interpretação a contrario destas disposições legais concluímos que o empregador pode opor-se ao pedido de prestação de trabalho em regime de teletrabalho se não se verificarem os critérios mínimos previstos para cada uma das situações. Nesta medida, é mais garantístico o direito do trabalhador vítima de violência doméstica, uma vez que apenas pode ser exercida oposição por parte do empregador fundamentado na simples incompatibilidade da atividade laboral. Pelo contrário, tratando-se de um trabalhador com

.....

50 Este fundamento de recusa não existe no caso da vítima de violência doméstica, solução que parece inconcebível.

filho com idade inferior a três anos, o empregador tem mais um motivo para exercer o seu direito à oposição. Neste caso, o empregador pode também sustentar que não tem recursos e meios para permitir a prestação da atividade do trabalhador através do regime de teletrabalho.

Podemos discutir o impacto desta diferença. Na realidade, a situação de violência doméstica assume-se como mais urgente no quotidiano do trabalhador, daí que o legislador apenas parece querer evitar que seja imposto um teletrabalho que não tenha qualquer possibilidade prática de execução. No entanto, parece claramente faltar a possibilidade de o empregador poder exercer o direito de recusa, quando apesar de ser possível a sua prestação, este não possua meios e recursos para a aplicação do regime. Este direito do empregador deverá estar suportado na existência de impossibilidade técnica para o efeito⁵¹ ou carência de meios financeiros⁵². Neste último caso, havendo dificuldades do empregador para garantir os meios adequados para a prestação de teletrabalho, admite-se que seja possível o trabalhador compartilhar na disponibilização de instrumentos de trabalho que sejam por si detidos em condições a serem determinadas pelas partes.

Esta alteração legislativa pode promover a massificação do teletrabalho em Portugal tendo em conta que permite a imposição unilateral por parte do trabalhador num contexto perfeitamente comum em qualquer sociedade - parentalidade de um filho com idade até 3 anos. No entanto, admite-se que vai passar a ser um novo foco de conflito entre empregadores e trabalhadores que vai ter como resultado o aumento da jurisprudência sobre teletrabalho em Portugal⁵³.

Por fim, importa ainda referir, quanto ao direito de oposição do empregador, que o legislador português cometeu um lapso relevante na parte relativa ao teletrabalho quando elaborou a Lei n.º 120/2015, de 1 de setembro. Com efeito, como vimos, foi integrado no art. 166.º um novo n.º 3 com a manutenção dos demais números de forma sequencial. O problema é que o atual n.º 8⁵⁴, que prevê o regime contraordenacional para a violação das regras previstas neste artigo, não foi devidamente atualizado. Assim, a alteração da sequência do art. 166.º faz com que atualmente apenas seja contraordenação o incumprimento

.....
51 Imagine-se, por exemplo, que o trabalhador pretendia impor a prestação do teletrabalho no seu domicílio que seria um local onde o acesso à internet fosse tecnicamente impossível. No entanto, admite-se que os empregadores possam tentar sustentar que a prestação de teletrabalho não é tecnicamente possível por outros motivos, como por exemplo a proteção de informação sigilosa e sensível utilizada pelo trabalhador no exercício da sua atividade.

52 Quanto a este ponto, parece-nos que não bastará invocar a existência de um custo para a instalação das condições para prestação de teletrabalho, mas sim a inviabilidade e desproporcionalidade que tal custo poderá ter na realidade do empregador. Vamos pensar no exemplo de um empregador em grandes dificuldades económicas que não tem liquidez para facultar meios e recursos para garantir que o trabalhador pudesse prestar a sua atividade no regime de teletrabalho.

53 Parece importante sublinhar que a tramitação processual para a recusa do direito ao teletrabalho por parte de um empregador não está expressamente definida. No entanto, deverá passar pelo recurso a uma ação de simples apreciação com vista a garantir o reconhecimento judicial do direito de recusa por parte do empregador.

54 Na versão original era o n.º 7.

do requerimento de teletrabalho nos casos previstos nos números 3 e 4 (contraordenação grave e leve respetivamente). Entendemos que o objetivo do legislador seria sancionar o incumprimento dos números 2, 3 e 4 de forma expressa, mas não promoveu a devida atualização numérica no momento da alteração do artigo 166.⁵⁵. Desta forma, temos o cenário absurdo de ser imputável ao empregador uma contraordenação grave quando não permite a prestação de teletrabalho a trabalhador que o solicita com um filho com idade inferior a 3 anos, mas somente contraordenação leve se exercer oposição a este pedido. Pior ainda, por força do atual n.º 4, a recusa aplicação do regime de teletrabalho a um trabalhador vítima de violência doméstica será sempre uma contraordenação leve. Neste contexto, seria importante o legislador resolver com urgência este lapso tendo em conta que o teletrabalho será futuramente um foco de conflito entre trabalhador e empregador.

6. CONCLUSÕES

Faço ao exposto e tendo em conta uma abordagem consolidada do regime legal português do teletrabalho, podemos retirar as seguintes conclusões mais relevantes:

- a) O teletrabalho ainda não faz parte do ADN do mercado de trabalho Português, apesar de ter sido introduzido um regime legal expresso no Código do Trabalho desde 2003.
- b) O conceito legal de teletrabalho é imperfeito e assume conceitos vagos e genéricos que deveriam ser mais concretizados numa futura revisão do regime.
- c) Com a introdução de dois regimes de imposição unilateral do teletrabalho por parte do trabalhador, passou a ser possível utilizar este contrato especial de trabalho como instrumento de promoção da conciliação da vida privada com a atividade profissional.
- d) O novo regime de teletrabalho para trabalhadores com filhos com idade inferior a três anos poderá fazer finalmente crescer o número de teletrabalhadores em Portugal.
- e) Este novo regime poderá, contudo, tornar o teletrabalho como um foco de conflito entre o trabalhador requerente e o empregador que pretenda exercer o seu direito de recusa, estimando-se que promova o aparecimento de uma jurisprudência rica e interventiva.

.....

55 Se não fosse este o entendimento, significava que o legislador tinha intencionalmente decidido desvalorizar o incumprimento do requerimento de teletrabalho a um trabalhador vítima de violência doméstica.

- f) A prestação de atividade em regime de teletrabalho não impede a manutenção de uma relação de subordinação em que o empregador exerce a sua autoridade sobre o trabalhador.

DUARTE ABRUNHOSA E SOUSA

Investigador do Centro de Investigação Jurídico-Económica

da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

duartasousa@gmail.com

INSTRUCCIONES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la **Norma AENOR UNE 50-133-94** (equivalente a **ISO 215:1986**) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la **Norma AENOR UNE 50-104-94** (equivalente a **ISO 690:1987**) sobre **Referencias Bibliográficas**.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 20 a 25 folios a espacio 1,5 aprox. y 2 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave (máximo cinco). Las tribunas, escritas en Times New Roman 12, serán de 5 folios a espacio 1,5.

Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Estos informes son la base de la toma de decisiones sobre su publicación o no, que corresponde en última instancia al Consejo de Redacción (Comité Editorial) de la Revista y a la Dirección de la misma. La Revista Derecho Social y Empresa no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derecho Social y Empresa comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos Social y Empresa. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Se deben entregar en **soporte informático PC Word** a las direcciones electrónicas de la Revista (**revista@centrosagardoy.com**). Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas.

Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista electrónica.

Los originales deberán presentarse en español, inglés o en cualquiera de las lenguas de los países pertenecientes a la Unión Europea.

Los autores deben **señalar en negrita aquella frase o frases más relevantes** de cada epígrafe de su trabajo

Derecho Social y Empresa establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

- **Libros:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Trabajos incluidos en volúmenes colectivos:** SIERRA BENÍTEZ, M., «La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia», en NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61-91.
- **Artículos contenidos en publicaciones periódicas:** GARCÍA VIÑA, J., «Situación de la violencia en el trabajo en España y en otros países europeos», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010, pp. 101-124.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII», en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, *cit.*

PUBLISHING GUIDELINES IN DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

Instructions for authors established following the standard AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1.5, is 20 to 25 pages aprox. Books reviews maximum length should be 2 pages with 1.5 spaces. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to anonymous and external referees that could: a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. These external referees are the basis for decisions on publication or not. The decision is in any case the Editorial Board (Editorial committee) of the journal and the management team of the journal. Derecho Social y Empresa will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derecho Social y Empresa as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while it is being considered for publication in Derecho Social y Empresa. Originals will not be returned to their authors.

Articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails (**revista@centrosagardoy.com**). In order to facilitate the anonymity of the external referee, in one file author's details should be omitted. In a separated file, the following details should be included as listed: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

Authors of the published articles will receive an issue of the review.

Originals should be submitted in Spanish, English, or in any of the languages of the countries belonging to the European Union.

The authors should indicate **in black colour that phrase or phrases most relevant** of each section of their work

Derecho Social y Empresa establishes the use of the following reference's rules as a condition to accept the articles:

- **Books:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Articles included in collective works:** SIERRA BENÍTEZ, M., «La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia», en NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61-91.
- **Articles included in periodic publications:** HOWELL, J. H., «Industrial Relations: A Field in Search of a Future? But Don't Worry, Bruce Kaufman Has Done the Past», *Industrial & labor relations review*, Vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 501-505.

In order to avoid the repetition of references it is strongly recommended the use of the expression cit.. As for instance, (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII», en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, cit.