

docs

#5

XXIX Jornades Catalanes de Dret Social

Noves tecnologies i relacions laborals

(2a edició revisada i actualitzada)

**Josep de Quintana Pellicer, Mar Mirón Hernández
i Francisco Pérez Durán (directors)**



docs #5

XXIX Jornades Catalanes de Dret Social

Noves tecnologies i relacions laborals

(2a edició revisada i actualitzada)

**Josep de Quintana Pellicer, Mar Mirón Hernández
i Francisco Pérez Durán (directors)**

Índex

Economía de las plataformas (<i>platform economy</i>) y contrato de trabajo IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ	4
Incidencia de nuevas TIC en la intermediación privada, el problema de la utilización de plataformas electrónicas para eludir derechos CONSUELO CHACARTEGUI	111
Mujer y derechos laborales: presente y futuro del trabajo de la mujer. Puntos críticos y propuestas para una nueva regulación de las relaciones laborales DALILA DOPAZO BLANCO	137
Tecnología y relaciones laborales: cambios en la jornada y en el lugar de trabajo. Aportaciones del Derecho Comunitario y comparado FERRAN CAMAS RODA	187
La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso ANA C. SALAS VELASCO	219
Evolución de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo tras las recientes Sentencias del TJUE en materia de contratación SEBASTIÁN MORALO GALLEGO	238
Prueba digital ilícita y calificación del despido: la constatación judicial de la vulneración de derechos fundamentales no puede suponer otra cosa sino la nulidad EUSEBI COLÀS-NEILA / ESTELA YÉLAMOS BAYARR	255
Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral MARGARITA ROSA FONS CARBONELL	284

Economía de las plataformas (*platform economy*) y contrato de trabajo

IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ

Profesor Agregado y TU Acreditado
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

Resumen

En este ensayo, tomando como punto de partida la tendencia expansiva de la precariedad y la atipicidad en el mercado de trabajo comunitario y, acusadamente, a partir de la crisis, se aborda el impacto de la economía de las plataformas (o *platform economy*) en la calidad del empleo y en la morfología del contrato por cuenta ajena y por cuenta propia. Y, para ello, teniendo en cuenta la doctrina del TJUE en el caso *Élite Taxi*, a propósito del conflicto con la Empresa Uber, el estudio destaca la necesidad de distinguir entre plataformas que operan como meras intermediarias, de aquellas que lo hacen como prestadoras del servicio subyacente.

Partiendo de la dimensión transnacional del fenómeno, y asumiendo la necesidad de una armonización normativa de mínimos, al menos, en el contexto de la UE, se procede al estudio del concepto comunitario de trabajador por cuenta ajena y por cuenta propia desde el punto de vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para proyectarlo sobre las particularidades de los servicios prestados a través de este modelo en expansión.

Este análisis sugiere que se está produciendo un «falso debate sobre la dependencia o subordinación», especialmente, porque el trabajo a través de las plataformas (*offline* y *online*) no predetermina una intrínseca (e inevitable) devaluación de este rasgo (amenazando su cognoscibilidad). De modo que, sin negar los desafíos que esta nueva realidad atesora, y que afectan a múltiples instituciones jurídico-laborales, se defiende la no obsolescencia de los rasgos caracterizadores del trabajo asalariado en este entorno.

Más al detalle, se hace una valoración crítica sobre las tesis que sostienen que las principales particularidades de los servicios de las plataformas son las siguientes (y que ponen en duda la nota de subordinación): en primer lugar, la capacidad del trabajador de concretar el momento para ejecutar la prestación; y, en segundo lugar, la facultad de rechazo de las tareas (y, por tanto, el número de ellas).

Respecto de la primera, a mi entender, no puede decirse que se trate de una particularidad única de este tipo de entorno, porque el trabajo por cuenta ajena admite configuraciones flexibles sobre el tiempo de trabajo sin que redunde en la devaluación de la nota de subordinación.

En relación a la «facultad de rechazo», tampoco se entiende que sea una nota característica exclusiva y/o novedosa de la economía de las plataformas. Lo verdaderamente novedoso con respecto al trabajo «ordinario» o «tradicional» no es que el trabajador «pueda» no dar cumplimiento a los sucesivos requerimientos empresariales (en este caso, la propuesta de cada nueva tarea), sino la decisión de la plataforma de tolerar (en mayor o menor grado) este tipo de comportamiento. En la relación laboral «ordinaria», la nota de voluntariedad «habilita» a todo trabajador a apartarse del programa de prestación (en el extremo, la facultad de abandono o desistimiento puede ejercerse en cualquier instante durante la ejecución de la relación de trabajo). Es obvio que lo que retiene al trabajador a hacerlo es la posibilidad de ser sancionado o, incluso, de ver resuelto el contrato.

Por consiguiente, en el ensayo se defiende que, «lo verdaderamente particular» (la esencia) de la economía de las plataformas es la voluntaria «pasividad» empresarial en el ejercicio de la facultad sancionadora y/o de la facultad resolutoria. Y, en este sentido, en ocasiones, se trata de una «permisividad meramente contenida» que no conlleva una renuncia completa de las mismas, pues el rechazo puede acarrear la suspensión temporal o la desconexión definitiva de la plataforma.

Al hilo de esta reflexión, y después de analizar las reacciones normativas, judiciales y administrativas más recientes a nivel comparado y nacional, el estudio rechaza las propuestas que abogan por la configuración de una nueva categoría conceptual (próxima a lo que se conoce como «trabajador independiente»). Y, por derivación, también se cuestiona la necesidad de crear en el ámbito interno una relación laboral especial.

Especialmente por los siguientes cuatro motivos:

- En primer lugar, porque la reciente propuesta de Directiva 91/533, sobre unas condiciones laborales transparentes y previsibles, ha

- apostado por la figura del «trabajador» para este entorno (y, además, de acuerdo con una concepción de indicios «clásica»).
- En segundo lugar, porque, las consecuencias de un marco normativo de estas características podría tener efectos muy contraproducentes (y, dada la experiencia reciente, difícilmente corregibles una vez puesto en marcha), pues incrementaría sustancialmente las ya de por sí difusas fronteras del trabajo por cuenta ajena, incrementando su inestabilidad e imprecisión;
 - En tercer lugar, porque, en la medida que, en un futuro, no es descartable que el trabajo en plataforma se extienda a las organizaciones empresariales «tradicionales» y, por consiguiente, los trabajadores alternen la prestación de servicios en las dos «modalidades», la justificación de esta especialidad quedaría seriamente comprometida; y
 - En cuarto lugar, porque, de crearse, es probable que se articularía un estatuto menos protector que el común y, en un contexto en el que la precariedad y la atipicidad son fenómenos en expansión, no parece oportuno crear un nuevo nicho para estimularlas (segmentando aún más el mercado de trabajo y promoviendo una nueva vía para la huida del Derecho del Trabajo). En efecto, si la atomización de tareas y externalización a múltiples prestadores a través de plataforma tecnológica devaluara *per se* la noción de trabajo en régimen de subordinación, estaría proyectando un incentivo (perverso) a los sectores tradicionales para reconvertir su modelo de negocio hacia este nuevo entorno, con el único propósito de obtener una ventaja competitiva a través de la devaluación de las condiciones de trabajo (y la degradación en la calidad del empleo sería, probablemente, intolerable).

Por este motivo, se defiende que los desajustes que plantea el trabajo por cuenta ajena en plataforma (sin ánimo de exhaustividad: salario mínimo, ordenación del tiempo de trabajo y del descanso, privacidad, portabilidad de evaluaciones, conciliación de la vida familiar y laboral, prevención de riesgos laborales, derechos colectivos, formación, protección de la igualdad y la no discriminación, etc.) deberían integrarse en el marco de la relación laboral común, complementando el contenido del Estatuto de los Trabajadores.

Por otra parte, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación subjetiva de la propuesta de Directiva 91/533 (incluyendo a los trabajadores que no tienen fijado de antemano un número de horas de trabajo) y la previ-

sión de un conjunto de condiciones de trabajo mínimas, se sugiere que, para aquellos casos en los que los servicios prestados por cuenta ajena sean calificados como «esporádicos» se articulen medidas de protección social mínimas (y las contingencias previstas en el Code du Travail francés podrían ser un buen punto de partida para el análisis).

A la luz de lo expuesto, es claro que queda un largo camino que recorrer, y que converger en el marco normativo más adecuado no será una tarea fácil. No obstante, creo que no conviene olvidar que, a la hora de sopesar las medidas a adoptar, es esencial asumir que las normas proyectan una serie de incentivos (y rémoras) en los operadores y el grado de calidad o degradación en el empleo de la economía de las plataformas será (principalmente) una resultante de los límites previamente fijados por el Derecho.

Espero que seamos capaces de aunar esfuerzos y afrontemos este reto prospectivamente, porque, sin duda, conviene modernizar la legislación en vigor con una «lógica de anticipación».

I. ¿Qué es la economía de las plataformas? (breve apunte)

El término «economía de las plataformas» se refiere a un fenómeno que, tal y como prevé la Comisión Europea, está experimentando una rápida evolución y, por tanto, su definición puede ser susceptible de una evolución en consecuencia.¹ También se conoce, entre otras denominaciones, como «economía colaborativa», «economía participativa», «economía digital a demanda» o «*gig economy*» (que podría traducirse, como «trabajos esporádicos»)².

De hecho, el propio concepto ya ha experimentado diversas mutaciones, pues si bien en los momentos iniciales se refería a plataformas

¹ Un análisis de los motivos que están contribuyendo a su expansión exponencial en Huws *et al.* (2017), p. 13; y, desde un punto de vista más conceptual, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2017), pp. 195 a 199; y CAVAS MARTÍNEZ (2017), p. 26 y ss.

² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2017), p. 194. En la terminología anglosajona también es frecuente que se empleen los siguientes términos: *Sharing economy*, *collaborative economy*, *on-demand economy*, *peer economy*, *collaborative consumption* o «1099 economy» («el número 1099 identifica en el sistema fiscal estadounidense una serie de módulos relativos a las rentas que no proceden del trabajo subordinado, entre las que se encuentran las procedentes del trabajo autónomo»). TRILLO PÁRREGA (2017), p. 429; y DAGNINO (2015), p. 2 y ss.

digitales que facilitaban el intercambio de bienes o servicios entre particulares (actuando como meras intermediarias), se ha pasado a un estado en el que también operan empresas que, sin desarrollar una tarea de intermediación, «intervienen activamente en la definición de las condiciones de uso de la plataforma y obtienen importantes beneficios económicos». Y, por tanto, prestan un servicio específico a un mercado concreto, esto es, un «servicio subyacente». ³ De hecho, se ha afirmado que el término (sin que sus características estén totalmente definidas) «es preso de una fuerte ambivalencia intencionada» entre estos dos enfoques (red entre iguales y plataformas que persiguen el beneficio empresarial, dotándose de trabajadores —autónomos/subordinados— para la prestación efectiva del servicio). ⁴

La variedad de realidades posibles que este fenómeno integra es extraordinaria ⁵ y, a los efectos de este ensayo, emplearé el término «economía de las plataformas» (o «platform economy») porque entiendo que es omnicomprendivo de todas ellas (o, al menos, el que —a mi entender— lo hace de un modo más «inclusivo»).

Los elementos centrales de la economía de las plataformas son tres: ⁶ primero, la digitalización (y consiguiente desmaterialización) del ofertante de los bienes o servicios; segundo, la capacidad tecnológica de poner en

³ SERRANO OLIVARES (2017), p. 19; y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2017, 3), p. 4.

⁴ TRILLO PÁRREGA (2017), p. 430. En cuanto a las dificultades de delimitación entre los dos enfoques, véase al respecto también, RODRÍGUEZ-PINERO ROYO (2017), pp. 192 y 193; y CALVO GALLEGU (2017, 1), pp. 350 a 359. Y una propuesta sistematizadora de las diversas tipologías de plataformas en, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2018, 2), p. 6 y ss. (en prensa).

⁵ Siguiendo la exposición de AGOTE (2017, pp. 3 y 4), «a través de las plataformas se pueden ofertar bienes, servicios o ambos a la vez. Si la plataforma ofrece bienes, estos a su vez podrán ser nuevos, usados, fungibles, no fungibles. Si, por el contrario, se ofrecen servicios, estos podrán requerir de la concurrencia en el tiempo y el espacio de prestador y cliente, o, *sensu contrario*, podremos encontrar servicios que pueden ser prestados, indistintamente, desde cualquier lugar del mundo. Adicionalmente, las plataformas pueden clasificarse en función de quién determina las características de los bienes o de los servicios y su respectivo precio, si la plataforma o el prestador. También en función de quién establece las instrucciones principales para la ejecución del servicio o la transmisión del bien, que podrá ser la propia plataforma, el cliente o el prestador del servicio. Por último, otra forma de clasificar estas plataformas puede atender a la mayor o menor libertad que ofrece la plataforma a quienes por virtud de esta presten servicios o transmitan bienes a terceros, de cara a la propia realización de la prestación. En concreto, nos referimos bien a la mayor o menor libertad que se le conceda al prestador del servicio para estar disponible para la realización de servicios a través de la plataforma, bien al mayor o menor grado de autonomía del prestador de servicios para realizar la prestación».

⁶ AGOTE (2017), p. 5.

contacto con inmediatez al demandante de un bien o servicio y un colectivo potencial de ofertantes; y, tercero, la delegación de decisiones empresariales a programas informáticos que, dotados de enormes capacidades, pueden hacer razonamientos programados de rendimiento y calidad de servicio y de ejecutar estas decisiones en la plataforma, con consecuencias contractuales para la plataforma, el prestador y el receptor.

Por su parte, la Comunicación de la Comisión de 2 de junio 2016, denominada Una Agenda Europea para la economía colaborativa [COM (2016) 356 final]⁷ —en adelante, CAEEC— la define en los siguientes términos:

Se refiere a modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes

- i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»)—;
- ii) usuarios de dichos servicios; y
- iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»).

Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro.

Desde el punto de vista estrictamente «laboral» el término «economía de las plataformas» agrupa básicamente dos formas de trabajo: el denominado ‘*crowdwork*’ (trabajo «colaborativo» *online*) y el ‘trabajo bajo demanda vía aplicaciones móviles’. Ambas se refieren a una externalización de la actividad empresarial extrema, a partir de la atomización del proceso productivo en pequeñas unidades (de la menor duración posible) y su ejecución de forma autónoma e independiente del conjunto. Esta descentralización productiva, además, se configura en forma de llamamiento, convocatoria u *open call* (exigiendo que el número de prestadores del servicio sea lo suficientemente amplio como para poder atender a toda

⁷ <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/16881/attachments/2/translations/es/renditions/pdf> (última consulta 01/03/2017).

la demanda) y, además, la contratación se efectúa en el momento exacto en el que se produce la demanda o solicitud del servicio (de ahí que también reciba el nombre de *on-demand economy*).⁸

Siguiendo la exposición de De Stefano,⁹ el término '*crowdwork*' (o trabajo «colaborativo» *online*) se refiere al trabajo que se desarrolla «a través de plataformas online que reúnen a un número indefinido de organizaciones, empresas e individuos, e incluso llega a conectar a clientes y trabajadores de todo el mundo». Este tipo de trabajo, se desarrolla a través de actividades de muy diversa naturaleza, consistiendo, en ocasiones, en «micro o nano tareas» o *microtasks* (extremadamente repartidas, con frecuencia monótonas y poco importantes) cuyo denominador común es que, hasta la fecha, «superan la comprensión de la inteligencia artificial» (tareas, también denominadas HITs o *Human Intelligent Tasks*). En otras ocasiones, en cambio, consisten en actividades de mayor entidad y complejidad.¹⁰

El concepto de «trabajo bajo demanda vía apps» (o «*work on-demand via apps*»), en cambio, se refiere al ofrecimiento y asignación de actividades relacionadas con trabajos «tradicionales» (transporte, limpieza, lavandería personal, tareas administrativas, reparación de aparatos electrónicos, cocineros a domicilio, guías turísticos, HITs, servicios médicos, asesoría legal, etc.) mediante el uso de aplicaciones móviles que se encargan normalmente de «garantizar unos estándares mínimos de calidad en el servicio y la selección de la mano de obra».

A partir de estos vectores, siguiendo con el citado autor,¹¹ se advierte que estas formas de trabajo presentan diferencias relevantes. Así, mientras que este último tiene un ámbito de ejecución esencialmente local (y por ello, se califican como *offline*), el primero, en cambio, en la medida en que se desarrolla a través de internet, sus operadores (plataformas, clientes y trabajadores) pueden exceder fácilmente este entorno.

⁸ GINÉS I FABRELLAS (2016), pp. 5 y 6.

⁹ DE STEFANO (2016), pp. 151 a 153.

¹⁰ El número de trabajadores en estas plataformas es ilustrativo de la dimensión de este fenómeno a nivel global: «Amazon Mechanical Turk aglutina a medio millón de trabajadores, Crowdflower a 5 millones, Crowdsourcing a 8 millones y Clickworker a 0,7 millones». MALO (2017), versión digital. Una exhaustiva exposición del funcionamiento de la Plataforma *Amazon Mechanical Turk*, entre otros, en GINÉS I FABRELLAS (2016), pp. 10 a 13; y TODOLÍ SIGNES (2015), p. 15 y ss.

¹¹ DE STEFANO (2016), pp. 152 y 153.

A su vez, cada una de estas formas presentan sus propias particularidades. Así en el caso del *crowdwork* se utilizan diversos modos de adjudicación del trabajo y su pago,¹² así como de relación con el cliente;¹³ y, en las *apps* de trabajo bajo demanda, los modelos tienden a distinguirse en función de la mayor o menor especialización de las actividades que se ofrecen.

Ciertamente, la Comisión ha destacado las ventajas asociadas a este fenómeno desde el punto de vista de la economía, el empleo y del consumo.¹⁴ Es claro que facilita el contacto entre la oferta y la demanda, minimizando los costes de transacción.¹⁵ Y, obviamente, esta particularidad también es extrapolable a la oferta y la demanda de trabajo, pues la tecnología permite «acceder a gran cantidad de personas disponibles para completar tareas o llevar a cabo actuaciones en un momento concreto»¹⁶ y facilita el acceso al empleo en entornos remotos o a personas con dificultades de movilidad o que atienden a familiares.¹⁷

¹² Por ejemplo, «algunas crean competiciones entre varias personas que trabajan simultáneamente en la misma tarea, y el cliente selecciona y paga únicamente el mejor producto. Otras operan utilizando el método de “orden de llegada”». DE STEFANO (2016), p. 152.

¹³ «En ocasiones no existe relación alguna entre el cliente y el trabajador: este ejecuta la tarea y le paga la plataforma, que, a su vez, entrega el resultado al cliente. En otros casos, la labor de la plataforma tiene más que ver con la de facilitar la relación entre clientes y trabajadores». DE STEFANO (2016), p. 152.

¹⁴ En concreto, afirma (p. 2) que «Se estimó que en 2015 los ingresos brutos de plataformas y proveedores colaborativos en la UE ascendió a 28.000 millones de euros. Los ingresos de la UE en cinco sectores clave casi se duplicaron en comparación con el año anterior y está previsto que sigan expandiéndose con fuerza. El crecimiento ha sido fuerte desde 2013 y se aceleró en 2015, cuando las grandes plataformas invirtieron considerablemente en la expansión de sus operaciones europeas. Algunos expertos consideran que en el futuro la economía colaborativa podría representar para la economía de la UE un aumento de entre 160.000 y 572.000 millones de euros. Existe, por lo tanto, un gran potencial para que nuevas empresas conquisten estos mercados en rápida expansión. El interés de los consumidores es de hecho grande, tal como confirman una consulta pública y una encuesta del Eurobarómetro».

¹⁵ VALLECILLO GÁMEZ (2017), p. 1. Véase también, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2018, 2), p. 4 (en prensa). De hecho, «la aparición de plataformas de intercambio descentralizado u horizontal a través de la red está transformando los papeles clásicos de oferta y demanda en el mercado, y puede afectar a la generación y distribución de la renta en el conjunto de la economía». CES (2017), *La Digitalización de la Economía*, Informe 03/2017, p. 11. (<http://www.ces.es/documents/10180/4509980/Inf0317.pdf> - última consulta 03/01/18).

¹⁶ DE STEFANO (2016), p. 153.

¹⁷ La doctrina (DE STEFANO, 2016, p. 158) ha destacado el potencial que, en principio, el *crowdwork* atesora en zonas rurales o en países en desarrollo (siempre que la conectividad así lo permita), aunque también ha destacado las dificultades (no solo técnicas) de deter-

Por este motivo, la CAEEC es explícita al afirmar que «La economía colaborativa crea nuevas oportunidades de empleo, genera ingresos más allá de las relaciones de empleo tradicionales y hace posible que las personas trabajen con arreglo a modalidades flexibles».¹⁸

No obstante, es importante resaltar que, al margen de estas «oportunidades» (y como fácilmente se intuye de alguna de las prácticas prototípicas de estas nuevas «manifestaciones» de empleo), también advierte de las posibles controversias derivadas de su encaje en los marcos regulatorios ya existentes, sin olvidar que pueden generarse zonas grises que sean empleadas para eludir precisamente la normativa existente. En este contexto, la delimitación precisa de los términos, consumidor, proveedor, trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, o la prestación profesional o no de servicios adquieren una importancia destacada, y se evidencian, en paralelo, múltiples y nuevas situaciones de riesgo e incertidumbre respecto de los derechos y obligaciones de los participantes (laborales, de protección de datos, competitividad, consumo, etc.).¹⁹

Y, en el ámbito del empleo y de las condiciones en las que se desarrolla el mismo (como se detallará posteriormente), la CAEEC también advierte que, teniendo en cuenta que las actividades se llevan a cabo en forma de tareas individualizadas realizadas de forma *ad hoc*, las modalidades de trabajo que emergen de la economía colaborativa (que califica de «flexibles») «pueden no ser tan regulares o estables como las relaciones de empleo tradicionales», pudiendo «crear incertidumbre en cuanto a los derechos aplicables y el nivel de protección social».

En cualquier caso, la CAEEC, siguiendo un planteamiento particularmente controvertido, apuesta por un nivel de intervención regulatoria de baja intensidad, pues sugiere que los Estados aprovechen la oportunidad para «revisar, simplificar y modernizar el acceso al mercado generalmente aplicables a los operadores del mercado (p. 8) y, a su vez, confía

minados colectivos para beneficiarse de estas oportunidades. Véase al respecto también, entre otros, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2017, 1), p. 290; y DAGNINO (2015), p. 22.

¹⁸ CAEEC, p. 12. Un análisis de los principales sectores de la economía colaborativa (préstamo entre particulares; la contratación de personal en línea; el alojamiento entre particulares; el sistema de coche multiusuario; y el uso compartido de contenido multimedia) que, de acuerdo con las previsiones de la Comisión Europea, podrían llegar a tener un mayor crecimiento en CASTELLANO BURGUILLO (2017), p. 266 y ss.

¹⁹ En términos de competencia, la expansión de plataformas de consumo colaborativo no solo suma presión competitiva a los sectores establecidos, sino que, además, puede derivar en situaciones de competencia desleal frente a las empresas existentes. CES (2017), p. 87. Véase al respecto también, SIERRA BENÍTEZ (2015, 1), pp. 247 y 248.

en que sean los «sistemas de calificación y reputación» (siempre que pueda confiarse en su calidad) los que autorregulen el mercado expulsando a quienes llevan a cabo comportamientos nocivos (p. 4).

Aunque se trata de un documento «orientador» y, por consiguiente, carente de fuerza jurídica vinculante, es importante reparar en su contenido para poder determinar las directrices que proyecta (o que aspira a delimitar). En concreto, el documento destaca que, en la medida en que las empresas de economía colaborativa entran en mercados hasta la fecha atendidos por operadores tradicionales, la cuestión relativa a si deben estar sujetas a los requisitos de acceso al mercado (autorizaciones previas, licencias, requisitos normalizados de calidad mínima, etc.) y en qué medida es un punto clave de partida. Y, al respecto, la CAEEC (p. 3) entiende —a la luz, principalmente, de la Directiva 2006/123— que los mismos deben estar justificados y ser proporcionados (deben estar dirigidos a la consecución de un «interés público claramente identificado»), «teniendo en cuenta las especificidades del modelo empresarial y de los servicios innovadores en cuestión, sin privilegiar un modelo de negocio en detrimento de otro».

En paralelo, la prestación de servicios «entre pares» (esto es, prestado por particulares —no profesionales— de forma ocasional), muy común en la economía colaborativa, es un factor que debería cuestionar si deben demandarse requisitos de acceso al mercado (esto es, si está justificado y es proporcionado). Aunque, ciertamente, se trata de una cuestión compleja, pues, como apunta la CAEEC, el marco regulatorio no define en qué instante «un par se convierte en un prestador de servicios profesional»; y, además, existe una disparidad de criterios entre los Estados miembros (en algunos, la remuneración del servicio es un elemento determinante y, en otros, se aplican umbrales por debajo de los cuales los requisitos para los prestadores de servicios son inferiores).²⁰

²⁰ En este sentido, la CAEEC también apunta (nota 6, p. 3) que «Las orientaciones facilitadas en la presente Comunicación se centran en actividades económicas. Los servicios de la economía colaborativa pueden ofrecerse gratuitamente, en régimen de costes compartidos o a cambio de una remuneración. Para muchos Estados miembros, las puras actividades de reparto de costes o las transacciones que ponen servicios a disposición como parte de un intercambio no implican remuneración. Solo las actividades remuneradas constituyen una actividad económica con arreglo a la legislación de la UE. Véase el Asunto C-281/06, Jundt, rec. 2007, p. I-12231, apdos. 32 y 33. Es importante tener en cuenta que, aunque la transacción entre un prestador de servicios y un usuario no constituya una actividad económica, este puede ser el caso con respecto a su relación respectiva con la plataforma de economía colaborativa. Cada relación (plataforma y usuario; plataforma y prestador de servicios; prestador de servicios y usuario) debe evaluarse por separado».

Del mismo modo que la legislación de la UE sobre consumidores y comercialización (que se basa en la distinción entre «comerciante» y «consumidor» —ex Art. 2, letras a) y b), de la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales—)²¹ tampoco parece que, en opinión de la CAEEC, deba aplicarse para el caso de que las transacciones se produzcan entre consumidores. De modo que «si ninguno de los prestadores colaborativos reúne las condiciones para ser considerado un comerciante, las transacciones entre ellos estarán fuera del ámbito de aplicación de dicha legislación.»²² La frecuencia de los servicios, el fin lucrativo y el volumen de negocio son factores necesarios, pero no suficientes, individualmente considerados, para poder determinar la existencia de un «comerciante». La necesidad de seguir las normas de diligencia profesional y no inducir a error a los consumidores, en aras a evitar prácticas comerciales desleales, es un requisito que también debe ser exigible a los prestadores de servicios de las plataformas colaborativas.²³

En cuanto a las plataformas colaborativas, la Comisión, a través de la CAEEC (p. 6), establece que en la medida en que proporcionan un «servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un prestatario de servicios», ofrecen un servicio de la sociedad de la información. Por lo tanto, no pueden estar sujetas a autorizaciones previas o cualquier requisito equivalente dirigidos específica y exclusivamente a dichos servicios».

Y a su vez, como un elemento determinante, apunta que debe establecerse si la plataforma colaborativa ofrece también el «servicio subyacente». Especialmente porque, desde el punto de vista jurídico, es significativo conocer «el nivel de control o influencia que la plataforma colaborativa ejerce sobre el prestador de dichos servicios». Y, desde la perspectiva laboral, este es un elemento que adquiere una importancia medular, pues (como se abordará) es el factor previo imprescindible (pero no suficiente) para poder identificar una relación de trabajo por

²¹ Un «comerciante» es una persona que actúa «con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión»; y Un «consumidor» es una persona que actúa «con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión».

²² CAEEC, p. 10

²³ Destacando la importancia del ánimo de lucro para distinguir la colaboración (entre pares) y el negocio unido a un beneficio empresarial, SIERRA BENÍTEZ (2015, 1), p. 253.

cuenta ajena.²⁴ Y al respecto, siguiendo la propia CAEEC (p. 7), deben tenerse en cuenta los parámetros siguientes:

- Precio: ¿fija la plataforma colaborativa el precio final que debe pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente? El hecho de que la plataforma colaborativa solo recomiende un precio o de que el prestador de los servicios subyacentes sea libre de adaptar el precio fijado por una plataforma colaborativa, indica que puede que no se cumpla este criterio.
- Otras condiciones contractuales clave: ¿establece la plataforma colaborativa términos y condiciones distintos del precio que determinan la relación contractual entre el prestador de los servicios subyacentes y el usuario (por ejemplo, instrucciones obligatorias sobre la prestación del servicio subyacente, incluida cualquier obligación de prestar el servicio)?
- Propiedad de activos clave: ¿posee la plataforma activos clave para prestar el servicio subyacente?

La asunción de los gastos y los riesgos del servicio prestado, la existencia de relaciones laborales entre la plataforma y el prestador del servicio pueden ser elementos destacados para determinar que la plataforma ejerce este grado de control e influencia, en vez de limitarse a una mera intermediación (esto es, llevando actividades auxiliares, de asistencia al prestador del servicio principal). En cambio, en opinión de la CAEEC (p. 7), «la oferta de mecanismos de evaluación o calificación tampoco es por sí misma una prueba de influencia o control significativos». Y, a medida, no obstante, que gestionen y organicen a los proveedores de servicios y la forma de prestarlos, entiende que «más evidente resulta que la plataforma colaborativa puede tener que ser considerada también ella misma como proveedora de los servicios».

En este sentido, sintetizando la exposición de Sánchez-Urán Azaña,²⁵ para el caso de que el servicio subyacente comprenda elementos electrónicos y no electrónicos y estén intrínsecamente vinculados (esto es, que no pueden prestarse por separado), deberá localizarse el elemento económicamente dominante (o principal), pues, para el caso de

²⁴ En términos similares se expresa CALVO GALLEGGO (2017, 1), p. 361.

²⁵ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2017, 3), pp. 4 y 5.

que sea «no electrónico», deberán aplicarse las reglas normativas relativas a este componente.

De hecho, esto es lo que ha abordado recientemente el TJUE con respecto a los servicios de la empresa Uber, en la Sentencia de 20 de diciembre 2017 (C-434/15), Asociación Profesional Élite Taxi,²⁶ y cuya cuestión prejudicial fue planteada por el JM/3 de Barcelona.²⁷ En esencia, lo que este pronunciamiento dilucida es si el servicio de intermediación que tiene por objeto conectar (mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración) a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, debe calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes», a efectos del art. 58 TFUE, apdo. 1; o, por el contrario, si dicho servicio está incluido en el ámbito de aplicación del art. 56 TFUE, de la Directiva 2006/123 y de la Directiva 2000/31.²⁸

26 En el ámbito interno, también conviene tener en cuenta el ATSC-A 13 de marzo 2017 (rec. 313/2016) en el que se suscita la controversia de si el servicio de intermediación a través de plataformas debe quedar sometido «al régimen de intervención administrativa propio de la normativa sectorial del transporte». Un análisis sobre los pronunciamientos de los Juzgados de lo C-A sobre esta cuestión en CALVO GALLEG0 (2017, 1), p. 334 y 335. De hecho, recientemente la Sala de lo C-A del TS (sentencias de 24 y 25 de enero 2018, rec. 81/2018 y 87/2018) ha estimado sendos recursos de la Generalitat de Catalunya y ha revocado las sentencias de dos juzgados de lo Contencioso de Barcelona que dieron la razón a Uber y anularon dos multas de 4.001 euros que le había impuesto la administración autonómica catalana por infracción muy grave de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, por «la contratación como transportista o la facturación en nombre propio de servicios de transporte público discrecional de viajeros en vehículos de hasta 9 plazas sin ser previamente titular de autorización de transporte». Véase un comentario a estos pronunciamientos en GÓRRIZ LÓPEZ (2018), versión digital.

27 Auto 16 de julio 2015. Al respecto, así como de otras cuestiones planteadas por otros órganos similares internos y europeos, en CALVO GALLEG0 (2017, 1), pp. 335 a 339. Un análisis de la sentencia desde la perspectiva laboral en ROJO TORRECILLA (2017, 1), versión digital; y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2018, 2), p. 14 y ss. (en prensa).

28 Un conflicto similar ha sido resuelto (y con resultado similar) en EEUU en el caso O'Connor v. Uber Technologies, Inc., No C-13-3826 EMC, de 11 de marzo 2015, resuelto por la Northern District Of California Court: «First, Uber's self-definition as a mere 'technology company' focuses exclusively on the mechanics of its platform (i.e., the use of internet enabled smartphones and software applications) rather than on the substance of what Uber actually does (i.e., enable customers to book and receive rides). This is an unduly narrow frame.¹⁰ Uber engineered a software method to connect drivers with passengers, but this is merely one instrumentality used in the context of its larger business. Uber does not simply sell software; it sells rides. If, however, the focus is on the substance of what the firm actually does [...], it is clear that Uber is most certainly a transportation company, albeit a technologically sophisticated one». En términos similares, también se ha pronunciado la

El punto de partida de la sentencia se encuentra en la distinción entre un servicio de intermediación «consistente en conectar a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano»²⁹ y el servicio de transporte, «que consiste en el acto físico de desplazamiento de personas o bienes de un lugar a otro mediante un vehículo».³⁰

No obstante, en opinión del Tribunal, en el caso de Uber, el servicio que presta «no se limita a un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano». Y no lo es porque «el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas [...] y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano».

Y, en este sentido, para la sentencia son determinantes los siguientes elementos:

Primero, que el servicio de intermediación de Uber «se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo»;

Segundo, que la empresa les proporciona «una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores».

Tercero, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores (al menos, establece «el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional

resolución del Employment Tribunal of London de 28 de octubre 2016, en el caso *Aslam v. Uber* (Véase al respecto *infra*).

29 Servicio que «responde en principio a los criterios para ser calificado de “servicio de la sociedad de la información”», ex art. 1.2 Directiva 98/34, al que remite el art. 2.a) Directiva 2000/31. Esto es, un «servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios».

30 Servicio que «debe ser calificado de “servicio en el ámbito del transporte”» ex art. 2.2.d) Directiva 2006/123.

del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de estos».³¹

Factores que le llevan a concluir que «este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de «servicio de la sociedad de la información» [...], sino a la de «servicio en el ámbito de los transportes»».

Lo que, en síntesis, implica que el servicio controvertido «no está incluido en el ámbito de aplicación del art. 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios en general, sino en el del art. 58 TFUE, apdo. 1, disposición específica con arreglo a la cual «la libre prestación de servicios, en materia de transportes, se regirá por las disposiciones del título relativo a los transportes» (y, por ende, sometido a la política común de transportes). No obstante, la sentencia también apunta que, en la medida en que no existe una regulación comunitaria respecto de este servicio concreto, incumbe a los Estados miembros regular las condiciones de prestación de estos servicios, siempre que se respeten las normas generales del Tratado FUE.

En cualquier caso, teniendo en cuenta las facilidades tecnológicas para que este servicio se preste de forma transfronteriza, sería muy conveniente algún tipo de mínima armonización normativa en el ámbito comunitario. Y es en este hipotético escenario en el que, a mi entender, cobraría una importancia destacada el concepto de «trabajador» comunitario.

Especialmente porque, si nos centramos en los elementos delimitadores, el hecho de que el TJUE entienda que «Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores», tiene un encaje potencial en lo que la jurisprudencia comunitaria identifica como «subordinación» (y que se asimila a nuestra conceptualización interna). Aspecto que se abordará en un posterior epígrafe.

³¹ Una descripción detallada de esta determinación en SIERRA BENÍTEZ (2015, 1), p. 250 y ss.; TODOLÍ SIGNES (2016), pp. 4 a 6; y ARAGÚEZ VALENZUELA (2017), p. 6 y ss. Por otra parte, como apunta SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2017, 3, pp. 6 y 7), repárese que «El razonamiento utilizado por el TJUE enlaza con los factores utilizados por la Comisión Europea en la Comunicación sobre Agenda Europea para la Economía Colaborativa, 2016, aunque deja al margen uno de los tres fijados por la institución comunitaria para que pueda deducirse la “influencia decisiva” sobre el elemento no electrónico. En concreto, no menciona el de la titularidad de los bienes —los vehículos—».

II. Empleo precario y las sombras de la economía colaborativa

Una de las particularidades de las plataformas es que permiten, a través de una «descomposición y/o fragmentación inédita del trabajo creativo o intelectual en pequeñas unidades»,³² alcanzar un grado de descentralización productiva nunca antes visto (pues se articula a partir de un «indefinido y, normalmente, gran número de personas en forma de llamamiento o llamada»)³³. Lo que, a su vez, siguiendo a Trillo Párrega, posibilita una intercambiabilidad de trabajadores (y, derivadamente, su «inagotabilidad»), pues esta descomposición del trabajo, en pequeñas unidades sin sentido en sí mismas permitiría el acceso al mismo a personas sin una formación y perfil profesional excesivos, describiendo lo que se ha venido a llamar ya como *taylorismo digital*.³⁴

Y, partiendo de esta «particularidad», es claro que la economía de las plataformas ha irrumpido como un acelerador exponencial de la precariedad y la atipicidad en el mercado de trabajo comunitario. Lo que, de extenderse, agravaría un problema que, como se abordará a continuación, ya es en estos momentos de primer orden.

A. La precariedad en el empleo en la UE

La mejora económica europea poscrisis no se está traduciendo en una paralela y progresiva recuperación del empleo y de los derechos y condiciones del trabajo. Al contrario, siguiendo la exposición de Casas Baamonde,³⁵ el aumento de los contratos atípicos está acarreado un sustancial incremento del riesgo de precariedad. Hasta el extremo que el «modelo social europeo», tradicionalmente identificado con unas normas sociales y del trabajo y unos sistemas de protección avanzados, se encuentra seriamente comprometido. Especialmente porque nuestro modelo de competencia, al gravitar cada vez más sobre las condiciones de trabajo y de vida (asemejándose a los de otros lugares del planeta), está

³² TRILLO PÁRREGA (2017), p. 432.

³³ TODOLÍ SIGNÉS (2016), p. 4. Véase también, entre otros, CAVAS MARTÍNEZ (2017), pp. 43 y 44.

³⁴ TRILLO PÁRREGA (2017), p. 432.

³⁵ CASAS BAAMONDE (2017, 1), p. 867.

minando las bases de nuestra cohesión social. En efecto, como se recoge en la Recomendación de la Comisión (UE) 2017/761, de 26 de abril de 2017, estableciendo el pilar europeo de derechos sociales «las consecuencias sociales de la crisis han tenido un gran alcance, desde el desempleo juvenil y a largo plazo hasta el riesgo de pobreza, y hacer frente a estas consecuencias sigue siendo una prioridad urgente».

Riesgo que, siguiendo de nuevo con la citada autora,³⁶ se acentúa superlativamente desde el instante en que la creación de empleo que se asocia a la digitalización, la robotización y la industria 4.0 no es, por el momento, suficiente para cubrir los puestos de trabajo que suprimen. En este sentido, como apunta el *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo: sus reflexiones* (diciembre 2017, pp. 9 y 24 y ss.),³⁷ hoy por hoy, la incertidumbre sobre el cumplimiento de esta cobertura es elevada, especialmente porque, aunque la evidencia predominante de desarrollos tecnológicos pasados sugiere que las olas del cambio tecnológico conllevan la destrucción del empleo a corto plazo, seguido de la creación de nuevos y mejores empleos, los avances tecnológicos actuales están emergiendo a un ritmo sin precedentes y cambiando el trabajo de maneras que no se han visto antes.³⁸

A su vez, se detecta una promoción intensiva de formas atípicas de empleo, extendiéndose aceleradamente a nuevos sectores productivos y de servicios. Atipicidad que se canaliza mediante figuras preexistentes (y sólidamente asentadas) en los ordenamientos jurídicos que, como nos recuerda Casas Baamonde, fueron creadas precisamente (y, *a priori*,

³⁶ CASAS BAAMONDE (2017, 1), p. 867.

³⁷ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591502.pdf última consulta: 03/01/2018).

³⁸ Véase al respecto también, entre otros, MOLINA NAVARRETE (2017, 1), p. 405 y ss.; GOERLICH PESET (2016), p. 176 y ss.; LOUÇA (2016), p. 90 y ss.; y MERCADER UGUINA (2017, 1), p. 13 y ss. Como contrapunto, es interesante conocer la perspectiva alemana a este fenómeno, especialmente, por su visión particularmente optimista, tal y como puede extraerse del Informe sobre la Evolución del Mercado laboral en octubre de 2017, publicado en la revista Actualidad Internacional Sociolaboral, n.º 217: «En líneas generales, los cambios que experimentará el mercado laboral serán espectaculares. Hasta 2025 desaparecerán 1,22 millones de puestos de trabajo y se crearán otros 1,19 millones en ámbitos y sectores muy diferentes. No obstante la tónica generalizada del debate alemán es optimista, ya que buena parte de los informes revelan que la desaparición de empleo en el sector industrial irá acompañado de un fuerte crecimiento del empleo en otros ámbitos, por lo que no temen una caída del número de trabajadores (WOLTER, 2016; STETTES, 2016)». Puede consultarse en: <http://www.empleo.gob.es/es/mundo/Revista/Revista217/84.pdf> (última consulta: 25/01/2018).

con carácter transitorio y/o puntual) como «políticas de flexibilidad de/o en la ‘entrada’». La resultante es una «preocupante extensión de la atipicidad —o del atipismo y de la precariedad laboral y social».³⁹ Lo que ha supuesto un «debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo», en términos de Goldín,⁴⁰ caracterizado, siguiendo de nuevo con Casas Baamonde, por «una pérdida de importancia del trabajo típico, de la relación laboral ordinaria o común, y la debilitación de su estatuto jurídico propio, de sus derechos laborales y de protección social, con la subordinación absoluta del trabajador y de su estatuto profesional al empleo y a sus formas, y de este a las políticas (macro)económicas».⁴¹ En definitiva, se está cronificando una cultura de la atipicidad y, muy particularmente, en nuestro contexto interno, donde el fenómeno de la microcontratación sucesiva y de la elevada rotación no solo es particularmente grave, sino que, además, se está agudizando.⁴²

En efecto, a nivel interno, como se expone en la *Memoria Sobre la Situación Socioeconómica y Laboral. España 2016*, del Consejo Económico y Social,⁴³ el dato global de la duración media de los contratos temporales del año «se situó algo por debajo de 51 días, 3 menos que en 2015, acumulando un descenso de 28,1 días desde 2007. Por otro lado, en la distribución por duraciones se observa el notable —y creciente— peso de las duraciones más cortas. En 2016, un 28,1 por 100 de los contratos temporales duraron una semana o menos [...]. El crecimiento de las salidas por fin de contrato temporal en un contexto de mayor volumen de contratación temporal y, dentro de ella, de mayor peso de los contratos de muy corta duración, mueve a recordar la incidencia de la denominada rotación, y más en concreto, a la presencia de personas que combinan periodos de empleo con periodos de paro en el año. A esta incidencia apunta el mayor número de altas sucesivas en la prestación contributiva por fin de contrato temporal».

³⁹ CASAS BAAMONDE (2017, 1), p. 867. Véase también, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2018, 1), p. 16 (versión digital). En este sentido, NAVARRO NIETO (2017, p. 60) destaca la relación entre la descentralización y el trabajo autónomo como dos fenómenos que se retroalimentan. Véase también, GOLDÍN (2017), p. 980 y ss.

⁴⁰ GOLDÍN (2017), p. 983.

⁴¹ CASAS BAAMONDE (2017, 1), p. 867

⁴² CASAS BAAMONDE (2017, 2), p. 1106.

⁴³ http://www.ces.es/documents/10180/4959569/Memoria_Socioeconomica_CES2016.pdf (última consulta: 03/01/18), pp. 20 y 21.

A mayor abundamiento, siguiendo la exposición de Casas Baamonde sobre la evolución de la tasa de temporalidad interna, téngase en cuenta que, si bien alcanzó la cifra récord de un 34,1 % en 2006 y se redujo al 23,4 % en 2013, ha empezado a «repuntar de manera imparable» desde 2014 a un 24 %, y ya alcanza el 27,4 % en el tercer trimestre de 2017.⁴⁴

Y, en el ámbito Europeo,⁴⁵ la situación también es compleja: el número de trabajadores que trabajan ocho horas o menos por semana aumentó de 3,4 millones en 2005 a 3,8 millones en 2016. A su vez, el número de empleados con contratos que duran menos de un mes aumentó de 373,000 en 2002 a casi 1,3 millones en 2016, «lo que indica que la duración extremadamente corta de los contratos de trabajo seguirá siendo una característica del mercado laboral de la UE en los próximos años».

En este contexto se enmarca la petición del Parlamento Europeo, a través de la Resolución de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221[INI]),⁴⁶ a la Comisión y los Estados para que adopten políticas dirigidas «hacia un trabajo digno». Prioridad que, siguiendo la senda de otras peticiones anteriores,⁴⁷ aboga por el impulso de una nueva convergencia social al alza y que se alinea con las propuestas contenidas en el Informe de la OIT de 2016, *Construir un pilar social para fomentar la convergencia europea*.⁴⁸ Especialmente porque,

⁴⁴ CASAS BAAMONDE (2017, 2), p. 1105.

⁴⁵ Según datos extraídos del Commission Staff Working Document Impact Assessment. Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on transparent and predictable working conditions in the European Union, 21 de diciembre 2017, SWD(2017) 478 final, p. 13 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0478&from=ES> (última consulta: 25/01/18), pp. 20 y 21.

⁴⁶ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0224+0+DOC+XML+V0//ES> (última consulta 03/01/2018).

⁴⁷ Resolución de 19 de octubre de 2010 (DO C70 E de 8.3.2012), sobre las trabajadoras en situación precaria; el Estudio efectuado a solicitud de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del propio Parlamento (Precarious employment in Europe: patterns, trends and policies strategies, 2016); y la Resolución de 19 de enero de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales (2016/2095[INI]). Extensamente al respecto en CASAS BAAMONDE (2017, 1), p. 868 y ss.

⁴⁸ Y que, en su Resumen ejecutivo (véase nota http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_488959.pdf —última consulta 03/01/2018)— se indica que «la tendencia general registrada en los últimos 15 años sugiere una convergencia hacia niveles más elevados de pobreza y desigualdad en toda la UE».

como se apunta en el *Resumen Ejecutivo* de este Informe de la OIT,⁴⁹ «la incidencia de trabajadores con contratos de empleo temporales y de tiempo parcial ha aumentado considerablemente (muchas veces, de manera involuntaria). En promedio, el riesgo de que estos trabajadores se encuentren en situación de pobreza es dos a tres veces superior que en el caso de los empleados permanentes o a tiempo completo». Y, advierte, a su vez, que «a diferencia de los procedimientos vinculantes creados para vigilar y corregir la situación macroeconómica de los Estados miembros, los llamados mecanismos no vinculantes de coordinación aplicados en las áreas social y laboral no han podido lograr una convergencia ascendente».

La necesidad de alcanzar una convergencia social europea al alza finalmente se ha explicitado en la anteriormente citada Recomendación de la Comisión (UE) 2017/761, de 26 de abril de 2017, estableciendo el pilar europeo de derechos sociales. Texto que, no obstante, pese a afirmar que «el establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales debe formar parte de un esfuerzo más amplio para construir un modelo de crecimiento más inclusivo y sostenible», la declaración de derechos y principios que contiene, al no ser directamente aplicables ni estar provistos de fuerza vinculante alguna ni tampoco de instrumentos político-legislativos o financieros para ponerlos en marcha, han acabado diluyendo su fuerza, convirtiéndose en una mera declaración de buenas intenciones.⁵⁰

Extremo particularmente preocupante atendiendo a los retos que acechan al proyecto europeo, pues como apunta la Resolución de 19 de enero de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales (2016/2095[INI]),⁵¹ el Parlamento manifiesta su inquietud ante «la propagación de la inseguridad socioeconómica y la degradación de las condiciones de trabajo para muchos trabajadores» y, además, apunta que son muchos los trabajadores que ejercen su actividad en formas de empleo no convencionales y ello dificulta que puedan ejercer sus derechos en el trabajo o acceder a las prestaciones de la seguridad social.

En este sentido, en el marco del objetivo de Europa 2020 de reducir la pobreza y volviendo al contenido de la Resolución de julio de 2017 citada, el Parlamento (en consonancia con el Programa de Trabajo Decente de la OIT, el art. 9 del TFUE, la CDFUE y la Carta Social Europea), es

⁴⁹ Véase nota *supra*.

⁵⁰ CASAS BAAMONDE (2017, 1), p. 869.

⁵¹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0010+0+DOC+XML+V0//ES> (última consulta 03/01/2018).

explícito en su petición a la Comisión y a los Estados miembros a que, en aras a que todos los tipos de contratos de trabajo ofrezcan condiciones de trabajo dignas con una cobertura adecuada de seguridad social, actúen contra el empleo precario y todas las prácticas que puedan abocar a él, incluyendo el trabajo no declarado y el trabajo autónomo ficticio.⁵²

Especialmente porque, como se ha avanzado al inicio de este epígrafe, los recientes incrementos de las tasas de empleo, sin negar su carácter positivo, son atribuibles, en parte, a un aumento del número de contratos atípicos que, en determinados casos, pueden precipitar un mayor riesgo de precariedad que las formas típicas de empleo. Lo que exige que deba ponerse más énfasis en la calidad del empleo creado.

Y, al respecto, la Eurocámara ha tratado de disociar el trabajo «atípico» y el «precario», sugiriendo que no se empleen como sinónimos, pues el segundo «no es una consecuencia ineludible» del primero, aunque suele acompañarlo.⁵³ En efecto, siguiendo la definición de Eurofound,⁵⁴ el trabajo atípico (o «flexible», en la terminología del Parlamento) «se refiere a las relaciones de trabajo no conformes con el modelo estándar o típico de empleo a tiempo completo, regular y de duración indeterminada con un único empleador a lo largo de un periodo largo de tiempo».⁵⁵ En cambio, con relación al «trabajo precario», si bien hasta la fecha no existe una definición común (para la que —apunta— sería precisa una estrecha colaboración con los interlocutores sociales), el Parlamento trata de evitar la asociación entre un tipo específico de contrato y el riesgo de precariedad en el empleo, pues son muchos los factores que lo precipitan. Por este motivo, aboga por una descripción de contornos amplios al sostener que en el trabajo precario «las formas de empleo no cumplen las normas y leyes nacionales, internacionales y de la Unión o que no ofrecen recursos suficientes para una vida digna o una protección social adecuada». En todo caso, lo que no cabe duda es que la precariedad ahonda la segmentación del mercado de trabajo (e

⁵² A su vez, el papel de la inversión pública frente a la austeridad precedente también es un factor que debe adquirir un protagonismo destacado, especialmente, en los «sectores de la economía que ofrezcan un mayor efecto multiplicador».

⁵³ CASAS BAAMONDE (2017, 1), p. 870. Véase también, GOLDÍN, (2017), p. 980.

⁵⁴ <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/atypical-work> (última consulta 01/03/2017).

⁵⁵ Siguiendo a GOLDÍN(2017, pp. 981 y 982), el trabajo propiamente autónomo no sería una manifestación de atipicidad y sí, en cambio, el trabajo «semiautónomo», en tanto que se colocaría en «zona de tormenta» entre autonomía y dependencia.

incluso «produce» nuevas segmentaciones)⁵⁶, exacerbando las desigualdades salariales.

En concreto, el Parlamento Europeo, a través de la citada Resolución de 4 de julio de 2017, también denuncia el incremento progresivo en los últimos quince años de formas atípicas de empleo (trabajadores con contrato temporal y a tiempo parcial) y un descenso del 62 % al 59 % de las formas típicas en los últimos diez años.⁵⁷ Hasta el extremo que, de continuar esta tendencia, advierte que podría suceder que los «contratos típicos se apliquen únicamente a una minoría de trabajadores». A su vez, aunque el contrato indefinido a tiempo completo sigue representando la mayoría de los contratos de trabajo de la UE, se está produciendo un incremento de los sectores en los que el empleo atípico convive con el típico (con los riesgos que el empleo atípico acarrea en términos de falta de regularidad de los salarios y cotizaciones a los regímenes de pensiones). En este contexto, como un nuevo factor potencialmente degradador de la calidad del empleo, también remarca que las nuevas formas de empleo que emergen a consecuencia de la digitalización y las nuevas tecnologías están dificultando la concreción de los límites entre el empleo por cuenta ajena y el autónomo. Y, más específicamente, apunta que en este contexto puede producirse un incremento del trabajo autónomo ficticio (con el consiguiente deterioro de las condiciones de trabajo y reducción de la protección de la seguridad social), en la medida en que algunas de las nuevas formas de empleo, alejándose de los parámetros caracterizadores del empleo típico, suponen una transformación de la relación entre el empleador y el empleado y/o bien, implican una modificación de las pautas y de la organización del trabajo.

Y, la vulnerabilidad de las mujeres (el 46 % de la mano de obra de la UE) en este contexto es particularmente acusada en términos salariales (un 16 % inferior al de los hombres), de mayor empleo a tiempo parcial y/o temporal. Sin olvidar, a su vez, que también se ven particularmente

⁵⁶ Por ejemplo, también puede hablarse de la segmentación de los trabajadores de la externalización o la más que probable derivada del trabajo desarrollado en la economía de las plataformas (véase *infra*).

⁵⁷ Proceso que puede concretarse en los siguientes valores: los contratos indefinidos a tiempo completo representan un 59 % del empleo total en la Unión, el empleo autónomo con empleados un 4 %, el trabajo independiente un 11 %, el trabajo a través de empresas de trabajo temporal un 1 %, el trabajo de duración determinada un 7 %, los periodos de prácticas y de formación un 2 %, el trabajo marginal a tiempo parcial (menos de 20 horas a la semana) un 9 % y el trabajo permanente a tiempo parcial un 7 %.

afectadas por el trabajo no voluntario a tiempo parcial, el empleo autónomo ficticio y el trabajo no declarado. Siendo el riesgo a la precariedad de las mujeres solteras con hijos especialmente elevado. Extremos que tienen una profunda afectación, pues las pérdidas en términos de ingresos y protección que se destilan de estas circunstancias tienen una proyección de por vida. La amenaza a padecer una discriminación u obstáculos debido a la maternidad o a abandonar del mercado de trabajo por la necesidad de atender a los hijos o a personas de edad avanzada, su propia enfermedad o incapacidad y otras responsabilidades personales o familiares, sigue estando muy presente.

De hecho, tal y como se recoge informe de la OIT, de 2016, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*,⁵⁸ los riesgos asociados predominantemente al trabajo atípico son particularmente nocivos, proyectando su repercusión en múltiples dimensiones del empleo:⁵⁹ inestabilidad laboral y mayor probabilidad de no desempleo al finalizar las relaciones temporales; penalizaciones salariales en comparación con los trabajadores permanentes; falta de control sobre el horario de trabajo, dificultando la posibilidad de encontrar un segundo empleo en el caso de que sea muy variable; riesgos en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, como consecuencia de deficiencias, entre otras, en la preparación, formación y supervisión, y problemas de comunicación; riesgo a que queden excluidos del ámbito de protección de la Seguridad Social; menor probabilidad de recibir formación; y, finalmente, pueden tener mayores dificultades para poder ejercer sus derechos colectivos.⁶⁰

⁵⁸ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534326.pdf (última consulta: 03/01/2018).

⁵⁹ Extraídas del documento Principales Conclusiones y Recomendaciones de Política del mismo informe (p. 3 a 5). http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534522.pdf (última consulta: 03/01/2018).

⁶⁰ Como medidas para superar estos riesgos, junto a la potenciación de la negociación colectiva, la protección social y medidas dirigidas a mitigar los riesgos sociales y facilitar las transiciones, destaca la necesidad de evitar vacíos normativos y que se concreta, en síntesis, en las siguientes propuestas: garantizar la igualdad de trato para los trabajadores que tienen empleos atípicos; establecer un mínimo de horas garantizado y limitar la variabilidad de los horarios de trabajo; restringir algunos usos de las modalidades atípicas de empleo para evitar el abuso, y asigne obligaciones y responsabilidades en las modalidades de empleo que vinculan a varias partes. Y, a su vez, destaca la necesidad de garantizar el acceso universal a los derechos de libertad sindical y negociación colectiva.

A fin de completar esta aproximación a la precariedad y la atipicidad del mercado de trabajo europeo y a sus efectos, es conveniente hacer una breve referencia al «trabajo no declarado» o «trabajo informal» —en la terminología de la OIT—. En la Comunicación de la Comisión de 7 abril 1998 sobre el trabajo no declarado⁶¹ se entiende por tal «cualquier actividad retribuida que es legal en cuanto a su naturaleza pero que no se declara a las autoridades públicas, si bien deben tenerse en cuenta las diferencias de los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Aplicando esta definición, quedarían excluidas las actividades delictivas y el trabajo cuya declaración no es obligatoria». Destacándose que «El principal atractivo de la economía no declarada es de naturaleza económica: este tipo de actividad ofrece a los empresarios, trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia aumentar sus ganancias o reducir sus costes evitando los impuestos y las cotizaciones sociales». Y, a su vez, señala que el problema del trabajo no declarado puede interpretarse de dos maneras:

- por un lado, se trata de empresas y personas que se aprovechan del sistema y, al hacerlo, socavan la solidaridad (en este caso, la intervención política debería estar basada en la represión y la sensibilización); y,
- por otro lado, es el resultado de la inadaptación de la legislación a las nuevas formas de trabajo, en cuyo caso la acción debería centrarse en la prevención (simplificación de los procesos, reconocimiento de nuevas actividades y competencias, reducción de los impuestos del trabajo, etc.).

Ya en el año 2002, la OIT, en su informe *El trabajo decente y la economía informal*,⁶² pese a apuntar la heterogeneidad de situaciones que la economía informal aglutina, identificaba dos elementos comunes identificadores: la ausencia de reconocimiento y protección dentro de los marcos jurídicos y reglamentarios, por un lado; y el alto grado de vulnerabilidad de quienes participan en la economía informal y que se manifiesta

⁶¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:c11710> (última consulta 01/03/2017).

⁶² <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/rep-vi.pdf> (última consulta 01/03/2017).

en un *déficit de trabajo decente*,⁶³ por otro. Vectores que, como se apuntaba entonces (y siguen siendo vigentes hoy en día) precipitan la competencia desleal de la economía informal respecto de la formal, dado que no pagan impuestos y las empresas informales no contribuyen a la seguridad social de los trabajadores o evitan otros costes empresariales en los que se incurre en la economía formal.⁶⁴

Siguiendo con el citado informe, la OIT también denunciaba su rápido incremento y la incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en la mayor flexibilización e informalización de la producción y de las relaciones laborales. En efecto, el sector informal ha acogido una parte del proceso de descentralización de la producción y reorganización del trabajo a través de unidades de producción más flexibles y especializadas. Esta especialización flexible, impulsada por una insalvable competitividad, ha auspiciado el recurso a una periferia creciente de «productores finales» «no normalizados» en diferentes tipos de lugares de trabajo dispersos en distintas ubicaciones. El recurso al empleo ocasional, parcial, temporal y/o a domicilio, sin ser per se informal (al menos, en los países industrializados avanzados), sí ha adquirido una importancia creciente a la luz de este proceso. Del mismo modo que son muchas las personas que trabajan de forma autónoma en la economía informal. Y es obvio que, como se abordará con detalle con posterioridad, el vertiginoso avance tecnológico experimentado en las últimas décadas ha acelerado superlativamente este fenómeno, pero es de esperar que el que se avecina lo haga exponencialmente.

El conjunto de estas reflexiones ha sido recogido en la Recomendación n.º 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal, de 2015. En ella, la OIT, con el objetivo de «favorecer la transición

63 Esto es: «Los trabajos en malas condiciones, improductivos y no remunerados que no están reconocidos o protegidos por la ley, la ausencia de derechos en el trabajo, la inadecuada protección social y la falta de representación y de voz se producen más en la economía informal, especialmente en el extremo inferior que constituyen las mujeres y los trabajadores jóvenes». Problemas y dificultades que, en muchas ocasiones, son comunes a algunos sectores de la economía formal.

64 En paralelo, la OIT también trata de romper la tendencia a identificar la informalidad con actividades delictivas, especialmente porque el desarrollo de actividades en un ámbito de vacío jurídico no implica que los servicios que se prestan no sean legales. Y a su vez, tampoco debe descartarse la existencia de normas que disciplinan estas actividades, pues es obvio que la informalidad opera con sus propias reglas (habla de «Economía política») —desconociéndose, no obstante, cuáles son, en qué se basan o si respetan los derechos fundamentales de los trabajadores—.

de modelos económicos des-regulados, no declarados o simplemente invisibles al poder público a un sistema institucional integrador»,⁶⁵ enfatiza el déficit de trabajo decente en estas situaciones y, tras recalcar que la participación en la informalidad no es por elección (sino como consecuencia de la falta de oportunidades en la economía formal y por carecer de otros medios de sustento), hace una definición del «trabajo informal» en los siguientes términos:

«a) hace referencia a todas las actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que —en la legislación o en la práctica— están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto; y

b) no abarca las actividades ilícitas, en particular la prestación de servicios y la producción, venta, posesión o consumo de bienes prohibidos por la legislación, incluyendo la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes, la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, la trata de personas y el blanqueo de dinero, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes.»

Y para concluir con esta aproximación, creo que también es oportuno hacer referencia al antes citado *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo: sus reflexiones* (diciembre 2017), pues la OIT ha denunciado que la pobreza en el trabajo en los países desarrollados se mantiene en cifras significativas (un 15 % en 2016, equivalente a 70 millones de trabajadores)⁶⁶ y también que ha tenido lugar un incremento destacado del empleo atípico (con los riesgos que conlleva).⁶⁷

A la luz de esta descripción, la cuestión que se plantea es si la economía de las plataformas se acabará convirtiendo en un factor que ahonde en esta matriz de precariedad y atipicidad, incidiendo intensivamente en la degradación de la calidad del empleo. Y, por lo que se expondrá a continuación, algunos indicadores sugieren que podría promoverla aceleradamente.

⁶⁵ Extensamente al respecto, MONEREO Y PERÁN (2016), p. 6.

⁶⁶ p. 5.

⁶⁷ Inseguridad laboral, volatilidad de las ganancias, acceso limitado a esquemas de protección social o capacitación y avance profesional (véase Capítulo 4) e insatisfacción laboral (p. 6).

B. Economía de las plataformas y precariedad en el empleo

La OIT, en el *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo: sus reflexiones* (diciembre 2017, p. 18), si bien indica que aún es pronto para saber el grado en que la mano de obra virtual representará una parte significativa de la fuerza de trabajo mundial, no cabe duda que en este entorno se están creando nuevas formas de trabajo invisible. Y, según el Comité Económico y Social Europeo, a partir de los datos del Eurobarómetro, el 17 % de los ciudadanos europeos utilizan las plataformas digitales en calidad de clientes y trabajadores. La mayoría son altamente cualificados y urbanos. Entre estos ciudadanos apenas un 5 % de los trabajadores ofrece servicios de manera regular en las plataformas y un 18 % lo hace de manera esporádica. Y concluye que, aunque el trabajo en las plataformas como actividad principal es todavía marginal, se constata su aumento.⁶⁸

Los estudios sobre el fenómeno también arrojan datos interesantes a tener en cuenta. Así, a partir de un estudio comparado de la realidad en diversos países (Reino Unido, Suecia, Alemania, Austria, Holanda, Suiza e Italia) parece que, para la mayor parte de los *crowd workers* su trabajo representa un pequeño suplemento respecto de sus ingresos principales. Radiografía que puede complementarse con el dato de que la mitad de los *crowd workers* prestan servicios al menos semanalmente y 2/3, al menos, mensualmente; y entre el 1,6 y el 5,1 % de la población de estos países obtienen más de la mitad de sus ingresos a través de esta forma de trabajo.⁶⁹

La Resolución del Parlamento de julio 2017 citada y en la misma línea que la Comunicación de la Comisión de junio 2016 sobre la *economía colaborativa*,⁷⁰ destaca que «no debe percibirse únicamente como un ele-

⁶⁸ Dictamen de 15 de diciembre 2017 sobre Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo (2017/C 434/05).

⁶⁹ Huws *et al.* (2017), pp. 21, 24 y 25. En este mismo estudio, en una aproximación muy interesante para dar luz sobre la realidad de este fenómeno, también se describen las condiciones de trabajo, las experiencias y percepciones de los trabajadores, sus motivaciones, comunicación con las plataformas y quejas, impagos, decisiones arbitrarias, calificaciones de los clientes, seguridad y salud, así como los riesgos sociales y de inseguridad.

⁷⁰ <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/16881/attachments/2/translations/es/renditions/pdf> (última consulta 01/03/2017). En términos similares también, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 25 de enero 2017 (SOC/542); Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y

mento destructor de empleos» y, en este contexto, también pretende recalcar que la economía colaborativa atesora un notable potencial en términos de «nuevos empleos» (e insta a la Comisión y los Estados a su evaluación). Lo que, en su conjunto, contribuye a la «transformación de la naturaleza del trabajo, incluido el aumento de las nuevas formas de empleo». Realidad de la que emerge un reto de primera magnitud, pues entiende que requerirá «nuevas normas, proporcionadas y que respondan a los cambios, para lograr que todas las formas de empleo estén cubiertas».

No obstante, la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa (2017/2003[INI]),⁷¹ tras destacar su capacidad de convertirse en un punto de entrada para el mercado laboral, advierte que puede desembocar en situaciones de precariedad. Motivo por el que sostiene que debe garantizarse que los trabajadores gocen de seguridad económica y social (condiciones laborales justas y una adecuada protección jurídica y social) y se les proteja el derecho a organizarse, a emprender acciones colectivas y a negociar convenios colectivos.

En este sentido, la doctrina ha afirmado que estas nuevas formas de trabajo, «proporcionan acceso a una mano de obra muy adaptable, casi invisible, no agrupada, deshumanizada y a la que, con frecuencia, ni siquiera se considera como ‘trabajadora’».⁷² Especialmente porque, siguiendo de nuevo a De Stefano,⁷³ las tecnologías (como nunca antes) permiten recurrir a una fuerza de trabajo extremadamente maleable, de modo que los trabajadores «se proporcionan ‘justo a tiempo’ y se les retribuye ‘sobre la marcha’, y «solo se les paga por los momentos durante los que, de hecho, han trabajado para un cliente».⁷⁴ Fenómeno que describe una forma extrema de mercantilización del ser humano y que

al Comité de las Regiones – Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales [COM(2016) 127 final]. Puede consultarse en: <http://www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/european-pillar-social-rights-soc542>. Y también en el Dictamen de 15 de enero 2016, del Comité Económico y Social Europeo sobre los efectos de la digitalización sobre el sector de los servicios y el empleo en el marco de las transformaciones industriales (2016/C 013/24). Puede consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52015AE0765>

⁷¹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2017-0271&language=ES&ring=A8-2017-0195> (última consulta 01/03/2017).

⁷² DE STEFANO (2016), p. 150.

⁷³ DE STEFANO (2016), pp. 154 y 155.

⁷⁴ Véase también al respecto también, entre otros, GOERLICH PESET (2016), p. 184.

puede sintetizarse en el concepto de «personas como servicio».⁷⁵ Elemento que se ve potenciado en la medida en que, con la virtualidad de las transacciones, se invisibiliza al trabajador, no solo en su condición de tal (puede llegarse a entender que son una «mera extensión» de un dispositivo tecnológico o de una aplicación informática), sino también de sus riesgos y reivindicaciones.

El grado de precariedad puede llegar a manifestarse con una extremidad inusitada: «hipermonitorización» empresarial; contratación *on-demand*; ejecución de micro o nano tareas y la consiguiente «micro o nano contratación sucesiva» (esto es, *microworkers*);⁷⁶ rotación y discontinuidad elevadas; falta de control sobre el tiempo de trabajo; e «hipercompetitividad» (en algunos casos, planetaria —en su sentido literal—) entre los trabajadores para poder prestar los servicios y/o percibir una remuneración por el trabajo ejecutado.⁷⁷ De hecho, el proceso que, a propósito de la economía informal (como se apuntado), la OIT describía en 2002 como «periferia creciente de ‘productores finales’ ‘no normalizados’ en diferentes tipos de lugares de trabajo dispersados en distintas ubicaciones» podría adquirir en este entorno una expansión sin precedentes. Se habla ya del «cybertariado».⁷⁸

En un contexto de trabajadores «invisibles», es claro que, a las desventajas asociadas al teletrabajo (o de los «trabajadores móviles conectados»),⁷⁹ la necesidad de dar cumplimiento a las disposiciones, entre

⁷⁵ Véase también al respecto, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2017, 1), p. 279 y ss.

⁷⁶ Esto es, personas «a la espera de una puja en una plataforma *online* por la milésima parte de un trabajo». RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2017, 1), p. 290.

⁷⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2017, pp. 205 y 206) refiriéndose de los riesgos asociados a este colectivo, se hace eco del término «VUCA», acrónimo de los sustantivos en inglés «volatility», «uncertainty», «complexity» y «ambiguity». Incluso, se ha alertado del posible incremento de la explotación infantil y las dificultades para detectarlo. DE STEFANO (2016), p. 159. Para GOLDIN (2017, p. 984) estas nuevas formas de trabajo «habilitan nuevas manifestaciones de atipicidad, y profundizan el proceso de huida del Derecho del Trabajo y, al propio tiempo, de ‘desestandarización’ y debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo». Entre otros, véase también, DAGNINO, E. (2016). «Labour and labour law in the time of the on-demand economy», *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 6, pp. 10 y 11. Véase al respecto también, GINÉS y GÁLVEZ (2016), pp. 10 y 11.

⁷⁸ Tomándolo de HUWS, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2017, 1), p. 290. O la angustia por la «urberización» de los actores económicos tradicionales. AUVERGNON (2016), p. 4.

⁷⁹ Extensamente, el informe conjunto de la OIT y EUROFOUND (2017), *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*. Luxemburgo y Ginebra. https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1658en.pdf (última consulta: 03/01/18); y, entre otros, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2017, 1), pp. 291 y 292.

otras, sobre salario mínimo y jornada máxima, emerge con una fuerza inapelable.⁸⁰ A su vez, aunque el anonimato, a priori, reduce el riesgo a padecer una conducta discriminatoria, este no queda totalmente disipado desde el instante que técnicamente puede restringirse geográficamente la operatividad de una determinada aplicación o plataforma; o bien, en las evaluaciones o calificaciones de los clientes efectuadas con un sesgo discriminador.⁸¹ La protección de la seguridad y salud laboral en el trabajo y las dificultades para alcanzar un grado de protección social suficiente (o, incluso, para cumplir los requisitos de acceso) también son ámbitos de preocupación asociados a este fenómeno.⁸² Así como la obsolescencia de los conocimientos y las necesidades formativas.⁸³ Y, el ejercicio de los derechos colectivos, no solo presenta las dificultades propias derivadas de la dispersión geográfica, sino que, además, la posibilidad de una monitorización exhaustiva y las extraordinarias facilidades para «desactivar» a los trabajadores de las plataformas puede incrementar el temor a las represalias ante el intento de promover cualquier iniciativa reivindicativa o colectiva.⁸⁴ Sin olvidar que los bajos salarios

80 En efecto según la Nota informativa 5 de la OIT (febrero 2018), «La calidad del trabajo en la economía de plataformas», los salarios de estos trabajadores por plataforma son: CrowdFlower y Microworkers: promedio 2 US \$ por hora; Prolific Academic y Amazon Mechanical Turk: promedio 4,4 y 3,6 US \$ por hora. A lo que debe añadirse que el 75 % de crowdworkers en EE.UU. gana menos que el salario mínimo federal por hora. Documento disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_618370.pdf (última consulta: 5/03/2018).

81 DE STEFANO (2016), p. 160. Véase también, DAGNINO (2016), pp. 11 y 12; y WEISS (2017), p. 26 y ss.

82 CES (2017), p. 116. Véase también al respecto, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2017), pp. 215 a 217.

83 En efecto, siguiendo con la CAEEC, en el contexto digital, la actualización de las competencias en un entorno laboral cambiante y el consiguiente acceso a una formación profesional permanente que permita a los trabajadores disponer de las cualificaciones adecuadas requeridas es una necesidad que destaca especialmente, así como la necesidad de articular instrumentos de financiación que lo hagan posible en las microempresas y las pequeñas empresas. Necesidad que también emergerá para todos aquellos sectores en los que se tenga lugar una destrucción de empleo (lo que también requerirá requieran medidas de absorción y recolocación de la mano de obra excedente). En la doctrina extensamente al respecto, DAGNINO (2015), p. 21 y ss.

84 DE STEFANO (2016), p. 158; y DAGNINO (2015), p. 23 y ss. La necesidad de preservar los derechos colectivos de los trabajadores de las plataformas ha sido reivindicada por el Comité Económico y Social Europeo a través del Dictamen de 15 de diciembre 2017 sobre Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo (2017/C 434/05). Puede accederse a través de este enlace: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?u->

pueden forzar la necesidad de prestar servicios en más de una plataforma (*'multijobbing'*), con los riesgos que conlleva en términos de jornada, conciliación, seguridad y salud, etc. (y también plantea cuestiones sobre la eventual previsión de reglas de permanencia o prohibición de concurrencia).⁸⁵

En definitiva, estos factores describen una nueva «huida» del Derecho del Trabajo; y sugieren una más que probable nueva segmentación en el mercado de trabajo, en la que el recurso sistemático al empleo autónomo y a la atipicidad sea un factor predominante; y, por ende, se acabe asignando el riesgo y ventura de la actividad productiva al «último eslabón de la cadena productiva».⁸⁶

En cualquier caso, esta precariedad también es extensible a los trabajadores por cuenta propia (que verdaderamente puedan ser calificados como tal).⁸⁷

A la luz de todos estos factores de riesgo, cobra pleno sentido que la Eurocámara inste a una evaluación de las nuevas formas de empleo en este contexto y, muy especialmente, «de la situación jurídica de los intermediarios del mercado laboral y las plataformas en línea, y de su responsabilidad». De hecho, estos riesgos también son apuntados en la CAEEC cuando se afirma que «la economía colaborativa plantea a menudo cuestiones relacionadas con la aplicación de los marcos jurídicos existentes, que hacen menos claros los límites establecidos entre consumidor y proveedor, trabajador por cuenta propia y por cuenta ajena o la prestación profesional y no profesional de servicios». Especialmente porque «puede crear incertidumbre sobre las normas aplicables, especialmente cuando se combina con la fragmentación reglamentaria resultante de enfoques reguladores divergentes a nivel nacional o local». Factores que, en opinión de la Comisión, no solo dificultan el desarrollo

ri=CELEX:52017AE1866&from=ES. No obstante, también debe tenerse en cuenta que «el individualismo y la falta de una identidad profesional sólida presentes en casi todos ellos» son factores que dificulta la organización y defensa de los derechos colectivos. RODRÍGUEZ Y PÉREZ (2017), pp. 26 y 27

⁸⁵ DE STEFANO (2016), p. 156.

⁸⁶ VALLECILLO GÁMEZ (2017), p. 4.

⁸⁷ SERRANO OLIVARES (2017), p. 28. Lo que ha llevado a un sector de la doctrina a plantear que, si en este entorno el trabajo va a ser por lo general no asalariado y «si como parece se van a multiplicar las situaciones de desprotección, habrá entonces que repensar estos contratos asumiendo lo que verdaderamente son, un vehículo a través del cual personas físicas acuden al mercado para obtener una retribución que les sirva de soporte vital». RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2016), p. 59.

de la economía colaborativa (y la plena materialización de sus beneficios), sino que también «existe el riesgo de que se aprovechen las zonas grises reglamentarias para eludir normas diseñadas para proteger el interés público».

Y la discusión acerca de la laboralidad o no de estos servicios es (obviamente) una de estas áreas de incertidumbre y se convierte en uno de los principales focos de atención, al menos, para el *iuslaboralismo*.⁸⁸ Discutiéndose, en definitiva, sobre la necesidad o no de equiparar este trabajo con el «tradicional» y, a su vez, complementar el estatuto protector y/o adaptar el existente a estas nuevas formas de empleo.

Las propias plataformas (cuyo modelo de negocio difícilmente subsistiría en un marco asalariado) pretenden excluirse de la condición de empleadores, presentándose como meros «intermediarios tecnológicos» (*market maker*), afirmando que se limitan a «suministrar el soporte técnico necesario» para, simplemente, facilitar el intercambio entre el prestador del servicio y el cliente.⁸⁹ Y, derivado de este punto de vista, y sobre la base de la extrema externalización productiva y la asignación de tareas (discutiblemente) «autónomas», la formalización de la relación entre las plataformas y los prestadores del servicio se está canalizando primordialmente a través del trabajo autónomo. Lo que, como se abordará posteriormente, ha propiciado numerosos conflictos en muchos países, provocando la intervención de órganos legislativos (los menos), administrativos y judiciales, con resultados dispares.

De hecho, como se abordará en otro epígrafe, la propuesta de revisión de la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral

⁸⁸ «In the vast majority of legal systems across the world, a 'binary divide' between employment and self-employment exists, with 'employment' serving as the basis for labour regulation. While a 'grey area' between these two legal categories has always existed, in the last decades, changes in business organizations, technological developments and new business practices have rendered the distinction between employed and selfemployed workers more blurred in practice and have contributed to an increase in the number of workers within this grey área». OIT (2016), p. 36.

⁸⁹ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO (2017), p. 209. Lo que, como apunta el citado autor, les lleva a emplear una terminología propia, con el objeto de tratar de disipar esta condición de empleadora y, por ende, que recurren a trabajo asalariado. Por ello, hablan de «turks, riders, Conductores, Slashers, coworkers, colaboradores, proveedores, prosumers [...]». Por otra parte, un apunte interesante es que las propias empresas también están interesadas en «esconder» que son empresas clásicas con trabajadores a su cargo para captar inversores de capital riesgo que prefieren invertir en tecnología. RODRIGUEZ FERNÁNDEZ (2017, 1), p. 288.

(Directiva sobre la información por escrito), responde, entre otros motivos, a la necesidad de dar respuesta a estas nuevas formas de empleo.⁹⁰ Se trata, sin duda, de una iniciativa particularmente relevante para la economía de las plataformas, pues a partir de una definición comunitaria del concepto de «trabajador» (según la doctrina del TJUE), prevé la mejora de la información que el empresario debe suministrar a los trabajadores sobre las condiciones laborales y de empleo, sus derechos y su relación laboral y, como novedad, prevé un conjunto de condiciones mínimas que serían extensibles a los prestadores de servicios a través de plataformas que sean calificables como «trabajadores».

Llegados a este estadio, la delimitación de los conceptos de «trabajador», «trabajo por cuenta propia» y la prestación de servicios «entre pares» adquiere una importancia fundamental en este contexto. Aspectos que serán abordados en el siguiente epígrafe.

III. El trabajo a través de plataformas y la noción comunitaria de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia

La delimitación del concepto de trabajador por cuenta ajena y por cuenta propia en el marco de la economía de las plataformas adquiere, como se ha expuesto, una importancia fundamental, no solo por el acervo de derechos que tal reconocimiento atesora, sino porque, además, el contrato de trabajo es «el principal punto de conexión de las legislaciones laboral y de Seguridad Social».⁹¹ Y, en un contexto en el que, como se ha expuesto, las instituciones comunitarias están planteando la necesidad de adaptar el marco normativo a este fenómeno, como se ha avanzado, parece particularmente oportuno tratar de determinar si la conceptualización comunitaria de los términos «trabajador» y «trabajo por cuenta propia» pueden contribuir a dar luz sobre esta cuestión.

⁹⁰ Propuesta que ha tratado de atender a las citadas peticiones y recomendaciones de la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales; la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario; el Dictamen SOC/542 del Comité Económico y Social Europeo, de 25 de enero de 2017; y el Dictamen sobre el pilar europeo de derechos sociales, de 11 de octubre de 2017, del Comité de las Regiones.

⁹¹ SIERRA BENÍTEZ (2017), p. 137.

A. La definición de trabajador por cuenta ajena en el ámbito comunitario

Hasta la propuesta de reforma de la Directiva 91/533, sobre unas condiciones laborales transparentes y previsibles,⁹² presentada en diciembre de 2017, el Derecho de la Unión Europea ha renunciado a establecer una definición del concepto de trabajador. Aunque son los Estados miembros los competentes para determinar qué debe entenderse por tal en el marco de sus ordenamientos internos, el TJUE, a los efectos de la aplicación de la legislación de la UE (y con el objeto de garantizar el efecto útil de las Directivas), ha definido este término erigiéndose en un concepto «autónomo y uniforme»;⁹³ y puede identificarse una tendencia a ampliarlo en el contexto de la política social.⁹⁴

En opinión de Molina Navarrete, «más que una singularidad criticable por defecto del legislador comunitario, es un claro ejemplo del favor de este por nociones funcionales y abiertas, que permitan no solo encuadrar las diversidades nacionales al respecto, sino facilitar la evolución expansiva del concepto en atención a nuevas realidades».⁹⁵ Y, siguiendo la exposición de este autor (p. 118), esta evolución ha permitido, en primer lugar, privar al legislador nacional y comunitario de «la potestad de sustraer, por el fácil expediente de restringir el concepto de trabajador cubierto por cada norma, a ciertos colectivos de personas de la efectividad de la norma comunitaria»; y, en segundo lugar, está facilitando que se «adecue constantemente a la mayor complejidad que asume su deli-

⁹² Puede consultarse en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-797-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

⁹³ Aunque como apunta la Sentencia de 4 de febrero 2010 (C14/09), Genc: «El análisis de las consecuencias que el conjunto de los elementos que caracterizan una relación laboral puede tener respecto a la apreciación del carácter real y efectivo de la actividad por cuenta ajena realizada por el demandante en el litigio principal, y por tanto respecto a su condición de trabajador, es competencia del órgano jurisdiccional nacional. En efecto, este es el único que tiene un conocimiento directo de los hechos del asunto principal y, por ello, es el que se halla en mejor situación para proceder a las comprobaciones necesarias».

⁹⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2017, 1), p. 71. Siguiendo con la misma autora (pp. 78 y 79), autonomía, uniformidad y objetividad y extensión del concepto son los elementos que configuran el concepto de trabajador en «cualquiera de las materias relativas a las condiciones de trabajo en la UE».

⁹⁵ MOLINA NAVARRETE (2017, 2), p. 116. Extensamente al respecto también MARTÍNEZ MORENO (2018).

mitación precisa en los nuevos y convulsos escenarios socioeconómicos y politicoculturales».

No obstante, como se ha apuntado (y sin perjuicio de un análisis más pormenorizado en otro epígrafe posterior), es importante tener en cuenta que la propuesta de Directiva 91/533, con el objeto de aclarar su ámbito de aplicación subjetivo, contiene una definición del concepto de «trabajador» (y también de «empleador»)⁹⁶ en los siguientes términos: «una persona física que durante un periodo de tiempo determinado realiza servicios para otra persona, y bajo su dirección, a cambio de una remuneración». A la luz de esta definición y, sobre todo, teniendo en cuenta que la propia propuesta establece (considerando 7.º) que esta definición está basada en la jurisprudencia consolidada del TJUE, es oportuno analizar pormenorizadamente este acervo interpretativo.

Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que la controversia sobre la libre circulación de los trabajadores es la que ha contribuido, en un estadio inicial, a la precisión de este concepto.⁹⁷ Y al respecto, la jurisprudencia ha entendido que el término «trabajador» tiene un significado en Derecho de la UE y no puede estar sujeto a definiciones nacionales,⁹⁸ ni quedar sujeto a interpretaciones restrictivas.⁹⁹ De modo que «debe interpretarse en sentido amplio en la medida en que define el ámbito de aplicación de una libertad fundamental prevista por el Tratado FUE».¹⁰⁰ Desde este punto de vista, se ha entendido que no puede excluirse del reconocimiento de la condición de trabajador el hecho de que la relación laboral establecida en el ámbito nacional tenga una naturaleza

⁹⁶ Aunque ciertamente por remisión al concepto de «trabajador»: «una o varias personas físicas o jurídicas, que son, directa o indirectamente, parte en una relación laboral con un trabajador». Y el término «relación laboral» se describe como: «la relación laboral entre trabajadores y empleadores, como se han definido anteriormente».

⁹⁷ Puede consultarse también *Comparative Report 2015 - The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment*, red FreSsco para la Comisión Europea. www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=15476 (última consulta: 03/01/2018).

⁹⁸ Sentencia de 19 de marzo 1964 (C-75/63), Unger.

⁹⁹ Entre otras, la Sentencia de 3 de junio 1986 (C-139/85), Kempf, establece que: «Las normas que consagran esta libertad fundamental y, más concretamente, los conceptos de “trabajadores” y de “actividad por cuenta ajena” que definen su campo de aplicación deben, por ello, interpretarse ampliamente, mientras que las excepciones y los casos de inaplicación del principio de libre circulación de los trabajadores deben interpretarse, por el contrario, con criterio restringido».

¹⁰⁰ Sentencia de 21 de febrero 2013 (C-46/12), L.N.

jurídica *sui generis* respecto al Derecho nacional. Por consiguiente, la naturaleza del vínculo jurídico (público o privada) que liga al trabajador y a la empresa no es determinante;¹⁰¹ debiéndose proceder al análisis a partir de las prestaciones «reales y efectivas»,¹⁰² careciendo de «relevancia los elementos relativos al comportamiento del interesado antes y después del periodo de trabajo para determinar la cualidad de trabajador en el sentido de dicha norma. En efecto, tales elementos no guardan ninguna relación con los criterios objetivos expuestos por la jurisprudencia».¹⁰³

De modo que, según la importante Sentencia de 3 de julio de 1986 (C-66/85), Lawrie-Blum, «el concepto de trabajador se refiere a toda persona que desarrolla, en beneficio y bajo la dependencia de otro, de forma remunerada, una actividad que no ha determinado ella misma, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo». Debiéndose añadir que «Los criterios objetivos del concepto de trabajador consisten en la obligación que tiene una parte de prestar servicios, a cambio de una remuneración, a otra parte, respecto de la cual se encuentra en una relación de subordinación por lo que se refiere a las condiciones de ejecución del trabajo».

Premisa que se complementa con la siguiente aseveración, erigiéndose en la formulación definitoria determinante: «La característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración».¹⁰⁴

101 Sentencia de 12 de febrero de 1974 (C-152/73), Sotgiu. En términos similares, entre otras, sentencias de 20 de septiembre 2007 (C-116/06), Kiiski; y 14 de octubre 2010 (C-428/09), Isère.

102 Entre otras, sentencias de 3 de julio 1986 (C-66/85), Lawrie-Blum; y 26 de febrero 1992 (C3/90), Bernini.

103 Sentencia de 21 de febrero 2013 (C-46/12), L.N.

104 Y que se reitera, entre otras, en las sentencias de 31 de mayo 1989 (344/87), Bettay; 26 de febrero 1992 (C3/90), Bernini; 26 febrero de 1992 (C357/89), Raulin; 12 de mayo 1998 (C-85/96), Martínez Sala; 8 de junio 1999 (C337/97), Meeusen; 23 de marzo 2004 (C138/02), Collins; 7 de septiembre 2004 (C456/02), Trojani; 11 de septiembre 2008 (C228/07), Petersen; 17 de marzo 2005 (C109/04), Kranemann; 4 de junio 2009 (C22/08 y C23/08), Vatsouras; 13 de diciembre 2012 (C-379/11), Krier Frères Sàrl; 21 de febrero 2013 (C-46/12), L.N.; 19 de junio 2014 (C-507/12), Saint-Prix; Sentencia de 10 de septiembre 2014 (C-270/13), Haralambidis; y 19 de julio 2017 (C-143/16), Abercrombie & Fitch Italia Srl. Extensamente al respecto en la doctrina SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2017, 1), p. 68 y ss.

Por consiguiente, «la relación de dependencia y el pago de una retribución forman los elementos constitutivos de toda relación laboral asalariada, siempre que la actividad profesional de que se trate presente un carácter real y efectivo».¹⁰⁵

En cuanto a la dependencia o subordinación (esencial en tanto que permite distinguir entre trabajadores y autónomos), esta viene definida por el poder de dirección y control y por la capacidad de sanción.¹⁰⁶ Esto es, el trabajo con una relación de subordinación se caracteriza por que el empresario determina la elección de la actividad y las condiciones de trabajo y de retribución.¹⁰⁷ Se trata, en definitiva, de un concepto «gradualista y flexible [...] orientado hacia la dirección económica».¹⁰⁸

Y, siguiendo a la Sentencia de 31 de mayo de 1989 (C-344/87), Bet-tray, siendo esta, la retribución, una característica «esencial de la relación laboral», se entiende que la condición de trabajador no se devalúa por el «hecho de que la productividad de las personas empleadas [...] sea baja y que, por consiguiente, su retribución se efectúe en gran parte mediante subvenciones públicas». De modo que «ni la productividad más o menos alta ni la fuente de los recursos destinados a la retribución pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora». Sin olvidar que las prestaciones en especie también se consideran una remuneración.¹⁰⁹

La incidencia del tiempo de trabajo en la determinación de la existencia de un «trabajador» tendrá un carácter de menor entidad. En efecto, en lo relativo a la duración de la actividad ejercida, la circunstancia de que una actividad por cuenta ajena sea de corta duración (un número reducido de horas a la semana) no impide que se reconozca a una per-

¹⁰⁵ Sentencia de 10 de septiembre 2014 (C-270/13), Haralambidis.

¹⁰⁶ Sentencia de 10 de septiembre 2014 (C-270/13), Haralambidis.

¹⁰⁷ Sentencia de 20 de noviembre de 2001 (C-268/99), Malgorzata Jany.

¹⁰⁸ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2017, 2), p. 297.

¹⁰⁹ Sentencias de 7 de septiembre 2004 (C456/02), Trojani; y 5 de octubre 1988 (C-196/97), Steymann. De hecho, en la Sentencia 24 de enero 2008 (C-94/06), Payir, se entiende que, en el contexto del acuerdo de asociación de Turquía, el Tribunal entendió que una relación 'au pair', en la que una persona recibe un pequeño salario junto con el alojamiento y el embarque, puede considerarse, siempre que sea efectiva y genuina, una relación laboral. Un análisis sobre el «trabajo altruista» en el marco de la UE, en ESCRIBANO GUTIÉRREZ (2017), p. 965 y ss.

sona como «trabajador» en el sentido del art. 45 TFUE.¹¹⁰ Ni tampoco si tiene naturaleza discontinua.¹¹¹

Y al respecto, también se ha apuntado (Sentencia de 23 de marzo de 1982, C-53/81, Levin) que el concepto de trabajador también se refiere «a las personas que únicamente ejercen una actividad por cuenta ajena a tiempo parcial, o solo desean ejercer dicha actividad, y que solo obtienen u obtendrían por tal motivo una retribución inferior a la retribución mínima garantizada en el sector de que se trate». Extremo que permite afirmar que «No puede establecerse a este respecto ninguna diferencia entre las personas que desean contentarse con ingresos obtenidos mediante una actividad de tal naturaleza y las que completan dichos ingresos mediante otros, tanto si son procedentes de patrimonio como si provienen del trabajo de un miembro de su familia con el que conviven»; ni tampoco si los ingresos son inferiores al mínimo vital y se complementan «con otros medios de vida, como una ayuda económica procedentes de fondos públicos del Estado de residencia, siempre que queden de manifiesto la realidad y la efectividad de la actividad asalariada».¹¹²

Así pues, de lo expuesto hasta ahora se desprende que «independientemente del nivel limitado de la retribución y de la corta duración de la actividad profesional, no cabe excluir que, tras una apreciación global de la relación laboral de que se trate, las autoridades nacionales puedan considerarla real y efectiva, permitiendo de esta forma atribuir a su titular la condición de «trabajador» a efectos del art. 39 CE».¹¹³

Ahora bien, siguiendo con la argumentación de la Sentencia de 23 de marzo de 1982 (C-53/81), Levin, «mientras que el trabajo a tiempo parcial no está excluido del ámbito de aplicación de las normas relativas a la libre circulación de los trabajadores, estas amparan tan solo el ejercicio de actividades reales y efectivas, y no de actividades de tan reducida entidad que sean puramente marginales y accesorias». O, en otros

¹¹⁰ Sentencias de 26 de febrero 1992 (C3/90), Bernini; y 6 de noviembre 2003 (C413/01), Ninni-Orasche.

¹¹¹ Sentencia de 26 febrero de 1992 (C357/89), Raulin.

¹¹² Sentencia de 3 de junio 1986 (C-139/85), Kempf. En términos similares, Sentencia de 4 de febrero 2010 (C-14/09), Genc.

¹¹³ Sentencia de 4 de junio 2009 (C22/08 y C23/08), Vatsouras.

términos, deben excluirse aquellas que tengan esta naturaleza porque se realicen a «pequeña escala».¹¹⁴

De modo que, siguiendo con la STJUE de 4 de febrero 2010 (C-14/09), Genc, «Si bien es verdad que la circunstancia de que una persona solo trabaje un número muy escaso de horas en el marco de una relación laboral puede ser un indicio de que las actividades ejercidas son meramente marginales y accesorias [...], no es menos cierto que, con independencia del nivel limitado de la retribución obtenida de una actividad profesional y del número de horas dedicadas a esta, no cabe excluir que, tras una apreciación global de la relación laboral examinada, las autoridades nacionales pueden considerarla real y efectiva, permitiendo así atribuir a su titular la condición de “trabajador” en el sentido del art. 39 CE».

Y, para esta apreciación global de la relación laboral, debe tenerse en cuenta «elementos relativos no solo a la duración del trabajo y al nivel de la retribución, sino también a los posibles derechos a vacaciones pagadas, al mantenimiento del salario en caso de enfermedad, a la sujeción del contrato laboral al convenio colectivo aplicable, al pago de cotizaciones y, en su caso, a la naturaleza de estas».

No obstante, la jurisprudencia comunitaria ha establecido que el análisis de todos los elementos que caracterizan una relación laboral con el fin de apreciar si la actividad por cuenta ajena desarrollada por un ciudadano tiene carácter real y efectivo y, por ende, si ostenta la condición de trabajador, es, en consecuencia, «competencia del órgano jurisdiccional remitente. En efecto, este es el único que tiene conocimiento directo de los hechos del asunto principal y de los elementos que caracterizan las relaciones laborales del demandante en el asunto principal y, por ello, es quien se halla en mejor situación para realizar las verificaciones necesarias».¹¹⁵ Por este motivo, «el órgano jurisdiccional remitente debe basarse en criterios objetivos y apreciar globalmente todas las circunstancias del asunto que tengan relación con la naturaleza tanto de las actividades de que se trata como de la relación laboral en cuestión» (Sentencia de 6 de noviembre 2003, C413/01, Ninni-Orasche).

Así, por ejemplo, como proyección de los parámetros delimitadores expuestos, para el caso de que se realicen actividades en el marco de

¹¹⁴ Sentencias de 26 febrero de 1992 (C357/89), Raulin; y 26 de febrero 1992 (C3/90), Bernini. En términos similares, Sentencia de 1 de octubre 2015 (C-432/14), O.

¹¹⁵ Sentencia de 21 de febrero 2013 (C-46/12), L.N.

formaciones profesionales, se ha establecido que (Sentencia de 19 de noviembre 2002, C-188/00, Kurz) que «una persona que realice periodos de aprendizaje en una profesión, los cuales pueden considerarse como una preparación práctica vinculada al propio ejercicio de la profesión de que se trata, debe considerarse como un trabajador, cuando los citados periodos se desarrollen en las condiciones de una actividad por cuenta ajena real y efectiva». Afirmación que, como ya se ha expuesto, «no queda desvirtuada por el hecho de que la productividad del interesado sea escasa, que no trabaje en régimen de jornada completa y que, por lo tanto, solo trabaje durante un número reducido de horas por semana y no perciba, en consecuencia, más que una retribución limitada». Por consiguiente (siguiendo con la citada sentencia), «cualquier persona que, incluso en el marco de una formación profesional y sea cual fuere el marco jurídico de esta, ejerce, para un empresario y bajo la dirección de este, actividades reales y efectivas por las que percibe una retribución, que puede considerarse la contrapartida de sus actividades, tiene la condición de trabajador a efectos del Derecho comunitario». Añadiendo que un incremento progresivo de la retribución constituye un indicio de que el trabajo realizado tiene un creciente valor económico para su empresario. A su vez, también se ha dictaminado (Sentencia de 26 de febrero 1992, C3/90, Bernini) que puede contribuir a enjuiciar el carácter real y efectivo de las prestaciones de que se trate, si el interesado ha efectuado prácticas durante un número suficiente de horas para familiarizarse con el trabajo.

Por otra parte, como elemento delimitador complementario, debe tenerse en cuenta que, en virtud de la STJUE de 8 de junio 1999 (C-337/97), Meeusen, se ha establecido que «El hecho de que la referida persona esté unida en matrimonio al director y único propietario de la empresa no tiene entidad suficiente, por sí solo, para afectar a la citada calificación». Si bien es cierto, siguiendo con la argumentación de esta sentencia, que en el caso Asscher (Sentencia de 27 de junio 1996, C-107/94), «el director de una sociedad de la que es el único socio no ejerce su actividad en el marco de un vínculo de subordinación, de forma que no puede ser considerado como «trabajador» en el sentido del art. 48 del Tratado [...] esta solución no puede extrapolarse de modo automático a su cónyuge. En efecto, las relaciones personales y patrimoniales entre esposos derivadas del matrimonio no excluyen la existencia, en el marco de la organización de la empresa, de un vínculo de dependencia característico de una relación laboral».

Y, en la línea expansiva del concepto, que apunta Molina Navarrete, es interesante observar cómo se ha extendido afirmando que «la consideración de trabajador, en el sentido del art. 45 TFUE, al igual que los derechos que se derivan de dicha condición, no dependen necesariamente de la existencia o de la permanencia efectiva de una relación laboral»¹¹⁶ (extendiéndose a una mujer que temporalmente ha dejado de trabajar a causa del embarazo, o, incluso, los demandantes de empleo).¹¹⁷ Sin olvidar que, siguiendo la argumentación de la Sentencia de 12 de mayo 1998 (C-85/96), Martínez Sala, aunque «una vez concluida la relación laboral el interesado pierde, en principio, la condición de trabajador», también debe tenerse en cuenta que, por un lado, «esta condición puede producir determinados efectos tras la extinción de la relación laboral», y, por otro, «una persona que busque realmente un empleo también debe ser considerada trabajador».

Y, llegados a este estadio, es relevante destacar que este acervo interpretativo se ha hecho extensivo a las Directivas de contenido social. Así, por ejemplo, en el marco de la Directiva 2003/88, sobre ordenación del tiempo de trabajo, a través de la STJUE de 14 de octubre 2010 (C-428/09), Isère,¹¹⁸ afirmando, en primer lugar, que debe «definirse según criterios objetivos que caracterizan a la relación laboral atendiendo a los derechos y los deberes de las personas interesadas». Y, en un segundo estadio, reiterando literalmente el concepto descrito en el asunto Lawrie-Blum.¹¹⁹

Delimitación que también se ha extendido mediante la Sentencia de 13 de enero 2004 (C-256/01), Alloonby, al ámbito de la Directiva 75/117, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, estableciéndose que «La calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional no excluye que una persona deba ser calificada de trabajador a efectos del art. 141 CE, apdo. 1, si su independencia solo es ficti-

¹¹⁶ Sentencia de 19 de junio 2014 (C-507/12), Saint-Prix.

¹¹⁷ Sentencia de 13 de diciembre 2012 (C-379/11), Krier Frères Sàrl.

¹¹⁸ Y también en las sentencias de 3 de mayo 2012 (C337/10), Neidel; 26 de marzo 2015 (C-316/13), Fenoll; y 21 de febrero 2018 (C-518/15), Matzak.

¹¹⁹ Esto es, que «la característica esencial de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución».

cia, disimulando así una relación laboral a efectos del mencionado art.». Y la Sentencia de 14 de diciembre 1995 (C317/93), Nolte, también lo ha hecho con respecto a la Directiva 79/7, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, afirmando que «el hecho de que una persona solo obtenga con su actividad profesional unos ingresos reducidos que no le permiten subvenir a sus necesidades no puede, con arreglo al Derecho comunitario, permitir que se le niegue la condición de trabajador».

Esta definición se confirmará, asimismo, en el marco de la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos, a través de las sentencias de 13 de febrero 2014 (C-596/12), Comisión contra Italia; 9 de julio 2015 (C229/14), Balkaya; y 11 de noviembre 2015 (C-422/14), Pujante Rivera. Y, del mismo modo respecto de la Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, a través de la Sentencia de 1 de octubre 2015 (C-432/14), O; y de la Directiva 92/85, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, a través de la Sentencia de 11 de noviembre 2010 (C-232/09), Danosa. A la misma conclusión debe llegarse en relación con la Directiva 2008/104, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, a la luz de la Sentencia de 17 de noviembre 2016 (C-216/15), Ruhrländklinik. Estableciéndose en este caso que «ni la calificación jurídica en Derecho nacional de la relación que une a la persona de que se trate con la empresa de trabajo temporal, ni la naturaleza de su vínculo jurídico, ni tampoco la forma de esa relación, son determinantes a efectos de la consideración de dicha persona como “trabajador” en el sentido de la Directiva 2008/104». ¹²⁰ Y, a propósito de la Directiva 80/987, sobre la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, el Tribunal ha establecido que, aunque las normas comunitarias no definan en sí mismas el término «trabajador asalariado», debiéndose recurrir a lo que disponga el derecho nacional, «el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en virtud del

120 Concluyendo al respecto que «el concepto de «trabajador», en el sentido de la Directiva 2008/104, debe interpretarse en el sentido de que abarca a toda persona que realice una prestación laboral, es decir, que lleve a cabo, durante cierto tiempo, a favor de otra persona y bajo su dirección, prestaciones a cambio de las cuales recibe una retribución, y que esté protegida por ello en el Estado miembro de que se trate con independencia de la calificación jurídica de su relación laboral en Derecho nacional, de la naturaleza del vínculo jurídico que una a estas dos personas y de la forma de esa relación».

párrafo primero de esta última disposición para definir el término “trabajador asalariado” no es, sin embargo, ilimitado», especialmente, porque pondría en peligro la finalidad social de la citada Directiva (Sentencia de 5 de noviembre 2014, C-311/13, Tümer).¹²¹

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el propio Tribunal ha precisado que «el concepto de trabajador en Derecho de la Unión no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate». ¹²² Y, precisamente, a partir de esta apreciación, en la Sentencia de 1 de marzo 2012 (C-393/12), O’Brien, respecto de la Directiva 97/81, sobre el trabajo a tiempo parcial, la definición del concepto de trabajador se remite a los parámetros de las legislaciones nacionales (siempre que respeten la efectividad de la normativa comunitaria).¹²³

En definitiva, a la luz de lo expuesto, y siguiendo el planteamiento de Molina Navarrete (2017, 2, p. 119), puede afirmarse que el TJUE ha ido destilando «un concepto comunitario de trabajador que, funcional para las finalidades de cada norma que lo usa como centro de imputación normativa, no deja de ser expansivo. Y para ello se ha centrado en dos

121 En este caso, el tribunal extiende la protección de la Directiva a un trabajador a pesar de no tener residencia legal, porque «la definición del término “trabajador asalariado” se refiere necesariamente a una relación de trabajo que hace surgir un derecho frente al empresario consistente en exigir una remuneración por el trabajo efectuado». Añadiendo que «las disposiciones de la Directiva 80/987 se oponen a una normativa nacional relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, como la controvertida en el litigio principal, que excluye a un nacional de un país tercero del derecho a percibir una prestación por insolvencia en razón de la ilegalidad de su residencia, cuando este nacional de un tercer país, en virtud de las disposiciones del Derecho civil de este Estado miembro, tiene la consideración de “trabajador asalariado” con derecho a una remuneración».

122 Sentencias de 12 de mayo 1998 (C85/96), Martínez Sala; y 13 de enero 2004 (C256/01), Allonby.

123 «un trabajador estará comprendido en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial siempre que tenga un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en el Estado miembro de que se trate [...]. No obstante, la facultad de apreciación que la Directiva 97/81 concede a los Estados miembros para definir los conceptos utilizados en el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial no es ilimitada. Como puso de manifiesto la abogada general en los puntos 36 y 37 de sus conclusiones, ciertos términos empleados en este Acuerdo marco pueden ser definidos de conformidad con el Derecho y/o los usos nacionales, siempre que respeten el efecto útil de esta Directiva y los principios generales del Derecho de la Unión. En efecto, los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia, privarla de su efecto útil».

claves fundamentales, una de tipo ‘tipológico-realista’ y otra ‘normativo-axiológica’. A saber:

a) Identificación de un concepto-tipo (prototipo básico socio-económico), en el que tanto la dependencia como la retribución asumirán el protagonismo mayor, no la ajenidad.

b) El primado de la idea de necesidad de protección inherente a la norma a aplicar en cada caso (garantía de efectividad de la razón de protección». ¹²⁴

De modo que comparto con el citado autor la conclusión de que «se trata de un concepto jurídico sustancialmente unitario, con generalizables rasgos tipológicos pero parcialmente modulados y modulables de forma finalista, esto es, en función del (a) tipo de problema socio-económico y de (b) la finalidad de la norma a aplicar».

B. La definición de trabajador por cuenta propia en el ámbito comunitario (y ¿existe una definición comunitaria de una figura intermedia/híbrida?)

La distinción conceptual entre trabajador por cuenta propia y por cuenta ajena también ha sido abordada por la justicia europea.

Se trata, sin duda, de una cuestión particularmente compleja (y de especial interés para este ensayo), como así lo expresa la Sentencia de 4 de diciembre 2014 (C-413/13), FNV, al afirmar que «en las circunstancias económicas actuales no siempre es fácil determinar si determinados prestadores autónomos, [...], son o no empresas». Aunque no debe olvidarse la figura de los «falsos autónomos», de modo que «la calificación de “prestador autónomo” con arreglo al Derecho nacional no excluye que la misma persona deba ser calificada de “trabajador” a efectos del Derecho de la Unión si su independencia solo es ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral». ¹²⁵

¹²⁴ También se ha afirmado que «Caracteriza el Derecho de la UE (...), lo que puede denominarse como ‘fragmentación normativa del concepto de trabajador’». SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2017, 2), p. 292.

¹²⁵ Sentencia de 13 de enero 2004 (C256/01), Allonby. También en Sentencia de 11 de noviembre 2010 (C-232/09), Danosa. Extensamente sobre el concepto de «falso autónomo» desde la perspectiva comunitaria en Pérez Agulla (2017), p. 946 y ss.

En concreto, como expone Sánchez-Urán Azaña, el trabajo autónomo «es un concepto residual, derivado, *a contrario sensu*, de la definición de trabajador asalariado».¹²⁶ Afirmación perfectamente visible a la luz de la Sentencia de 20 de noviembre 2001 (C-268/99), Malgorzata Jany, cuando afirma que las «actividades económicas por cuenta propia designan las actividades económicas ejercidas por una persona sin ningún tipo de relación de subordinación por lo que respecta a las condiciones de trabajo y de retribución y bajo su propia responsabilidad».

Los autónomos realizan tareas bajo su propia responsabilidad y, por tanto, pueden ser responsables de los daños que causen, ya que soportan el riesgo económico de la empresa.¹²⁷ De modo que (siguiendo con la Sentencia de 25 de julio 1991, C-202/90, Ayuntamiento de Sevilla) debe rechazarse la existencia de vínculo de subordinación si los autónomos «se procuran y organizan ellos mismos de modo autónomo, dentro de los límites fijados por la ley, los recursos humanos y materiales necesarios para el ejercicio de sus actividades». También se ha rechazado la existencia de un vínculo de subordinación si soportan el riesgo económico de su actividad, en la medida en que el beneficio que obtienen depende de la compensación que les abona el comitente y de los «gastos derivados de la organización de los recursos humanos y materiales de su actividad». Finalmente, el hecho de que el comitente pueda ser declarado responsable por la actuación del autónomo no es suficiente para afirmar que existe dicho vínculo.

De modo que, volviendo al razonamiento del caso FNV, «un prestador de servicios puede perder su condición de operador económico independiente, y por tanto de empresa, cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que depende completamente de su comitente por el hecho de que no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad de este y opera como auxiliar integrado en la empresa del mismo».

En paralelo, siguiendo con el mismo pronunciamiento, «a efectos del Derecho de la Unión, el propio concepto de “trabajador” debe definirse conforme a criterios objetivos, que caracterizan la relación laboral con

¹²⁶ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2017, 2), p. 298.

¹²⁷ Sentencia de 14 de diciembre 1989 (C-3/87), The Queen: «the sharing of the commercial risks of the business, the freedom for a person to choose his own working hours and to engage his own assistants. In any event, the sole fact that a person is paid a 'share' and that his remuneration may be calculated on a collective basis is not of such a nature as to deprive that person of his status of worker».

arreglo a los derechos y deberes de las personas afectadas» (remitiéndose en este estadio a la conceptualización descrita en el caso Lawrie-Blum). Añadiendo que «el estatuto de “trabajador” a efectos del Derecho de la Unión no se ve afectado por el hecho de que una persona sea contratada como prestadora autónoma de servicios con arreglo al Derecho nacional, sea por motivos tributarios, administrativos o burocráticos, siempre que actúe bajo la dirección del empresario, en particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo [...], que no participe en los riesgos comerciales de dicho empresario [...] y que esté integrada en la empresa durante el periodo de la relación laboral y, de este modo, forme con ella una unidad económica».

A mayor abundamiento, siguiendo con la Sentencia de 10 de septiembre 2014 (C-270/13), Haralambidis, entiende que las características que se suelen asociar con las funciones de un prestador de servicios independiente son «mayor flexibilidad en lo que respecta a la elección del tipo de trabajo y de las tareas que han de ejecutarse, del modo en que dicho trabajo o tareas deben ser acometidas, del horario laboral, del lugar de trabajo y para seleccionar a sus propios colaboradores».

De ahí que, en síntesis, debe procederse a un análisis de la relación o no de subordinación y la existencia de mayor o menor autonomía y flexibilidad que otros trabajadores objetivamente comparables en términos, por ejemplo, de determinación del horario, el lugar y las modalidades de realización de los encargos que reciben.

Finalmente, en aras a completar esta aproximación, si bien es cierto que la figura del «autónomo dependiente» está presente en diversos países de nuestro entorno,¹²⁸ debemos plantearnos, siguiendo a Sánchez-Urán Azaña, si la jurisprudencia comunitaria ha previsto una «categoría intermedia entre trabajador dependiente y trabajador autónomo que permitiera ir más allá de la clasificación entre relación laboral subordinada y relación autónoma». Y, al respecto, la respuesta debe ser negativa, pues «para el TJUE, un trabajador o es trabajador asalariado o es trabajador autónomo».¹²⁹ De hecho, el carácter flexible del concepto de dependencia podría dificultar la delimitación comunitaria de esta categoría intermedia o híbrida de trabajadores económicamente dependientes.

¹²⁸ Una aproximación reciente al respecto, entre otras, en MORENO Y RAMOS (2017), p. 65 y ss.

¹²⁹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2017, 2), p. 298.

C. Proyección de la definición comunitaria de trabajador por cuenta ajena al trabajo a través de plataformas

1. La economía de las plataformas y el debate sobre la morfología del contrato de trabajo

La incertidumbre respecto a la calificación jurídica de los servicios prestados a través de las plataformas es, hoy por hoy, elevada, pues, tal y como expone el *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo: sus reflexiones* (diciembre de 2017), está por saber si estas formas de trabajo entrarán finalmente en el ámbito de la relación laboral, se convertirán en nuevos tipos de informalidad, o bien, acabarán quedando fuera de los marcos regulatorios existentes. Si las fronteras que separan la «laboralidad» y la «no laboralidad», como expone Casas Baamonde, no han estado nunca claras ni definitivamente fijadas, en un contexto de cambio imparable como el que se está experimentando, arrojan una mayor incertidumbre. No solo porque los nuevos modos de producir y de trabajar han «roto los indicadores clásicos de tiempo, lugar y modo de realización del trabajo por cuenta ajena y en régimen de dependencia y subordinación», sino porque también el Legislador ha hecho partícipe a otras figuras no laborales de las notas características del trabajo por cuenta ajena.¹³⁰

En efecto, siguiendo de nuevo la exposición de Molina Navarrete, es claro que «los nuevos modelos de negocio asentados en el uso intensivo de las plataformas tecnológicas, mediante prestación de servicios masivas a través de aplicaciones móviles, [ofrece] un nuevo punto de actualidad a [la] clásica tensión» entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo.¹³¹

No obstante, como consideración previa, la posible inadecuación del marco normativo vigente a las nuevas formas de trabajo que emergen de la economía de las plataformas, como acertadamente apunta Serrano Olivares,¹³² «no responde a un proceso inevitable». Por consiguiente, si-

¹³⁰ CASAS BAAMONDE (2015), pp. 710 y 714.

¹³¹ MOLINA NAVARRETE (2017, 2), p. 124. Autor que se muestra particularmente crítico (2017,1, p. 411) respecto de los nuevos paradigmas de la relación entre trabajadores y empresarios que se «augura» que este entorno precipitará: «Surgirán, así, los “Know-mads-workers”, como prototipo más exitoso de trabajadores del futuro: aquellos que, basados en su conocimiento polivalente, tienen máxima movilidad para llevarlo a cualquier lugar y ponerlo al servicio de cualquier empresa, sin ataduras fijas, sin vínculos estables, de forma nómada».

¹³² SERRANO OLIVARES (2017), pp. 33 y 34.

guiendo con la misma autora, la «huida» del ámbito laboral tampoco lo es. De modo que, si existe voluntad política, puede contenerse o, incluso, regularse (conforme a una dinámica redistributiva), estableciéndose «derechos básicos que hagan posible un trabajo decente». Y, comparto con ella que las grandes áreas de intervención anteriormente descritas por la OIT respecto del trabajo atípico «suponen un buen punto de partida para abordar la protección del trabajo ‘on demand’ en la economía digital».

En este sentido, siguiendo con Monereo Pérez y Perán Quesada (aunque refiriéndose a la economía informal, pero perfectamente extensible a este ámbito), un diagnóstico pernicioso podría ser aquel que sitúa a las *rigideces* impuestas al conjunto de las relaciones laborales [...] como origen o causa de la economía informal [...] [y] es una tesis peligrosa, no solo porque reducir la tutela favorece el cumplimiento normativo pero debilita el fin último de la norma, sino porque responde a un ideario liberal por el que se entiende que las desigualdades sociales se podrán disminuir bajo formas avanzadas del desarrollo capitalista, sin importar en demasía las políticas seguidas o las características socioculturales concretas».¹³³

Centrando la discusión sobre el «encaje» de los servicios prestados en la economía de las plataformas en el marco institucional existente, debe tomarse como punto de partida la diversa tipología de plataformas existente (anteriormente expuesta). Especialmente, porque, desde el punto de vista de la legislación laboral, delimita diversos fenómenos que requieren tratamientos jurídicos diferenciados. Recuérdense que, a grandes rasgos, los modelos oscilan entre aquellas que operan como meras intermediarias de aquellas otras que lo hacen como prestadoras del servicio subyacente.

En el primer supuesto (intermediarias), los «problemas de calificación jurídica se trasladan a la relación entre el prestador del servicio y el cliente o destinatario». Y, en este caso, podrá entenderse como trabajo por cuenta propia (siempre que concurren los elementos caracterizadores).¹³⁴ La delimitación del concepto de trabajo entre pares también cobra una importancia sustancial en este ámbito (y, sobre todo, las dificultades para delimitar con precisión lo «profesional» de lo que no lo es).¹³⁵

¹³³ MONEREO PÉREZ y PERÁN QUESADA (2016), p. 4.

¹³⁴ SERRANO OLIVARES (2017), p. 26.

¹³⁵ Véase *supra*. Por ejemplo, lo que se conoce como carsharing, y que consiste en compartir un vehículo, se entiende como una actividad entre pares y, por ende, lícita (en con-

Y, en el segundo (prestadoras del servicio subyacente), como se ha apuntado anteriormente, se ha suscitado un intenso debate doctrinal sobre si este entorno forzaría o no una redefinición jurídica de los sujetos intervinientes. En efecto, se ha afirmado que, en este contexto, se da una «neta mutación en la morfología del concepto clásico de trabajador. Autonomía, coordinación o participación son los rasgos diferenciadores de este modelo frente a las clásicas de dependencia, subordinación y conflicto». ¹³⁶ Y, desde este punto de vista, ante la insuficiencia de las categorías existentes frente a esta realidad, se está sugiriendo la creación de una nueva categoría de trabajador independiente (*independent worker*). ¹³⁷

No obstante, sin negar que en este entorno podría difuminarse la delimitación entre las prestaciones «entre pares», el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia y económicamente dependiente y el trabajo marginal, a mi entender, estos parámetros son suficientemente «modulares y modulables» como para dar respuesta a las realidades que se dan en este entorno (lo que no significa que la concreción en cada caso, especialmente en los casos de frontera, no esté exenta de dificultades).

En relación con esta controversia, y como punto de partida, no debe olvidarse, tal y como recuerda Suárez Carujo, que «cuál sea la calificación jurídica de la relación contractual no se rige por un principio dispositivo, sino que viene determinado por las características concretas de esa relación, es decir, de la concurrencia o no de los rasgos configuradores de la relación laboral». ¹³⁸ Apreciación que es extensible tanto en el ámbito comunitario (Lawrie-Brown o Bernini), como interno. En efecto, el art. 1.1 ET «deja en manos de su aplicador judicial un poder discrecional virtualmente ilimitado», aunque sí «un gran poder de interpretación, que los jueces y tribunales han de ejercer, y ejercen, atendiendo a la verdad o realidad jurídica, y a su actualidad y al cambio de las nuevas formas de

traposición, en Francia, se ha negado la licitud del servicio prestado por Uberpop porque no puede equipararse a la misma —extensamente, Sierra Benítez, 2017, p. 154—. Véase también al respecto en Ginés y Gálvez (2016), p. 28. No obstante, recientemente, BlaBlaCar, una de las empresas bandera del «consumo colaborativo» de vehículos ha planteado un cambio en el modelo de negocio que, en apariencia, parece que la acercaría al modelo de Uber. Véase al respecto, El País, 30/01/2018 https://elpais.com/economia/2018/01/29/actualidad/1517250620_881985.html.

¹³⁶ MERCADER UGUINA (2017, 2), p. 112.

¹³⁷ Véase al respecto (y, en particular, sobre el origen de esta propuesta y sus notas características mínimas) en Muro (2016), versión digital.

¹³⁸ SUÁREZ CARUJO (2017, 1), versión digital. En términos similares, GUTIÉRREZ ARRANZ (2016), versión digital; y Rodríguez Fernández (2017, 2), versión digital.

trabajador y de organizar el trabajo».¹³⁹ Aproximación en la que el principio de primacía de la realidad jurídica —esto es, de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el contrato y de las prestaciones que constituyen su objeto— se alza frente a la voluntad de las partes en su denominación, el *nomen iuris*, la apariencia».

Pues bien, en los epígrafes que siguen, a partir del análisis de las nociones de empresario y de trabajador que operan en las plataformas, se tratará de exponer los motivos que permiten rebatir las tesis que abogan por declarar la obsolescencia de los parámetros configuradores del concepto del trabajo subordinado en este entorno.

2. El concepto de empresario en la economía de las plataformas

Desde el punto de vista del «empresario», si bien es cierto que la tecnología facilita el estrecho contacto entre el usuario y el prestador del servicio, provocando una «evanescencia» de la empresa,¹⁴⁰ y que los algoritmos juegan un papel preeminente en ciertas «tomas de decisión»,¹⁴¹ no parece que en este entorno pueda hablarse de una redefinición de su conceptualización, especialmente, porque compartiendo el planteamiento de Serrano Olivares, «dicho conjunto de algoritmos tiene detrás un titular a efectos jurídicos que pretende obtener en el mercado un beneficio económico o, al menos, de forma más amplia, desarrollar una actividad económica».¹⁴²

¹³⁹ CASAS BAAMONDE (2015), pp. 716 y 717.

¹⁴⁰ GOLDÍN (2017), p. 983. En este sentido, se ha afirmado que «La eclosión de las plataformas online de trabajo está induciendo un fenómeno que podríamos denominar de “despersonalización” de la figura del empresario, en el sentido de no tener seguridad sobre quién ocupa la posición de empleador respecto del trabajo que se realiza para o mediante la plataforma y, por tanto, quién asume respecto del trabajador las obligaciones propias de la posición empresarial. En algunos momentos se ha llegado a hablar de “desintermediación”, dando a entender que el avance tecnológico ha hecho que las relaciones económicas se entablen directamente entre el consumidor final del producto o servicio y el productor del mismo, sin que la plataforma que los pone en conexión tenga más relación con ambos que poner a su disposición la base tecnológica del intercambio. Todo ello hace que también debamos reflexionar sobre quién asume y cómo se configura la propia posición empresarial en la economía digital». RODRÍGUEZ Y PÉREZ (2017), p. 27.

¹⁴¹ Sobre la importancia de los algoritmos en la toma de decisiones en estos entornos (y bajo el sugerente título de: «Del sujeto al algoritmo: ‘mi jefe es un algoritmo’») véase, MERCADER UGUINA (2017, 2), pp. 90 a 93.

¹⁴² SERRANO OLIVARES (2017), p. 35. Goldín (2017, p. 984), en cambio, abiertamente plantea la necesidad de «formular abiertamente preguntas de reconstrucción conceptual elemental», como «qué o quién es un empleador».

Y, la definición de «empleador» contenida en la propuesta de Directiva 91/533 tampoco impediría que las plataformas fueran calificadas como tal (recuérdese: «una o varias personas físicas o jurídicas, que son, directa o indirectamente, parte en una relación laboral con un trabajador»).

La tecnología, de hecho, está provocando un incremento de la subordinación, especialmente, porque tales instrumentos «hacen que desaparezca toda frontera “física” de la subordinación, y no solo las relacionadas con el lugar de trabajo». De tal forma que «el trabajador queda “atrapado” por el proceso productivo, con independencia también del momento, con el consiguiente perjuicio de la separación entre la vida profesional y la privada».¹⁴³ Y, específicamente, en el ámbito de las plataformas (caracterizada por una «presencia virtual» de trabajador y empresario), esta dependencia, calificada como «tecnológica», se manifiesta en un grado, si cabe superior (posibilitando lo que se ha venido a denominar un «poder informático».¹⁴⁴

En paralelo, en un mercado altamente competitivo, la vigilancia de la calidad y el ajuste del precio lleva a las plataformas a «encuadrar» el trabajo de los «colaboradores».¹⁴⁵ No obstante, como contrapunto a lo expuesto (y factor que dificulta la delimitación), si bien es cierto que la sujeción al ámbito de dirección y control del empresario (estableciendo la organización y las reglas de la actividad —eufemísticamente calificadas como «recomendaciones» o «guías»— y la consiguiente adhesión del prestador de servicios a las mismas) es un rasgo que puede ser determinante para identificar al trabajo por cuenta ajena, no debe olvidarse que, en el marco de la prestación de servicios, la subordinación técnica impuesta por el comitente puede ser un factor que podría confundirse con esta sujeción.

En relación con la capacidad de monitorización empresarial (complementado lo ya apuntado antes), la doctrina ha apuntado que «tanto el *crowdwork* como el trabajo bajo demanda mediante *apps* permiten una amplia “externalización personal” de las actividades individuales más que de “tareas complejas”». Lo que resulta particularmente relevante, pues no solo facilita la normalización de los términos y condiciones de contratación y de cesión de trabajos, sino que también posibilita un ele-

¹⁴³ GOERLICH PESET (2016), p. 181.

¹⁴⁴ SIERRA BENÍTEZ (2015, 2), p. 11 y ss. Véase también la sugerente y exhaustiva aproximación a esta circunstancia en CALVO GALLEGGO (2017, 2), p. 216 y ss.

¹⁴⁵ AUVERGNON (2016), p. 4.

vado control sobre los procesos y resultados comerciales.¹⁴⁶ De hecho, siguiendo con Rodríguez Fernández, la pretendida «autonomía» que se atribuye a estos entornos (y que tiende a calificar a estos trabajadores como «freelancers o “contratantes” independientes») queda notablemente diluida (siendo mucho menor de lo que aparenta), incrementándose la capacidad de control empresarial sobre el trabajo.¹⁴⁷

Por otra parte, también se ha apuntado que las formas de control empresarial se han transformado, no solo porque, como se ha apuntado, se limiten a establecer «recomendaciones», sino porque, siguiendo a Todolí Signes, «las empresas confían en las evaluaciones de los clientes para asegurarse unos estándares altos de prestación de servicios». De modo que, «en vez de dar instrucciones y controlar el proceso de ejecución para asegurar su calidad, delegan estas funciones en los clientes». Lo que sugiere que, en este entorno (y siempre en función del tipo de servicio), es posible que la evaluación del trabajo esté sometida a obligaciones de resultados (de calidad y cantidad) y no de medios.¹⁴⁸ Especialmente porque el tiempo de trabajo probablemente haya dejado de jugar como «límite a la sujeción del trabajador ni como patrón del valor de intercambio del trabajo».¹⁴⁹

También se ha afirmado que en este entorno, el empresario «retiene» sus facultades prototípicas¹⁵⁰ o que concurre un «aspecto pasivo de las

¹⁴⁶ DE STEFANO (2016), p. 153.

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2017, 1), p. 293. No obstante, es interesante introducir la matización que expone RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2017, p. 208), respecto del carácter extremo del modelo de negocio de Uber con respecto al grado de intervención y control de sus conductores, especialmente porque, apunta «no es común en este sector de la economía». Como contrapunto a esta reflexión, debe apuntarse que están proliferando importantes iniciativas empresariales que presentan notables semejanzas.

¹⁴⁸ TODOLÍ SIGNES (2016), p. 10. Valoración ya apuntada en con ocasión de análisis del teletrabajo llevada a cabo por Thibault Aranda (2000), p. 72. Siguiendo la exposición de De Stefano (2016, p. 155), la posibilidad de recibir comentarios y calificaciones instantáneas del rendimiento de los trabajadores, reduce la necesidad de las empresas de tener mecanismos de revisión interna, trasladando el servicio de atención al cliente al propio empleado. Véase al respecto también extensamente, DAGNINO (2015), p. 17 y ss

¹⁴⁹ THIBAUT ARANDA (2000), p. 83. En términos similares, Dagnino (2015), p. 16; y CEDROLA SPREMOLLA (2017), p. 17.

¹⁵⁰ Sánchez-Urán Azaña (2017, 2), p. 289. En concreto, según esta autora, la dependencia desarrollada en el marco de la economía de las plataformas se identificaría con el límite más débil o flexible de este rasgo y que se identifica con la expresión «programación del trabajo por parte del empresario»; y que, por tal, puede entenderse como «retención por parte del empresario del “derecho” a controlar la actividad desarrollada por el trabajador

facultades de mando». ¹⁵¹ Se trata, sin duda, de un aspecto de importancia determinante. No obstante, compartiendo esta afirmación, me gustaría tratar de precisarla, pues lo que a mi entender acontece es una «contención» de la facultad de sanción disciplinaria y de la facultad resolutoria y que, en ocasiones, es meramente aparente. Particularidades que, vaya por delante, no redefinen ni la figura del empresario ni, en absoluto, la eventual relación de trabajo subordinado con el prestador del servicio.

Aspecto que, dada su estrecha relación con la subordinación, será abordado en el epígrafe que sigue.

3. El concepto de trabajador en la economía de las plataformas

Con relación al trabajador, en cambio, la pregunta que subyace es si los parámetros delimitadores prototípicos del trabajo por cuenta ajena existentes son suficientes (en términos de cobertura y/o mecanismos de protección) para atender a los desafíos de la economía de las plataformas, ¹⁵² especialmente porque se ha apuntado que podrían presentar dificultades de encaje cuando tratan de proyectarse al concepto de «trabajador digital». ¹⁵³

En especial, esta controversia se ha suscitado en torno al concepto de dependencia o subordinación (en tanto que «nota caracterizadora y única del Derecho del Trabajo»), ¹⁵⁴ porque, siguiendo a Sánchez-Urán

cualquiera que sea el método o mecanismo que utilice para ello» Esto es, alejándose de la sumisión estricta (o sumisión absoluta) y plasmándose en el «sometimiento del trabajador al poder de organización o “en la inserción en el círculo rector y disciplinario empresarial”». Conceptuación que «permitiría incluir, sin adular el tipo, los supuestos que cabe entender como de “subordinación imperfecta”, atisbada en muchas de las formas de trabajo nuevas y, en particular, en la economía colaborativa (gig economy), en especial en el trabajo desarrollado a través de las plataformas digitales».

¹⁵¹ SIERRA BENÍTEZ (2015, 2), p. 9.

¹⁵² SERRANO OLIVARES (2017), p. 35.

¹⁵³ VALLECILLO GÁMEZ (2017), p. 4. En este sentido, el caso de Uber ha sido identificado como el ejemplo paradigmático de este modelo y la doctrina se ha volcado en su análisis desde el punto de vista de la laboralidad de sus conductores. Entre otros, TRILLO PÁRREGA (2017), p. 434 y ss.; TODOLI SIGNES (2016), pp. 4 a 6; y SIERRA BENÍTEZ (2015, 1), p. 250 y ss.; CALVO GALLEGO (2017, 1), p. 333 y ss.; ARAGÜEZ VALENZUELA (2017), p. 6 y ss.; y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2018, 2), p. 11 y ss. (en prensa).

¹⁵⁴ SIERRA BENÍTEZ (2015, 2), p. 9. No obstante, para un sector de la doctrina (al que no me adhiero), «la dependencia es una nota derivada; lo realmente definitorio del contrato de trabajo es su causa, la cesión originaria y onerosa de los frutos del trabajo». MALDONADO MONTOYA (2016), p. 371.

Azaña, es el elemento estructural necesario «para definir el centro de imputación subjetiva/objetiva de nuestra disciplina jurídica y en cierta medida para contrarrestar los intentos de evasión o elusión».¹⁵⁵ Aspecto que justifica su análisis detallado.

a. Subordinación (¿hay un falso debate sobre la dependencia?)

La jurisprudencia comunitaria, como se ha expuesto, entiende que el trabajo con una relación de subordinación se caracteriza por que el empresario determina la elección de la actividad y las condiciones de trabajo y de retribución (Malgorzata Jany).¹⁵⁶

A la luz de esta definición, la falta de concreción sobre el número de horas mínimas de trabajo y de encargos en un lapso de tiempo y, la consiguiente libertad para concretarlos e, incluso, rechazarlos, propio de la economía de las plataformas, están cuestionando su adecuación a dicho parámetro delimitador.

No obstante, a mi modo de ver, la articulación de una arquitectura de producción externalizada en extremo y la predisposición de un amplio colectivo de personas dispuestas a ejecutar estos servicios (facilitada, como nunca antes, por una aplicación informática) no deberían, y comparto el criterio de Serrano Olivares, «condicionar la calificación de la relación laboral entre la plataforma y el prestador».¹⁵⁷

155 SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2017, 2), pp. 287 y 288. Véase al respecto también, CASAS BAA-MONDE (2015), p. 710. A pesar de que la doctrina ha destacado la capacidad de adaptación de la dependencia a los cambios SIERRA BENÍTEZ (2015, 2, p. 9), un sector de la doctrina se ha mostrado crítico porque se ha distorsionado hasta el extremo de desnaturalizarla. MALDONADO MONTOYA (2016), p. 371. Y Rogers (tal y como recoge TODOLÍ SIGNES, 2017, p. 233) sugiere que el contrato de trabajo debe aplicarse a todo aquel que se encuentre en una situación de desigualdad en el poder de negociación con independencia de la forma en la que se ejecute la prestación. Un análisis exhaustivo (y referente) sobre el concepto de trabajador en el Derecho de la UE en, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2017, 1), p. 45 y ss.

156 Y, a nivel interno (sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente), en términos similares, «la dependencia es una nota que la jurisprudencia ha ido atenuando con el paso del tiempo, entendiéndola como la inclusión en el círculo rector y disciplinario del empresario, sujetos los trabajadores a las órdenes e instrucciones del empresario necesarias para el buen desarrollo de la relación laboral». SIERRA BENÍTEZ (2015, 2), p. 12.

157 SERRANO OLIVARES (2017), p. 39. O, como expone Rodríguez Fernández (2017, 1, p. 293), teniendo en cuenta que pueden rastrearse claros síntomas de subordinación, «anunciar el fin del trabajo dependiente por causa de la digitalización o la necesidad de inventar nuevos estatutos jurídicos para regularizar el trabajo propio de la era digital, sea, en mi opinión, un tanto precipitado o claramente tendencioso».

Se ha afirmado que, en un contexto en el que las plataformas actúan a través de un sistema de tablón y que los prestadores compiten en la opción de aceptar el servicio, esta «voluntaria aceptación y exclusiva voluntad» supone una «transformación de los patrones clásicos de la dependencia».¹⁵⁸

Sin embargo, a mi entender, esto no es determinante para afirmar que los servicios se desarrollan totalmente al margen de la nota de dependencia (*no lo predetermina*).

Suponiendo que la «voluntaria aceptación y exclusiva voluntad» del prestador del servicio fuera realmente «libre» (aspecto, sin duda, cuestionable —como se abordará—), esta «particularidad» de la economía de las plataformas, en realidad, lo que evidenciaría no es tanto una (intrínseca) devaluación de la «dependencia» (que «impediría» la calificación de laboralidad de la relación), cuanto la existencia de un «consentimiento libre» (al menos, en un estadio inicial). Y, como es lógico, este es un aspecto (conviene resaltarlo) que se refiere a una dimensión previa al inicio de cualquier relación contractual y que no tiene capacidad de incidir en la naturaleza de la ejecución del servicio.

A mi entender, se están presentado como categorías homogéneas la perfección del encargo (el «consentimiento libre» —anterior a la ejecución—) con el modo de ejecución del mismo una vez aceptado (la «dependencia/subordinación» —esto es, una vez aceptado y, por tanto, mientras se ejecuta—). De modo que se entiende (erróneamente a mi entender) que el primero anula o desnaturaliza significativamente al segundo. Y, aunque es posible que sean coincidentes en el tiempo (aceptación y ejecución —al menos, en un primer instante—), es claro que, desde el punto de vista de la fundamentación dogmática, ambos proyectan efectos jurídicos claramente deslindables.

Tratando de rebatir las tesis que abogan por descartar la posible laboralidad basada en la debilidad de la subordinación en estos entornos, creo que es oportuno evaluar la figura del trabajador y del empresario a partir de una realidad común (esto es, los mismos postulados «fácticos» de base).

¹⁵⁸ MERCADER UGUINA (2017, 2), p. 95. Y, en esta línea, también se ha afirmado que «el nuevo tipo de trabajador —que presta servicios a través de una plataforma virtual—, que aporta sus propios medios de producción, elige cuándo trabajar —libertad de horario— y cuánto —libertad de jornada— e incluso tiene autonomía para elegir cómo prestar sus servicios, no parece encajar con la definición tradicional de trabajador». TODOLÍ SIGNES (2017), p. 230.

Y, en este sentido, el «origen» del modelo negocio en el trabajo a través de plataformas se encuentra, recuérdese, en la máxima atomización posible del proceso productivo y en su externalización extrema (al margen, por el momento, de todo juicio sobre su licitud).

Por consiguiente, teniendo en cuenta estas circunstancias, parece que lo razonable sería evaluar el papel de los contratantes a partir de esta realidad común. Así pues, siguiendo con esta lógica «atomizadora», lo coherente sería entender que cada ejecución de una tarea ha ido precedida de una previa aceptación y, por ende, se ha perfeccionado (singular y sucesivamente) un contrato. Cada ofrecimiento de un encargo está sometido a las reglas propias del consentimiento voluntario (en algunos casos, el prestador tiene apenas segundos para confirmar su aceptación). Esto es especialmente visible si las ejecuciones de las tareas son muy discontinuas (y espaciadas en el tiempo), pues en tal caso, es claro que cada aceptación implica un número igual de formalizaciones de «compromisos contractuales». Y, en coherencia, no hay motivos convincentes para pensar que esta lógica quiebre si los encargos se desarrollan con una frecuencia mayor para la misma plataforma (ni tampoco si se alternan o simultanean con los prestados para otras).

Y, repárese que una vez aceptado el encargo (y «formalizado» el compromiso), el prestador del servicio «no puede» apartarse del «programa de prestación». En caso contrario, incurriría en un incumplimiento «contractual» de lo acordado, exponiéndose a recibir malas valoraciones o, incluso, a consecuencia de las mismas, puede llegar a ser desactivado temporal o definitivamente. Lo que significa que la voluntariedad (la manifestación del consentimiento) es previa al inicio del encargo y no intrínseca a la ejecución del mismo. Por tanto, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, sería muy discutible que pudiera devaluar la subordinación (en el caso de que concurra).

De hecho, no creo que esta lógica de funcionamiento sea extraña a otras dinámicas de trabajo subordinado «no-digital» o «tradicional». En efecto, si focalizamos la atención estrictamente en la «libertad de aceptación/rechazo de encargos», en el entorno «no-digital» se dan situaciones similares, sin que se cuestione por esta circunstancia la concurrencia del requisito de la dependencia. Así puede establecer «cierto paralelismo», por ejemplo, con ciertas «bolsas de empleo». El sistema de listas y el riesgo a quedar «descolgado» de las mismas (en caso de no aceptar) opera como un poderoso incentivo (en un contexto de escasez de demanda de empleo) para asumir los sucesivos encargos a pesar de su precariedad. Y, en cualquier caso, una vez aceptado el encargo, que-

da perfectamente delimitado el «programa de prestación» (y, por ende, la relación por cuenta ajena si concurren el resto de elementos).

Inciendo sobre otra dimensión de esta «libertad de aceptación/rechazo de encargos» (y, así, tratar de dar luz sobre el planteamiento que sugiero), permítanme que les formule (retóricamente) la siguiente pregunta: ¿negaríamos la existencia del rasgo de la dependencia en una situación (poco realista ciertamente) en la que el trabajador desistiera de su empleo al finalizar cada jornada y el empresario volviera a ofrecérselo al día siguiente y así de forma sucesiva y aunque el trabajador no aceptara en algunos casos? Parece lógico que, en este caso, la identificación de la subordinación debería quedar absolutamente al margen de esta sucesión de «desistimientos-contrataciones».

A la luz de lo expuesto, y volviendo a los servicios prestados a través de plataformas, creo que la libertad del prestador de aceptar o rechazar cada encargo no tiene *ninguna incidencia* sobre el juicio de la subordinación. Al hacerlo, modestamente creo que se están confundiendo los conceptos (y, por ende, alcanzando conclusiones sesgadas).

Por consiguiente, si se acepta que los factores «atomización» y «externalización extrema» no predeterminan *per se* la ausencia de la dependencia ni tampoco la devalúan, para determinar si el servicio se presta en régimen de subordinación, lo oportuno, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, será evaluarlo a partir de los indicios caracterizadores del trabajo por cuenta ajena (sin la «interferencia» de la cuestión relativa a la voluntariedad en la aceptación de cada tarea o encargo).

Precisamente, la evaluación de las eventuales consecuencias y efectos derivados de las valoraciones de los clientes (si las hubiere) y de los datos acumulados por las plataformas sobre el desarrollo de las tareas ejecutadas por los prestadores adquieren, en este estadio (sin olvidar al resto de factores), una importancia destacada. En este sentido, comparo con Davidov que, el hecho de que los prestadores del servicio trabajen sobre la amenaza constante de que la plataforma puede poner fin a la relación, «no sugiere en sí misma subordinación/control» (porque no la distingue *per se* de otras relaciones «comerciales»). Es, precisamente, a partir del uso de las calificaciones otorgadas por los clientes (y eventualmente de otras informaciones recopiladas por las aplicaciones) para monitorizarlos y asegurarse del seguimiento de las normas (o eufemísticas «recomendaciones») fijadas que se creará la subordinación.¹⁵⁹ A mayor

¹⁵⁹ DAVIDOV (2017), p. 12.

abundamiento, para el caso de que la plataforma asigne tareas en función de la puntuación previa (por ejemplo, reservando las más complejas a quienes acumulan una mejor reputación) es un claro síntoma de sujeción al poder de dirección y organización.¹⁶⁰

Además, del mismo modo que en los entornos no digitales, la escasez en la demanda de trabajo diluye la pretendida libertad del prestador del servicio a rechazar los encargos. Y más si la remuneración es reducida y/o la plataforma se reserva la facultad de desactivación en caso de inactividad prolongada (o de no actividad con una determinada frecuencia). Además, la flexibilidad de organización del trabajo que acostumbra a atribuirse como una bondad de esta nueva forma de empleo, puede verse sustancialmente constreñida en caso de que las transacciones se lleven a cabo en zonas geográficas o husos horarios diferentes y/o bien, para el caso de que la remuneración sea tan exigua que el trabajador deba prolongar su jornada de forma intensa.¹⁶¹

160 Véase al respecto, GINÉS I FABRELLAS (2016), p. 17. De hecho, siguiendo a Dagnino (2015, p. 20) «es necesario señalar que en los sistemas de este tipo crearse una posición en el mercado puede implicar una gran dificultad para los que entran por primera vez en él y para los que se dedican a este tipo de trabajo de manera discontinua, en comparación con sujetos que han adquirido, a lo largo del tiempo, una reputación gracias a un número consistente de valoraciones». La cuestión relativa a la portabilidad de las valoraciones, por consiguiente, adquiere una importancia destacada en este entorno. En efecto, en la medida que se augura que entre los trabajadores las rotaciones serán muy frecuentes de una plataforma a otra (“Slashers”, RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, 2017, p. 218) un aspecto esencial a tener en cuenta es la estrecha relación que existe entre las valoraciones que recibe el trabajador y sus condiciones de trabajo y de empleo. Por este motivo, la portabilidad de las evaluaciones y calificaciones de los trabajadores de las plataformas colaborativas (la reputación del profesional) es un aspecto a garantizar y proteger, configurándose como una nueva variable susceptible de amparo (en este sentido también, HUWS *et al.*, 2017, p. 51). Especialmente, porque, como se expone en la CAEEC, «constituyen su valor en el mercado digital», debiéndose facilitar la transferibilidad y acumulación de las mismas «en las diferentes plataformas al tiempo que se respetan las normas relativas a la protección de datos y la privacidad de todas las partes implicadas». El riesgo a prácticas desleales en las evaluaciones en línea y su potencial impacto en las condiciones laborales y de los derechos y, sobre todo, en las posibilidades de mantener y/o conseguir empleo, son aspectos que adquieren una destacada relevancia, y deben exigirse parámetros de transparencia y la necesidad de información a los empleados y el derecho de consulta sobre los «criterios generales utilizados para la elaboración de dichos mecanismos».

161 En efecto, en el modelo de Uber, el incremento de la compensación económica se asocia a mayores cotas de disponibilidad (lo que, unido a la falta limitación del tiempo de trabajo, supondría la recuperación del trabajo a destajo). Trillo Párrega (2017), p. 440. Que, en paralelo, en muchas ocasiones, se traduce en una «volatilización» de la hipotética «facultad/libertad del prestador del servicio de decidir la cantidad de horas de trabajo y el momento de su realización». SERRANO OLIVARES (2017), p. 43.

En paralelo, el hecho de que el entorno propicie las condiciones para una prestación de servicios simultánea en múltiples plataformas poco importa a los efectos de la laboralidad,¹⁶² ni tampoco (como se desprende del caso Levin) que el trabajo eventualmente se preste a tiempo parcial,¹⁶³ temporal (Trojani o Steymann) o discontinuamente (Raulin).

Por otra parte, para el caso de que concurran las notas caracterizadoras del trabajo subordinado, me gustaría hacer las siguientes cinco valoraciones:

- En primer lugar, es claro que esta externalización extrema (y, por ende, la calificación de cada tarea como un encargo con sustantividad y autonomía propia) a través de una «micro/nano-contratación sucesiva» no superaría el juicio de contratación temporal lícita (con las consecuencias que ello acarrea).
- En segundo lugar, se afirma que las particularidades del trabajo de las plataformas (y que ponen en duda la nota de la subordinación) son las siguientes: en primer lugar, la capacidad del trabajador de concretar el momento para ejecutar la prestación; y, en segundo lugar, la facultad de rechazo de las tareas (y, por tanto, el número de ellas). Planteamiento que no comparto. Respecto de la primera, a mi entender, no puede decirse que se trate de una particularidad única de este tipo de entorno, pues como se expondrá posteriormente, el trabajo por cuenta ajena admite configuraciones flexibles sobre el tiempo de trabajo sin que redunde en la devaluación de la nota de subordinación. En relación a la «facultad de rechazo», ciertamente tampoco puede decirse que sea una nota característica exclusiva y/o novedosa de la economía de las plataformas. Lo novedoso con respecto al trabajo «ordinario» o «tradicional» no es que el trabajador «pueda» no dar cumplimiento a los sucesivos requerimientos empresariales (en este caso, la propuesta de cada nueva tarea), sino la decisión de la plataforma de tolerar (en mayor

¹⁶² En contra, MERCADER UGUINA (2017, 3), versión digital: «En las nuevas formas de prestación de servicios, lo propio es el trabajo de dimensión plural desarrollado por un mismo prestador de servicios para varias empresas. No hay, pues, desde luego, trabajos en exclusiva, hasta el punto de que lo propio de estas actividades en la prestación de servicios para una pluralidad de empresas, incluso, del propio sector de actividad. No se trata, por tanto, de una prestación dependiente, sino, antes al contrario, enteramente independiente».

¹⁶³ En términos similares, DAVIDOV (2017), p. 15.

- o menor grado) este tipo de comportamiento. En la relación laboral ordinaria, la nota de voluntariedad «habilita» a todo trabajador a apartarse del programa de prestación (en el extremo, la facultad de abandono o desistimiento puede ejercerse en cualquier instante durante la ejecución de la relación de trabajo). Es obvio que lo que retiene al trabajador a hacerlo es la posibilidad de ser sancionado o, incluso, ver resuelto el contrato. Por consiguiente, y permítanme que lo reitere, a mi entender, lo «verdaderamente particular» (la esencia) de la economía de las plataformas es la voluntaria «pasividad» empresarial a ejercer la facultad sancionadora y/o la facultad resolutoria. Y, en este sentido, como se acaba de exponer, en ocasiones, se trata de una «permisividad meramente contenida» que no conlleva a una renuncia completa de las mismas, pues el rechazo puede acarrear la suspensión temporal o la desconexión definitiva de la plataforma (de ahí la importancia de las reacciones de las plataformas a las valoraciones y los datos acumulados sobre las tareas ejecutadas). Y ello no devalúa la naturaleza subordinada de la relación. Recuérdese que, como se ha expuesto, para la jurisprudencia comunitaria la subordinación viene definida por el poder de dirección y control y por la «capacidad» de sanción (Haralambidis). Y, a su vez, el trabajo con una relación de subordinación se caracteriza por que el empresario determina la elección de la actividad y las condiciones de trabajo y de retribución (Malgorzata Jany). Lo que evidencia que se trata de un concepto, en esencia, orientado hacia la dirección económica.
- En tercer lugar, es posible que se susciten controversias respecto de las causas que motiven la inactividad y sus efectos, y ello impacta en la concreción efectiva de diversas instituciones (entre otras): tiempo de trabajo/periodo de descanso o conciliación, no prestación de servicios por motivos imputables al empresario, suspensión, abandono, desistimiento y despido (por causas disciplinarias y objetivas).¹⁶⁴ Distinción que, pese a la complejidad que eventualmente pueda suscitar, tampoco parece que, en realidad, debilite los rasgos característicos del trabajo por cuenta ajena.

¹⁶⁴ Como apunta DE STEFANO (2016, p. 155), puede suceder que interrupciones del servicio por motivos no imputables al prestador se le acaben imputando por parte del cliente, traduciéndose en una baja evaluación o calificación de sus servicios.

- En cuarto lugar, y muy relacionado con lo anterior, la calificación jurídica del «rechazo» de los encargos, aunque pueda suscitar alguna controversia, a mi entender, puede subsumirse sin problemas en alguna de las categorías jurídicas existentes: puede responder a la necesidad de descanso y, por ende, de seguridad y salud o de conciliación¹⁶⁵ y/o a la mera voluntad de desistimiento o abandono por parte del trabajador (en cuyo caso, el nuevo ofrecimiento de un encargo debería poderse calificar como una nueva contratación). Y, desde la perspectiva empresarial, dependerá de la intensidad con la que el empresario quiera ejercer las facultades que le son propias: puede tolerarlos (y, por ende, sin consecuencias), computarlos como faltas de asistencia o como incumplimientos imputables (de mayor o menor gravedad). De modo que

¹⁶⁵ En este sentido, para los casos en los que las prestaciones estén vinculadas principalmente a resultados (y estrechamente asociadas a la calidad y/o cantidad), a partir de una estimación del número máximo de encargos que pueden realizarse al día/semana/mes/año (o incluso en tiempo real a medida que se van desarrollando) sería relativamente «sencillo» programar el algoritmo (y exigir a las plataformas que lo hicieran) para que, una vez superados estos umbrales, se impidiera la asunción de nuevas tareas y así garantizar el descanso diario, semanal o anual preceptivos. Propuesta ya sugerida por THIBAUT ARANDA (2000, p. 77) con ocasión de su estudio del teletrabajo. Y, en cuanto al «tiempo de guardia» y/o «tiempo a disposición», debe tenerse en cuenta la doctrina de las sentencias de 3 de octubre de 2000 (C303/98), Simap; 9 de septiembre 2003 (C-151/02), Jaeger; 1 de diciembre 2005 (C-14/04), Dellas y otros; 21 de febrero 2018 (C-518/15), Matzak; Autos 11 de enero 2007 (C-437/05), Vorel; y 4 de marzo de 2011 (C-258/10) Grigore. Y, específicamente, respecto de los trabajadores que reciben instrucciones a través de aplicaciones en sus teléfonos móviles (Sentencia de 10 de septiembre 2015, C-266/14, Tyco). Sobre el tiempo de trabajo, como se expondrá posteriormente, resulta especialmente interesante la argumentación de la Sentencia del Employment Tribunal de London de 26 octubre 2016, en el caso *Aslam v. Uber*. No obstante, es interesante tener en cuenta las Conclusiones de la AG en el caso de 26 de julio 2017 (C-518/15), Matzak, cuando afirma que «no debe interpretarse en el sentido de que se extiende automáticamente a los trabajadores que permanecen en situación de disponibilidad y tienen la obligación de responder a llamadas del empresario en un periodo breve de tiempo (sin estar obligados al mismo tiempo a estar presentes físicamente en el establecimiento de dicho empresario), y cuya capacidad de llevar a cabo otras actividades durante ese tiempo puede, por tanto, estar limitada». Por otra parte, comparto con CASAS BAAMONDE (2017, p. 877) que las formas atípicas de empleo [trabajadores 'a la carta', trabajadores a tiempo parcial en empleos marginales, trabajadores en régimen de externalización abierta] no deben difuminar la distinción entre el tiempo de trabajo y el "tiempo otro". Y, para el caso de que se prestaran servicios para más de una plataforma, parece razonable que no se establezcan más reglas que las previstas en los casos de pluriempleo o pluriactividad desarrollados en el entorno «no digital». De hecho, relacionado con los periodos de inactividad, se ha apuntado (Huws *et al.* 2017, p. 51), la necesidad de incluir asignaciones para compensar el tiempo de espera, el tiempo de preparación y el tiempo dedicado a pujar por nuevos trabajos.

el «rechazo» de los encargos, en sí mismo, tampoco creo que diluya la calificación de dependencia. Lo que, reitero, no significa que su concreción jurídica no esté exenta de dificultad.

- Y, en quinto lugar, es obvio que la posibilidad de llevar a cabo «micro o nano tareas» (con los consiguientes micro pagos) y la posibilidad de hacerlo de manera discontinua son particularidades difícilmente replicables fuera del entorno digital. No obstante, a mi entender, más allá de las dificultades de formalización y fiscalización de cada una de ellas (y, sobre todo, de protección social asociada), las dudas de calificación que eventualmente puedan suscitarse no vendrán motivadas por la obsolescencia de los elementos delimitadores «prototípicos» del trabajo por cuenta ajena en este entorno; sino porque en algunos casos (especialmente en los primeros estadios o si son muy discontinuos) se encontrarán en el umbral del trabajo «esporádico» (al tratarse de trabajos «marginales» o a «pequeña escala» - Levin). Calificación que debería ir disipándose a medida que se acumulen encargos en un determinado marco temporal.¹⁶⁶

A mayor abundamiento, el propio concepto de dependencia aplicable a los trabajados que no se desarrollan en plataformas contribuyen a corroborar este enfoque:

- En primer lugar, porque, hoy en día, las organizaciones empresariales, lejos de una sumisión a órdenes estricta (vertical) en la ejecución del trabajo, toman en consideración «las cualificaciones y competencias crecientes, la profesionalidad, la innovación, la iniciativa, la autonomía profesional de los trabajadores como valores en la ejecución del trabajo».¹⁶⁷
- En segundo lugar, y derivado de lo anterior, porque se trata de un rasgo que no solo admite manifestaciones muy atenuadas,¹⁶⁸ sino

166 En este sentido, como se apuntará posteriormente, en función de la calificación jurídica que judicial o normativamente se acabe atribuyendo a estos servicios, en algunos casos, las plataformas podrían tener la tentación de alterar el algoritmo para dificultar que los trabajadores acumulen el número de tareas mínimo para de este modo sus servicios sean calificados como esporádicos.

167 CASAS BAAMONDE (2015), p. 710.

168 De hecho, a nivel interno, en los casos de profesiones liberales, la jurisprudencia (siguiendo a NAVARRO NIETO, 2017, p. 66) entiende que «la nota de la dependencia en el modo

que también posibilita configuraciones flexibles sobre el tiempo de trabajo (horarios, jornada, vacaciones). La propia Directiva 2003/88, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, ya prevé en el art. 17 la posibilidad de los Estados de excepcionar ciertas reglas (arts. 3 a 6, 8 y 16)¹⁶⁹ cuando, a causa de las características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo no tenga una duración medida y/o establecida previamente o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores, y, en particular, cuando se trate de (apdo. a) «personas con poder de decisión autónomo» en el ejercicio de la actividad. A su vez, en el marco del teletrabajo por cuenta ajena dirigido a resultados, el control empresarial de la asistencia o ausencia en determinados momentos (y, por ende, la facultad disciplinaria implícita) pierde su razón de ser y es muy discutible que pueda entenderse que haga desaparecer la nota de la dependencia.¹⁷⁰ Lo mismo podría decirse a nivel interno respecto de la libertad de organización de los tiempos de actividad de los representantes de comercio o de los peritos tasadores.¹⁷¹

- Y, en tercer lugar, porque la flexibilidad del propio concepto de contrato a tiempo parcial, especialmente, en su dimensión vertical, es un factor que contribuye extraordinariamente a debilitar la pretendida atenuación de la «dependencia», por ausencia de una prestación de servicios mínima.

En definitiva, este análisis sugiere que se está produciendo un «falso debate sobre la dependencia o subordinación», de modo que el trabajo través de las plataformas (*offline* y *online*) no predetermina en su génesis una intrínseca (e inevitable) devaluación de este rasgo (amenazando su cognoscibilidad). De modo que, sin negar los desafíos que esta nueva realidad atesora y que afectan a múltiples instituciones jurídico-laborales, entiendo que puede defenderse la no obsolescencia de los rasgos ca-

de la prestación de servicios se encuentra muy atenuada y puede desaparecer del todo, a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan su ejercicio».

¹⁶⁹ Esto es, descanso diario, pausas, descanso semanal, duración máxima del tiempo de trabajo semanal (y los periodos de referencia para su determinación).

¹⁷⁰ En contra, MERCADER UGUINA (2017, 2), p. 97.

¹⁷¹ CALVO GALLEG0 (2017, 1), p. 368.

racterizadores del trabajo asalariado en este entorno. O, dicho de otro modo, *a priori*, este tipo de trabajo en plataforma no contiene una genuina característica que, *per se*, imposibilite (irreversiblemente) que las prestaciones de servicio puedan calificarse como laborales (sin desnaturalizar este concepto) si concurren todos los elementos.¹⁷²

Repárese, además, que si la atomización de tareas y externalización a múltiples prestadores a través de plataforma tecnológica devaluara *per se* la noción de trabajo asalariado, estaría proyectando un incentivo perverso a los sectores tradicionales a reconvertir su modelo de negocio hacia este nuevo entorno, con el único propósito de obtener una ventaja competitiva a través de la devaluación de las condiciones de trabajo. En aquellos modelos basados en servicios de poco valor añadido y en los que se premie la aceptación de encargos por parte de los prestadores habrá motivos muy poderosos para poner en duda la oportunidad (licitud) de esta externalización extrema. En efecto, aquellas plataformas que prestando servicios subyacentes concurren en mercados tradicionales ofreciendo exactamente el mismo servicio, hay motivos para pensar que la atomización y externalización extrema podría no responder a una exigencia derivada del «producto» que ofrecen al mercado (esto es, la búsqueda de una particular «especialización»), sino principalmente al simple propósito de eludir el estatuto protector del prestador.

b. Ajenidad, prestación personal y remunerada

En cuanto a la ajenidad, es discutible (a la luz del caso Ayuntamiento de Sevilla) que las plataformas no asuman riesgo económico alguno (y que, en cambio, este recae principalmente en el prestador del servicio),¹⁷³ especialmente, porque, si bien es cierto que pretenden operar como meras intermediarias (percibiendo un porcentaje de la cantidad total del servicio a pagar por el cliente), no puede decirse que el mantenimiento informático de estas aplicaciones y los costes publicitarios para darlo a conocer no conlleve riesgo alguno; o, dicho de otro modo, los medios que eventualmente tenga que aportar el trabajador son, en comparación, irrisorios

¹⁷² En cambio, un sector de la doctrina entiende que el contrato de trabajo ha quedado «desbordado por la realidad», sugiriendo la revitalización de las tesis «relacionistas» (en contra de las «contractualistas»). MALDONADO MONTOYA (2016), p. 369. Una breve aproximación histórica a esta cuestión en BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ (2008), pp. 357 a 376.

¹⁷³ En este sentido, TRILLO PÁRREGA (2017), p. 433.

(de ahí que sea complejo imaginar que los propios trabajadores puedan articular un instrumento tecnológico de estas características).

A su vez, como se complementará posteriormente en este mismo epígrafe, la ajenidad en los frutos o en la utilidad patrimonial puede inducirse a partir del sistema de remuneración, también está presente sin que la variabilidad en la percepción del salario la desvirtúe. No obstante, se trata de un rasgo que podría tener una escasa relevancia teniendo en cuenta que el empresario podría condicionar la contratación a la asunción de ciertos riesgos (The Queen).

Y, en cuanto a la ajenidad en el mercado, no cabe duda que concurre en tanto que los usuarios solo pueden acceder a los servicios a través de la plataforma (Ayuntamiento de Sevilla);¹⁷⁴ y también debe entenderse así en el caso de que no puede realizar un «lucro específico aleatorio con cada servicio», pues en tal caso, la utilidad patrimonial de su trabajo recaerá en la plataforma.¹⁷⁵

El hecho de que el trabajador aporte determinados medios materiales, e incluso, deba sufragar su mantenimiento (ajenidad en los medios), tampoco debería ser un obstáculo para entender que concurre una ajenidad en los medios de producción, especialmente, siguiendo con Calvo Gallego (2017, 1, pp. 366 y 367), los mismos «no son significativos, importantes y/o fundamentales en la concreta realidad socioeconómica, ni le dotan de una auténtica estructura empresarial» (The Queen). Especialmente porque este tipo de empresas es el componente tecnológico el que determina verdaderamente «la gestión y el control organizativo de la actividad». En definitiva, (siguiendo con Navarro Nieto, 2017, p. 66) la clave se encuentra en si se da más relevancia al dato de la propiedad de las herramientas, o bien, a la «aportación por la empresa contratante de los medios más específicos de instalación técnica». En cualquier caso, al

¹⁷⁴ Planteamiento que es ampliamente compartido por la doctrina. Entre otros, GOERLICH PESET (2016), p. 185. TODOLÍ SIGNES (2017, pp. 234 a 239) parece referirse a este rasgo al referirse a la falta de oportunidades empresariales y la ajenidad de la marca. SERRANO OLIVARES (2017, p. 44), en tanto que «la dependencia aparece fuertemente difuminada», le atribuye una importancia destacada («aparece con total nitidez»), convirtiéndose en «la nota definitoria clave del contrato de trabajo en el nuevo contexto tecnológico».

¹⁷⁵ SERRANO OLIVARES (2017), p. 41. Autora que añade, haciéndose eco del criterio de la Inspección de Trabajo de Cataluña en el caso Uber: «la diferencia entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios no laborales radica en que, en este segundo caso, el contratante asume el servicio, mientras que en el primero solo asume dar su trabajo. Por eso, en aquel (y no en este) ha de encargarse de organizarlo y de poner todos los medios personales y materiales para cumplir con la obligación convenida».

igual que con la ajenidad, se trata de un rasgo que podría tener una relevancia escasa teniendo en cuenta que el empresario podría condicionar la contratación a la aportación de ciertos bienes.

El carácter personalísimo de la prestación también puede suscitar algunas controversias. En primer lugar, porque la «invisibilidad» del trabajador anteriormente expuesta puede dificultar la acreditación fehaciente de la identidad de quien efectivamente presta el servicio (lo que probablemente sugiere que sería recomendable, al menos, una identificación digital certificada —especialmente si se reconoce algún tipo de protección social—).¹⁷⁶ Y, en segundo lugar, porque conocedoras de la importancia de este elemento para la declaración de laboralidad de la prestación, algunas plataformas están reconociendo explícitamente la facultad de los prestadores de los servicios de ser sustituidos antes o después de haber recibido un encargo.¹⁷⁷

En cuanto a la remuneración, debe recordarse que la jurisprudencia comunitaria ha establecido que el carácter reducido de los ingresos no obsta para la existencia de una relación laboral (Genc). Por otra parte, aunque es cierto que algunas plataformas condicionan la percepción de una compensación económica a la satisfacción del cliente¹⁷⁸ y ello podría inducir a pensar que el prestador del servicio efectivamente está asumiendo un riesgo, a mi entender, partiendo de la base de que la falta de pago del salario debido no descalifica la laboralidad (junto con la concurrencia del resto de rasgos indiciarios), la clave se encuentra en la fijación del precio del servicio y el modo de facturación, pues son factores descriptores a su vez de la ajenidad en los frutos o en la utilidad patrimonial (sin olvidar que son factores que ostentan una cierta ambivalencia —y, por ello, deben ser considerados en conjunción con otros elementos—).¹⁷⁹ En todo caso, si la plataforma establece la tarifa del servicio y la

¹⁷⁶ En términos similares, CALVO GALLEGGO (2017, 1), p. 381.

¹⁷⁷ Aunque con suerte dispar. Que tenga constancia, es el caso reciente de Deliveroo. Véase al respecto infra el caso resuelto por el Central Arbitration Committee (CAC), Independent Workers' Union of Great Britain (IWGB) v. RooFoods Limited T/A Deliveroo, en su resolución de 14 de noviembre 2017 (TUR1/985(2016). TUR1/985(2016). Puede consultarse en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/663126/Acceptance_Decision.pdf (última consulta: 25/01/2018). Y, a nivel interno, el caso Deliveroo Madrid.

¹⁷⁸ Véase al respecto, GINÉS I FABRELLAS (2016), pp. 11 y 12.

¹⁷⁹ Como expone NAVARRO NIETO (2017, p. 66), la fijación del precio del servicio por parte de la empresa contratante (o, en este caso, plataforma), a priori, no impide que pueda entenderse que se da una prestación por cuenta propia; y en cuanto a la forma de remun-

cuantía que debe asignarse al prestador del mismo, la capacidad de estos para «influir en el nivel de ganancia (aparte de trabajar más horas) es prácticamente inexistente». En tal caso, no puede decirse que ostenten un «control empresarial» sobre las decisiones comerciales;¹⁸⁰ esto es, un lucro específico.¹⁸¹

En cualquier caso, y para concluir con este epígrafe, en una valoración global de este marco, reiterando la no obsolescencia de los rasgos característicos del trabajo subordinado, a mi entender, el principal desafío se plantea en el extraordinario avance tecnológico y la lentitud para fiscalizar e «institucionalizar» este empleo (sobre todo en términos de protección social). Y es claro que los desajustes persistirán mientras la tecnología que soporta estos procesos no se alinee con la de las plataformas.

IV. Las reacciones normativas y judiciales internacionales y nacionales al fenómeno

El carácter global de las aplicaciones informáticas que prestan servicios subyacentes ha provocado que la controversia sobre la laboralidad de las personas que los ejecutan se haya planteado en diversos países (que tenga constancia, por orden de exposición, Francia, EE.UU., Reino Unido, Brasil, Australia y España). En algunos casos, las reacciones legislativas, por el momento, no se han generalizado (destacando, en particular, el caso francés), siendo las judiciales las más frecuentes. Y el foco de atención se ha puesto especialmente en la empresa Uber (aunque no solo) y, especialmente, en su servicio de UberPop.¹⁸²

neración (fija o por tareas) tampoco es determinante (aunque la primera tiende a aproximar el servicio a la laboralidad y la segunda lo aleja).

¹⁸⁰ DAVIDOV (2017), p. 15. De ahí que, sin compartir lo defendido por Mercader (2017, 3, versión digital), no creo que el hecho de que el abono se efectúe a través de lo que se denomina escrow (o depósito) tenga una incidencia determinante para descartar la existencia de un trabajo subordinado.

¹⁸¹ En términos similares, SERRANO OLIVARES (2017), p. 42.

¹⁸² Y, siguiendo a CALVO GALLEG0 (2017, 1, pp. 339 y 340), «en líneas generales, la posición de los distintos tribunales europeos parece haberse decantado mayoritariamente por imponer la prohibición de esta concreta aplicación cuando es utilizada por conductores sin la pertinente licencia», aludiendo de forma más fácil a la posible competencia desleal. Autor que expone de forma exhaustiva los diversos pronunciamientos que se han dictado en Italia, Alemania, Suecia, Holanda, Francia y Bélgica (pp. 340 a 346). Una aproximación también desde el punto de vista del derecho a la competencia en CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017), pp. 30 a 32.

En el ámbito comunitario, como ya se ha expuesto, el hecho de que la STJUE de 20 de diciembre 2017 (C-434/15), *Élite Taxi*, ha establecido que «Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores», podría inducir a pensar que, a la luz de lo que la jurisprudencia comunitaria identifica como «subordinación», el TJUE podría calificar a los conductores de Uber como trabajadores.

En todo caso, al margen de lo pueda acabar dictaminando el TJUE en el eventual caso de que se le requiera para resolver una controversia, debe advertirse que la diversa tipología de las plataformas y de los servicios que se prestan a través de las mismas hacen «inútil cualquier intento de caracterización conjunta» y, por ello, las conclusiones que se están alcanzado al respecto no son «automáticamente» generalizables,¹⁸³ sino que se debe proceder a un estudio individualizado de cada caso.¹⁸⁴

Veamos, a continuación, una síntesis (como meros apuntes) de los aspectos más destacados de esta «experiencia» comparada e interna. En nuestro país, hasta la fecha, ha sido la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la que ha liderado las actuaciones. Si bien es cierto que todavía no se ha dictado resolución judicial alguna al respecto, debe tenerse en cuenta que, recientemente, el TS ha dictado una sentencia cuyo fundamentación configura una matriz interpretativa que sugiere que podría ser extrapolable a algunos supuestos de la economía de las plataformas.

A. La experiencia comparada (breves apuntes)

1. Reacciones normativas (Francia)

La legislación francesa, al prever la «responsabilidad social de las plataformas» y la creación del concepto de «trabajador independiente» (arts. L7342-1 a L7342-6 del Code du Travail) ha tratado de dar respuesta al

¹⁸³ CALVO GALLEGOS (2017, 1), p. 371.

¹⁸⁴ De hecho, como se ha apuntado con acierto «la calificación jurídica puede variar en función de si existe un botón para que el colaborador rechace el servicio enviado por la plataforma. De si hay un apartado para que el usuario final califique el servicio prestado. O de si la plataforma almacena en sus servidores determinados datos para actualizar o modificar los precios del servicio». SALGUERO (2017), versión digital.

fenómeno del trabajo en la economía de las plataformas. En concreto, el concepto de trabajador independiente se aplica en aquellas situaciones en las que la plataforma determina las características del servicio prestado o del bien vendido y fija su precio, siempre que el volumen de negocio logrado por el trabajador por sus servicios no esté por debajo de ciertos umbrales (cuya concreción viene fijada por decreto).¹⁸⁵

En la medida en que la responsabilidad social de la empresa consiste, en esencia, en el acceso a la cobertura de accidentes de trabajo y a la formación profesional, debe entenderse que se presume el carácter no laboral de estos trabajadores,¹⁸⁶ suscitándose la duda si esta calificación está completamente vedada (aunque se alcancen un determinado volumen de encargos).¹⁸⁷ A su vez, no debe olvidarse que por debajo de ciertos umbrales no existe protección alguna.¹⁸⁸

Al margen de la reacción legislativa francesa, es de esperar que se adopten nuevas iniciativas legislativas al respecto en un futuro no muy lejano, al menos, que tenga constancia, en Alemania¹⁸⁹ y Bélgica.¹⁹⁰ En

185 Décret n° 2017-774 du 4 mai 2017 relatif à la responsabilité sociale des plateformes de mise en relation par voie électronique.

186 Una valoración crítica respecto a esta presunción en SERRANO OLIVARES (2017), pp. 36 y 37.

187 Siguiendo la exposición de SIERRA BENÍTEZ (2017, p. 155), en Suiza se ha establecido que las empresas que prestan servicios de taxi a través de aplicaciones deben considerarse como empleadoras y deben abonar cotizaciones a la seguridad social.

188 Extensamente SIERRA BENÍTEZ (2017), p. 154 y ss.; SERRANO OLIVARES (2017), p. 36 y ss.; y AGOTE EGUIZABAL (2016), versión digital.

189 En efecto, el «informe sobre la digitalización publicado de forma conjunta por el Ministerio de Economía, el Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Justicia en junio de 2017 (Bundesministerium für Wirtschaft 2017) señala que será prioritario cerrar esta laguna reguladora, no solo para proteger a los trabajadores, sino también para que las empresas del sector no se vean expuestas a una competencia desleal». (2017). «Informe sobre la Evolución del Mercado laboral en octubre de 2017 (en Alemania)», *Revista Actualidad Internacional Sociolaboral* n.º 217. Puede consultarse en: <http://www.empleo.gob.es/es/mundo/Revista/Revista217/84.pdf>

190 En este país, el 4 de octubre de 2017, el Consejo Nacional del Trabajo y el Consejo Central de la Economía publicaron un informe sobre digitalización y economía colaborativa en el que se realiza un diagnóstico inicial de las consecuencias de ambos fenómenos, en el que se contienen las primeras observaciones de los interlocutores sociales sobre el fenómeno de la digitalización y la economía colaborativa y sus consecuencias. (2017), «Informe sobre Relaciones Laborales (Bélgica)», *Revista Actualidad Internacional Sociolaboral* n.º 217. Puede consultarse en: <http://www.empleo.gob.es/es/mundo/Revista/Revista217/148.pdf> (última consulta: 25/01/2018)

otros Estados Europeos, los interlocutores sociales están adoptando iniciativas muy sugerentes.¹⁹¹

2. Reacciones judiciales (EE.UU., Reino Unido, Francia, Brasil y Australia)

En cuanto a las reacciones judiciales, por lo general, puede afirmarse que, hasta la fecha, están siguiendo un patrón de análisis común a partir del estudio de las notas de laboralidad. Al respecto, la libertad del oferente para aceptar los encargos, que pueda ser sustituido por otro prestador o que el conductor tenga que aportar y ser el titular de los medios materiales para la prestación del servicio y sufragar su mantenimiento, han recibido una calificación (administrativa y judicial) dispar.¹⁹²

Entre los pronunciamientos e intervenciones administrativas que han reconocido la condición de trabajador subordinado, destaca, en los EE.UU., la resolución Tribunal de Distrito para el Distrito del Norte de California, de 11 de marzo 2015, en el caso *O'Connor v. Uber Technologies, Inc.*¹⁹³ En este caso, y proyectando una eventual resolución del TJUE al respecto a partir del caso *Élite Taxi*, repárese que el punto de partida es la negativa a considerar a Uber como una empresa tecnológica y sí como una de transporte. A continuación, a partir de elementos como el control de la empresa (sobre la cualificación y selección de los conductores) y un test de realidades económicas («economic-realities» test)¹⁹⁴ a partir de los siguientes factores (que «no deben considerarse de forma aislada»): «1) Hasta qué punto el trabajo desarrollado es una parte esencial del negocio del empresario; 2) La oportunidad del trabajador para

¹⁹¹ Véase una síntesis de las mismas en Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 15 de diciembre 2017 sobre «Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo» (2017/C 434/05). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017AE1866&from=ES>

¹⁹² Esta exposición puede complementarse con la exhaustiva descripción de los casos en EE.UU., Reino Unido y Francia en CALVO GALLEG0 (2017, 1), p. 366 y ss.

¹⁹³ N.º C-13-3826 EMC. Puede consultarse el texto en: <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1935&context=historical> (última consulta: 25/01/2018). En este sentido, comparto con CALVO GALLEG0 (2017, 1, nota 671, pp. 364 y 365) que, respecto de los casos norteamericanos, no deben ser la clave para la resolución del caso a nivel interno, aunque sí pueden ser indicativos de la escasa trascendencia de la aportación del vehículo cuando se está sometido al control por parte del empleador.

¹⁹⁴ Siguiendo la exposición de MERCADER UGUINA (2017, 2), pp. 101 y 102.

obtener beneficios o pérdidas en función de sus competencias directivas; 3) Las inversiones del empresario y del trabajador; 4) Si el trabajo desarrollado requiere habilidades especiales e iniciativa; 5) La permanencia de la relación; y 6) El grado de control ejercido o empleado por el empresario». ¹⁹⁵

En el Reino Unido (siguiendo una secuencia cronológica) se han dictado diversas resoluciones declarando la condición de *workers* a los prestadores de servicios a través de plataformas. La Sentencia del Employment Tribunal of London de 28 de octubre 2016, en el caso *Aslam v. Uber*, ¹⁹⁶ es interesante, no solo porque (a partir de los elementos «clásicos» ¹⁹⁷) alcanza esta calificación, sino porque también incide sobre la controvertida cuestión sobre el tiempo de trabajo. Respecto de la primera cuestión, el Tribunal estima que desde que la aplicación está encendida se encuentra dentro del territorio en el que el conductor está autorizado para trabajar y está disponible para aceptar encargos, puede afirmarse que, siempre que se den estas condiciones, puede calificarse

¹⁹⁵ Y, en términos similares, se ha pronunciado el mismo tribunal con ocasión del caso *Cotter v. Lyft*, de 11 de marzo 2015 (n.º 13-cv-04065-VC). Puede consultarse el texto en: http://adapt.it/adapt-indice-a-z/wp-content/uploads/2015/06/Cotter_Lyft.pdf (última consulta: 25/01/2018); y en el caso *Berwick v. Uber Technologies Inc. And Raiser*, la California Labor Commissioner en su resolución de 16 de junio 2015, denegó la calificación de autónoma a una conductora. Puede consultarse el texto en <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=historical> (última consulta: 25/01/2018). Un exhaustivo análisis del caso y de las Directrices de la Wage and Hour Division del US Department of Labor sobre cuáles deben ser los estándares para identificar a trabajadores mal encuadrados como autónomos, en GUTIÉRREZ ARRANZ (2016) versión digital; y también en MERCADER UGUINA (2017, 2), p. 99 y ss. Una exposición de otras resoluciones efectuadas por autoridades administrativas norteamericanas, alcanzado, la misma calificación a partir del mismo test de realidades económicas, en MERCADER UGUINA (2017, 2), pp. 102 y 103; y CALVO GALLEG0 (2017, 1), pp. 365 y 366. Y una aproximación al estado de la cuestión en EEUU en DAVIDOV (2017), p. 9.

¹⁹⁶ N.º 2202550/2015. Puede consultarse la resolución en: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf> (última consulta: 25/01/2018). Un análisis al respecto en, ROJO TORRECILLA (2016), versión digital.

¹⁹⁷ En efecto, tras afirmar que es una noción ridícula para nuestras mentes afirmar que Uber Londres es un mosaico de 30.000 pequeños negocios ligados por una plataforma común, entiende que concurre la dependencia porque los conductores solo trabajan para Uber (que los recluta y los retiene), esta es la que determina los viajes y rutas exigiéndoles, bajo pena de sanción, aceptar y no cancelar los viajes (manteniendo el derecho a cambiar las condiciones de forma unilateral). En cuanto a la ajenidad, fija los honorarios (que no son negociables) y asume el riesgo en caso de impago de los clientes e intermedia para que el servicio de transporte llegue al mercado/consumidor final. Véase sobre este caso, entre otros, MERCADER UGUINA (2017, 2), pp. 104 a 106; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2017, 1), p. 289; TRILLO PÁRREGA (2017), pp. 438 y 439; y SIERRA BENÍTEZ (2015, 1), pp. 252 y 253.

como un trabajador. Y, en cuanto al tiempo de trabajo, entiende que empieza tan pronto como el conductor está en el territorio, tiene la aplicación conectada y está listo y dispuesto a aceptar encargos viajes; y termina tan pronto como una o algunas de estas condiciones dejan de cumplirse. Resolución que ha sido confirmada por el Employment Appeal Tribunal, en una resolución de 10 de noviembre 2017.¹⁹⁸

Y, el mismo Employment Tribunal of London, en el caso *Ms M Dewhurst v. Citysprint UK Ltd.*,¹⁹⁹ en la Sentencia de 5 de enero de 2017, ha declarado que una *riders* (mensajera) también debe ser calificada como «*worker*».²⁰⁰ El interés de este caso, entre otros motivos, radica en la controversia sobre el carácter personalísimo o no de la prestación del trabajador. En concreto, ante el argumento de la empresa de que su prestación puede ser sustituida por otra persona por decisión del propio *riders*, el Tribunal puntualiza que, si bien es cierto que en determinadas circunstancias los conductores de furgonetas y ayudantes pueden ser sustituidos, en realidad, no parece que esto se admita en el caso de los *riders*. Y, si bien no puede afirmar si los conductores de furgonetas y ayudantes son trabajadores, entiende que su calificación no niega la condición de trabajadores de los *riders*. Añadiendo que, en cualquier caso, todo el mundo, incluso un empleado, puede —en lo inesperado de las circunstancias— pedir a alguien que le ayude, pero eso no cambia la naturaleza fundamental de la relación de trabajo. En opinión del Tribunal, la prueba legal no es si hay una cláusula de sustitución válida, sino si el demandante fue contratado personalmente para llevar a cabo el trabajo.

Finalmente, en una resolución de 10 de febrero 2017, la división civil del Court of Appeal, en el caso *Pimlico Plumbers Ltd & Anor v Smith*²⁰¹ ha declarado que un fontanero a domicilio también debía calificarse

¹⁹⁸ Appeal N.º UKEAT/0056/17/DA. Puede consultarse el texto en https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a046b06e5274a0ee5a1f171/Uber_B.V._and_Others_v_Mr_Y_Aslam_and_Others_UKEAT_0056_17_DA.pdf (última consulta: 25/01/2018).

¹⁹⁹ ET/220512/2016. Puede consultarse en: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Link/Document/Blob/l8a926728d7e211e698dc8b09b4f043e0.pdf?targetType=PLC-multimedia&originationContext=document&transitionType=DocumentImage&uniqueId=02189bc9-5059-4f2b-95ad-cdb88eb88bff&contextData=\(sc.Default\)&comp=pluk](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Link/Document/Blob/l8a926728d7e211e698dc8b09b4f043e0.pdf?targetType=PLC-multimedia&originationContext=document&transitionType=DocumentImage&uniqueId=02189bc9-5059-4f2b-95ad-cdb88eb88bff&contextData=(sc.Default)&comp=pluk) (última consulta: 25/01/2018).

²⁰⁰ Un comentario al respecto en ROJO TORRECILLA (2017, 4), versión digital

²⁰¹ [2017] EWCA Civ 51. Puede consultarse el texto en este enlace: [http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=ew/cases/EWCA/Civ/2017/51.html&query=\(pimlico\)+AND+\(plumbers\)](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=ew/cases/EWCA/Civ/2017/51.html&query=(pimlico)+AND+(plumbers)) (última consulta: 25/01/2018).

como *worker*, en términos del derecho al salario mínimo y derechos vinculados al tiempo de trabajo (como en los casos anteriores).²⁰²

En Brasil²⁰³ también se ha reconocido el vínculo laboral entre un conductor y Uber, entre otros motivos porque la empresa «ejercía, en realidad, poder y control sobre la forma de prestación de los servicios, pues el suministro de “caramelitos”, agua, la manera de vestir o comportarse, a pesar de no ser formalmente obligatorios, eran esenciales para que el trabajador consiga buenas evaluaciones y permanezca “colaborador” de la reclamada, con autorización de acceso a la plataforma». Añadiendo, además, que la compañía utiliza medios directos de control dado que los conductores «no pueden entregarle tarjeta al cliente dentro del coche, que ello implica en falta grave con sanción de bloqueo; [...] que caso el pasajero comunicara alguna conducta grave por parte del conductor, ese tendría bloqueada la plataforma; que confirmada la falta, el conductor sería bloqueado». Otro aspecto a destacar de este control es que, a través de un algoritmo, la compañía establece que el rechazo de diversos encargos conllevaba el bloqueo del trabajador durante un cierto tiempo e incluso si la tasa de aceptación es inferior al 80 % se establecen bloqueos progresivos desde 10 minutos a 12 horas.

En Francia, en cambio, se han dado resoluciones en los dos sentidos. Así, la Cour d’appel de Paris, en una Sentencia de 13 de diciembre 2017, desestimando el recurso impuesto por la empresa LeCab contra la resolución del Conseil de Prud’hommes de Paris ha declarado la naturaleza laboral de un conductor que estaba dado de alta como autónomo.²⁰⁴ En concreto, entiende que el conductor estaba sometido a un único empleador y que, además, «no tenía influencia ni poder de decisión sobre la política tarifaria que se le imponía», debiendo trabajar «solo con los medios técnicos que se le habían proporcionado [...], no tenía control de los inter-

²⁰² Extensamente sobre las implicaciones de estos tres casos en FREEDLAND, M. (2017). «Employees, workers and the ‘sharing economy’ Changing practices and changing concepts in The United Kingdom», *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, n.º 6, p. 25 y ss.

²⁰³ Sintetizando, al respecto, la exposición del caso por parte de LEME, C. (2017). El «Tribunal de Brasil condena a UBER a reconocer derechos labores a sus conductores. Comentario a la Sentencia». En Blog de Adrián Todolí, <https://adriantodoli.com/2017/02/23/tribunal-de-brasil-condena-a-uber-a-reconocer-derechos-labores-a-sus-conductores-comentario-a-la-sentencia/> (última consulta: 25/01/2018).

²⁰⁴ En este caso, no ha sido posible acceder al texto de la sentencia (las noticias sobre el tema son numerosas y la síntesis de su contenido se ha extraído de la literalidad de la fundamentación que se recoge en las mismas).

valos de tiempo de actividad y era parte integral de un servicio organizado bajo el nombre de LeCab sin una iniciativa real de él». La resolución entiende que la empresa no tenía «otro propósito que crear artificialmente una apariencia de colaboración entre una empresa proveedora de servicios y un trabajador por cuenta propia y, en última instancia, disfrazar la realidad que, por el contrario, lleva a una relación laboral asalariada».

No obstante, también se han dado casos en los que los tribunales han negado el reconocimiento de la condición de trabajadores.

Así, en Francia también, la Cour d'appel de Paris, en una Sentencia de 20 de abril 2017,²⁰⁵ ha declarado que los *riders* de la plataforma Take Eat Easy no pueden calificarse como trabajadores porque, en esencia, el proveedor del servicio se limita a aportar una caja isotérmica, el mensajero tiene una amplia libertad para escoger cuándo quiere trabajar (sin necesidad de aportar justificación alguna) y la existencia de advertencias (*strikes*) en función del desarrollo de la prestación, aunque a primera vista podría sugerir la existencia de un poder sancionador, este hecho no es suficiente para caracterizar la relación de subordinación. Y, en términos similares la Cour d'appel de París, en una Sentencia de 9 de noviembre 2017,²⁰⁶ también ha alcanzado similar resolución con respecto a Deliveroo.

Con relación a Uber (y en términos similares a un pronunciamiento anterior), el Conseil de Prud'hommes de Paris, en resolución de 1 de febrero 2018,²⁰⁷ Florian Ménard vs. SAS Uber France, Uber B V, también ha denegado la condición asalariada a un conductor porque «Se ha demostrado que la compañía Uber no realiza ningún control de tiempo» y porque «no tienen obligación de presencia o tiempo de conexión». Además, el conductor, propietario del vehículo, «era libre de trabajar según los horarios y los días que le convenían»; y no está bajo una obligación de presencia o duración de conexión, pudiendo desconectarse cuando lo estime conveniente. De modo que «Esta libertad total en la organización del Sr. Ménard ya impide el reconocimiento de un contrato de trabajo».

205 S 17/00511. Puede consultarse el texto en <http://www.gov-up.com/wp-content/uploads/2017/07/TEE-CA-Paris-Ruling-of-April-20-2017.pdf> (última consulta: 25/01/2018).

206 n° 16/12875. Puede accederse a la resolución en este enlace: <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2017/C125532D4DDC78DA11AE2> (última consulta: 25/01/2018). Un comentario al respecto en ROJO TORRECILLA (2017, 4); y MERCADER UGUINA (2017, 3), versión digital.

207 N.º RG: F 16/11460. Puede accederse a una versión inglesa de esta resolución en este enlace: <http://www.diritto-lavoro.com/wp-content/uploads/2018/02/sentenza-del-29-gennaio-2018.pdf> (última consulta: 26/02/2018).

En Australia, en el caso *Mr Michail Kaseris v Rasier Pacific V.O.F.*, ante la reclamación por despido de un conductor derivada de su desactivación de la plataforma a consecuencia de una valoración baja, la Fair Work Commission (FWC), en su Decisión de 21 de diciembre 2017,²⁰⁸ ha declarado que no deben calificarse como «trabajadores». Especialmente, entre otros motivos, porque el conductor tiene pleno control sobre la forma en que quiere prestar el servicio y porque debe aportar su propio vehículo, teléfono inteligente y plan de datos inalámbrico. Y entiende que, sin estos, no podría proporcionar servicios de transporte del tipo que proporcionó; añadiendo que asumió plenamente el coste del seguro del coche y tampoco llevaba un uniforme ni ningún distintivo de la compañía. Por otra parte, aunque la plataforma establece las tarifas, incluidos los honorarios mínimos por viaje y el aumento de precios, en opinión de la FWC no son factores «abrumadoramente fuertes».

Volviendo a Reino Unido, en el caso *Independent Workers' Union of Great Britain (IWGB) v. RooFoods Limited T/A Deliveroo*, el Central Arbitration Committee (CAC), en su resolución 14 de noviembre 2017,²⁰⁹ se ha vuelto a incidir sobre el carácter personalísimo de la prestación a partir de una reclamación colectiva sindical.²¹⁰ En este caso, a resultas de los cambios contractuales por parte de Deliveroo, permitiendo las sustituciones de los *riders* antes o después de haber aceptado un encargo, el CAC ha fallado en contra de la laboralidad porque esta facultad de sustitución establece una dificultad central e insuperable para reconocer la condición de trabajador. A su vez, la cuestión relativa al uniforme o los logos de la aplicación también adquiere una importancia relevante para negar la laboralidad.

En definitiva, a la luz de esta breve síntesis, más allá del recurso a parámetros indiciarios similares, es claro que, en la concreción de los mismos (y su evaluación), la experiencia comparada no está describiendo una línea de tendencia unificada que pueda emplearse como modelo.

²⁰⁸ [2017] FWC 6610. Puede accederse a la resolución en este enlace: <https://www.fwc.gov.au/documents/decisionssigned/html/2017fwc6610.htm> (última consulta: 25/01/2018).

²⁰⁹ TUR1/985(2016). Puede consultarse en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/663126/Acceptance_Decision.pdf (última consulta: 25/01/2018).

²¹⁰ Un comentario al respecto en ROJO TORRECILLA (2017, 4).

B. El caso español

1. Matriz normativa y acervo jurisprudencial para la resolución judicial de un eventual conflicto

Los vectores normativos sobre los que gravita la controversia sobre la laboralidad o no de los servicios prestados a través de una plataforma, a grandes rasgos, son los siguientes: art. 1.1 ET, art. 1.1 Ley 20/2007, arts. 1.3.d) y 8.1 ET y arts. 137.a) y 305 LGSS.

Hasta la fecha, la conflictividad sobre esta cuestión no ha alcanzado a los órganos judiciales. No obstante, es previsible que se susciten controversias a la hora de delimitar los servicios entre pares, el trabajo esporádico, el trabajo por cuenta ajena, por cuenta propia y el autónomo subordinado.

Con relación al trabajo entre pares, como expone Rodríguez-Piñero Royo (2017, p. 212), las figuras de los servicios a título de amistad, benevolencia y buena vecindad, serían los más cercanos a este fenómeno (y, en particular, los benévolo —debiéndose descartar, por las limitaciones propias de la exigencia de parentesco, los familiares—). Aun así, en tanto que son figuras que quedan excluidas del Derecho del Trabajo, comparo con el citado autor que no pueden erigirse como válidas para ordenar la actividad de colaboración entre particulares. Tampoco parece —siguiendo con su exposición— que pudiera extenderse el trabajo asalariado a esta tipología de servicios, pues aunque pudiera existir algún tipo de «contraprestación por valor equivalente», la ausencia de dependencia y profesionalidad lo dificultaría.²¹¹ En paralelo, también se han apuntado (Serrano Olivares, 2017, pp. 26 y 27) dificultades para el caso de que el servicio no sea remunerado, lo sea en especie, o bien responda a la compensación por los costes o gastos realizados, pues la distinción con respecto al voluntariado resultará particularmente compleja. En este sentido, la citada autora, siguiendo el planteamiento de Ginès y Gálvez, apunta que los servicios prestados a sujetos que no sean entidades de voluntariado y en actividades económicas con ánimo de lucro no pueden calificarse como servicios voluntarios (ni tampoco como trabajo a título de amistad, benevolencia o buena vecindad).

²¹¹ Véase al respecto también CALVO GALLEG0 (2017, 3), versión digital; y GINÉS Y GÁLVEZ (2016), p. 30 y ss.

En cuanto al concepto de trabajo por cuenta ajena, el carácter expansivo y de delimitación flexible del concepto comunitario de «trabajador» anteriormente expuesto tiene un grado de convergencia notable con los vectores caracterizadores de la definición interna. De ahí que, siguiendo con Molina Navarrete,²¹² dicho acervo jurisprudencial haya pasado relativamente desapercibido. Por otra parte, si bien es cierto, como apunta el citado autor, la jurisprudencia interna ha optado por una delimitación con fronteras «mucho más móviles» al extenderlo al caso de los «mensajeros»²¹³ y «tertulianos»,²¹⁴ no cabe olvidar que podría darse una falta de sintonía entre las exclusiones del art. 1.3 ET y las situaciones en las que la norma interna responda «a los mandatos de trasposición de las normas comunitarias»; o, incluso, entre el concepto de TRADE y trabajador autónomo, a la luz de lo expuesto con anterioridad.²¹⁵

En cualquier caso, siguiendo a Navarro Nieto,²¹⁶ los conceptos de dependencia y ajenidad han experimentado una notable flexibilización (a partir de una «jurisprudencia de indicios»),²¹⁷ erigiéndose en factores expansivos de la laboralidad frente a opciones legislativas que trataban de contenerla (lo que, como efecto colateral, ha llevado a difuminar las nitidez de las líneas divisorias, moviéndose las soluciones en un «puro casuismo» que «impide dar fiabilidad jurídica» a esta metodología delimitadora).²¹⁸ El principio de realidad y la necesidad de atender a la totalidad

²¹² MOLINA NAVARRETE (2017, 2), pp. 135 a 138.

²¹³ STS de 28 de febrero 1986 (n.º 263).

²¹⁴ STS de 19 de febrero 2014 (rec. 3205/2012).

²¹⁵ Al respecto también, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (2017, 1), p. 65.

²¹⁶ NAVARRO NIETO (2017), pp. 63 y 64.

²¹⁷ O, en términos de CASAS BAAMONDE (2017, p. 872), «indicios específicos»; y en los de Goldín (2017, p. 981), «haz de indicios» – «antes técnica de excepción, ahora requerida de modo cada vez más frecuente». Siguiendo a CASAS BAAMONDE (2017, p. 872) estos indicios, son: «la realización del trabajo bajo las instrucciones y control de un tercero (dependencia o subordinación); la integración del trabajador en la organización de la empresa; el aprovechamiento del beneficio del trabajo única o principalmente por el tercero (ajenidad en la utilidad patrimonial del trabajo); la prestación personal por el trabajador; la realización en un horario y lugar determinado; cierta duración y continuidad; la disponibilidad del trabajador o suministro de herramientas, maquinaria u materiales por el empleador; la retribución periódica al trabajador; también en especie, constitutiva de su única y principal fuente de ingresos; los derechos del trabajador al descanso y a las vacaciones anuales retribuidas; el pago por quien solicita el trabajo de los viajes del trabajador para ejecutar su trabajo; la inexistencia de riesgos financieros para el trabajador».

²¹⁸ Véase al respecto también, entre otros, SIERRA BENÍTEZ (2015, 2) p. 12; y GUTIÉRREZ ARRANZ (2016), versión digital.

de las circunstancias concurrentes en el caso y de llevar a cabo una «proyección acumulada de indicios» son derivadas inevitables de esta conceptualización; compartiendo con el citado autor que debe exigirse una valoración rigurosa, so pena de «desnaturalizar absolutamente el contrato de trabajo».

Teniendo en cuenta estos elementos, creo que un buen punto de partida del análisis debe ser el recordatorio de la *vis atractiva* que se induce de la presunción de laboralidad del art. 8.1 del ET.

A partir de esta referencia, la jurisprudencia (por todas, recogiendo el acervo jurisprudencial al respecto, STS de 16 de noviembre 2017, rec. 2806/2015), adoptando una concepción amplia de las notas de dependencia y ajenidad en función de los servicios prestados, ha establecido que los criterios a seguir para determinar si existe o no relación laboral son los siguientes (en una extensa cita pero particularmente ilustrativa):

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

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

Cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo, nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.

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

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

actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

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

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

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

Aproximación a la que, entre otros, podrían añadirse (a modo de simples notas) los siguientes elementos relevantes a la luz de lo expuesto hasta ahora: en relación al carácter personal, la laboralidad no queda automáticamente desnaturalizada si acontece una sustitución ocasional.²¹⁹ Ni tampoco, con relación a la ajenidad, si se condiciona una deter-

²¹⁹ STS de 25 enero de 2000 (rec. 582/1999): «a pesar de los caracteres de libertad de horario y de sustitución esporádica por familiares, razonando con pleno acierto 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 lo previsto en el art. 1.1 ET el contrato tendrá índole laboral cualquiera

minada percepción salarial a que efectivamente el cliente abone la cantidad adeudada (compartiendo el trabajador, por ende, ciertos riesgos con el empresario);²²⁰ ni si el trabajador es propietario de ciertos medios de producción.²²¹

De forma colateral (pues exigen la previa calificación de laboralidad), téngase en cuenta posibles ámbitos de ilicitud, pues el modelo se asemejaría a los denominados contratos de cero horas²²² y si los encargos se articulan como servicios «acotados en el tiempo», la causa de temporalidad podría verse seriamente comprometida.

Hasta la fecha, salvo error u omisión, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es la única que ha tomado la iniciativa sobre la controversia descrita, entendiendo (a mi entender con acierto) que concurrían elementos suficientes para declarar el carácter laboral de los trabajadores de Uber y Deliveroo.²²³ No obstante, como ha expuesto Rojo Torrecilla,²²⁴ con relación a esta cuestión (y como referente) puede establecerse un cierto paralelismo entre estos casos y la doctrina de la STS de 28 de febrero 1986 (n.º 263) sobre los mensajeros.

No obstante, como se ha avanzado, también es interesante tener en cuenta que en la citada STS de 16 de noviembre 2017 (rec. 2806/2015), a propósito de los servicios de traducción e interpretación ofrecidos por una empresa a demanda de la Policía, la Guardia Civil y los Juzgados, a través de trabajadores autónomos, el Alto Tribunal podría estar avanzando la doctrina jurisprudencial a seguir en los servicios subyacentes pres-

que sea el nombre que los contratos le dieran». Y la inclusión de cláusulas que posibiliten la sustitución de trabajador tampoco lo hacen si no se prueba que se les ha dado efectividad (entre otras, 22 de enero 2001, rec. 1860/2000).

220 STS de 7 de octubre 2009 (rec. 4169/2008).

221 STS de 19 de julio 2002 (rec. 2869/2001).

222 De hecho, la doctrina anglosajona ha entendido que el trabajo a través de ciertas plataformas no deja de describir una modalidad de contrato de cero horas: «The use of algorithms to effect sometimes extremely short-term zero-hours contracts might thus be the most extreme instantiation of the phenomenon (yet); but it should not be seen as in any meaningful way analytically or legally distinct». Freedland (2017), p. 20. En términos similares, SERRANO OLIVARES (2017), p. 45. Una aproximación sobre esta tipología de contratos del Reino Unido aprobada por el Employment Rights Act 1996 en, Núñez-Cortés Contreras (2017), pp. 165 a 168.

223 A su vez, también debe mencionarse que el Sindicato UGT a finales de 2017 denunció a la Dirección General de Trabajo la relación laboral de los riders de Deliveroo, Glovo, Uber eats y Stuart.

224 ROJO TORRECILLA, E. (2017, 6), versión digital.

tados a través de plataformas. Especialmente porque, aunque no se emplee una plataforma informática para transmitir los encargos (se hace telefónicamente, pero los localiza geográficamente por proximidad a través de una aplicación informática), ni el uso de medios propios para acudir al servicio, ni la falta de horario fijo, ni la prestación de servicios a tiempo parcial, ni el hecho de que la empresa no facilitara medios al trabajador (en tanto que la actividad descansa en el elemento personal), ni la posibilidad de sustitución esporádica por familiares, ni tampoco la posibilidad del intérprete de rechazar los encargos impiden que pueda calificarse la relación como laboral. Añadiendo que «aunque parece que el intérprete goza de gran libertad a la hora de acudir o no a prestar sus servicios, es lo cierto que, dada la relación establecida entre las partes, si no acude, corre el riesgo de que no se le vuelva a llamar». Finalmente, en opinión del TS, contribuyen a la calificación de laboralidad, por un lado, el hecho de que la remuneración sea fija y periódica y determinada por la empresa en proporción con la actividad prestada; y, por otro, la falta de estructura empresarial e inserción en la organización de trabajo de la empresa.

A continuación, teniendo en cuenta la matriz que se acaba de describir y, muy particularmente, este último pronunciamiento, se expondrán los detalles de la fundamentación esgrimida por la Inspección de Trabajo en los casos Uber (Barcelona) y Deliveroo (Valencia y Madrid) —prestándose mayor atención a estos últimos, dado su carácter más reciente—.

2. El caso Uber (Barcelona)

Respecto de los primeros²²⁵ (sin que, hasta la fecha, se hayan propuesto sanciones), a raíz de la denuncia de diversas organizaciones de taxistas de Barcelona, el Informe de la Inspección de Trabajo de Cataluña de 9 de marzo 2015 concluye que los conductores de Uber Systems Spain son trabajadores por cuenta ajena y no autónomos. Los principales argumentos para alcanzar esta conclusión son los siguientes: el hecho de que el trabajo de los conductores forme parte esencial del tráfico mercantil de la empresa, la ausencia de cualquier tipo de organización empresarial de los conductores, el proceso de selección y la

²²⁵ Informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con la calificación de los conductores de Uber Systems Spain, S.L. (exp. n.º 8/0025767/14), de 9 de marzo de 2015.

necesidad de superar determinados requisitos para quedar registrados en la aplicación informática, la transmisión de instrucciones y directrices de trabajo y el control constante de su labor a través de encuestas y valoraciones de satisfacción. La libertad de horario y la posibilidad de escoger el momento y la duración de su prestación queda limitado por el sistema de productividad fijado por incentivos, descritos a partir del interés de la empresa, que también establece una prestación de servicios mínima (previéndose la desconexión en caso de que no se alcance) o el envío de mensajes para el caso de que el trabajador no se conecte. El hecho de que Uber facilitara a los conductores los móviles, el entendimiento de que el verdadero medio de producción es la aplicación (y no los vehículos), el sistema de cobro de los servicios (y de posterior abono a los conductores) son los factores que, juntamente con el sistema de retribución, llevan a la Inspección de Trabajo a calificar la relación como laboral.²²⁶

3. El caso Deliveroo (Valencia y Madrid)

En cuanto a Deliveroo, han sido los propios riders los que, tras una denuncia, han propiciado la intervención de la Inspección de Trabajo de Valencia y la posterior imposición de una sanción a la empresa, al entender que concurrían las notas de laboralidad (negando la validez de su adscripción al régimen de autónomos).²²⁷ Circunstancia que también se ha producido en Madrid. Aunque los modelos de negocio y las plataformas no son coincidentes, los motivos para alcanzar esta conclusión son similares a los descritos en el caso de Uber.

En efecto, respecto del caso de Valencia, partiendo del principio de realidad y de la vis atractiva ex art. 8.1 del ET en caso de duda, en su informe, la ITSS entiende que concurren las notas de trabajo personal y voluntario, así como los rasgos de dependencia y ajenidad.²²⁸

La concreción de estos dos últimos centra gran parte de la argumentación, pues la clave está en dilucidar si los riders se encuentran «dentro

²²⁶ Otros análisis de este informe en ARAGÜEZ VALENZUELA, L. (2017), p. 11 y ss.; y GINÉS Y GÁLVEZ (2016), p. 18 y ss.

²²⁷ No obstante, en el caso de Deliveroo el interés de la empresa ha sido el de alcanzar un acuerdo antes de que los casos lleguen a los tribunales. Véase al respecto, El Confidencial, 30/11/2017 https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2017-11-30/deliveroo-juicio-riders-economia-colaborativa_1485549/ (última consulta: 25/01/2018).

²²⁸ Véase al respecto también, ROJO TORRECILLA (2017, 3), versión digital.

del ámbito de dirección y control o, por el contrario, la libertad concedida para la prestación del servicio es suficiente para convertirlos en trabajadores/as independientes y, por tanto, autónomos/as». Y al respecto, la ITSS sostiene que esta libertad para elegir la jornada y el horario «no implica que el trabajador o trabajadora pase a ser independiente, puesto que, en última instancia [...] es ella la que decide finalmente los días, zonas y horario de trabajo de aquellas». Corrobora esta afirmación el hecho de que la empresa dicte nuevas instrucciones y los trabajadores las obedezcan (pues o las aceptan, o deben de cesar en la prestación del servicio). En paralelo, en cuanto al poder de dirección, el hecho de que solamente se limite a dictar «“instrucciones necesarias” no quiere decir que el trabajador/a deje de estar subordinado a la misma». Lo relevante, prosigue, «será saber si el empresario ha dictado las instrucciones suficientes para —y con el objetivo de— mantener el control sobre el proceso productivo». Extremo que entiende que ha quedado acreditado.

En cuanto a la ajenidad, la relevancia de los materiales aportados por el trabajador (y los riesgos/costes asociados), la ITSS estima que son verdaderamente testimoniales frente a la verdaderos medios tecnológicos —la aplicación tecnológica— (y que requieren una costosa inversión) —no así el soporte o batería externa y la mochila o caja que entrega a cada rider—. Sin aplicación, no hay inicio de sesión y, sin ella, no hay reparto. Tampoco hay ajenidad en el mercado porque no existe relación comercial alguna entre los restaurantes y el cliente registrado en Deliveroo y los riders. Otra evidencia es que el pago del servicio se realiza a través de una plataforma de pago ofrecida por Deliveroo, sin intervención alguna de la persona prestadora del servicio, la cual no percibe ninguna cantidad del o de la cliente y por el abono de una cantidad fija por pedido entregado (aunque antes era fija por hora, más una cantidad fija por pedido y los gastos de combustible, garantizándose un mínimo de dos pedidos a la hora, aunque no se efectuaran) y la previsión de incentivos que, en opinión del informe, propician el trabajo «a destajo» o trabajar en ciertas franjas horarias.

La dependencia también se evidencia en la medida en que «trabajo no se lleva a cabo en el lugar libremente designado por el trabajador o trabajadora, sino que el o la *'rider'* debe obligatoriamente personarse a la hora fijada por la empresa y que cada uno de ellos lo hace en el punto de control —*'centroide'*— designado y asignado por la misma, de tal forma que si no están en ese punto no pueden iniciar sesión y, con ello, la prestación de servicios. Igualmente, entre pedido y pedido deben retornar a dicho punto a la espera de que les entre un nuevo pedido». A su

vez, como factor que corrobora este rasgo, la ITSS entiende que la empresa «no ofrece pues posibilidad alguna a las personas prestadoras del servicio de elegir a sus clientes ni de cobrar directamente a los mismos/as, estableciendo sus propios precios por el servicio que realizan, sino que el precio del servicio a cobrar del cliente está establecido directamente por aquella y, efectivamente, es cobrado por la misma». A su vez, «la empresa impone normas de “estilo” como, por ejemplo, quitarse el casco y la mochila al entrar en el restaurante o al acudir a un domicilio, y aconseja la forma de dirigirse al o a la cliente particular».

Otras notas propias de la nota de dependencia son «que los datos de los restaurantes adheridos y de los y las clientes registrados/as obran en poder de la empresa»; que provee de formación, adiestramiento, guía o entrenamiento a los trabajadores/as; que transmite información o datos al trabajador/a para mejorar su trabajo y constantes recordatorios; que desactiva a los prestadores de servicios por razones de rendimiento o disciplinarias; que establece posibilidades de evaluar al trabajador/a (por los restaurantes y por la propia empresa); y que decide cuándo las personas que prestan el servicio de reparto deben mostrar la marca de la empresa (y los *riders* siempre se identifican como personal suyo).

Los argumentos para descartar la existencia de un contrato por cuenta propia (a la luz del art. 1.1.de la Ley 20/2007) también son relevantes, en la medida en que, para la ITSS, «no se puede calificar [...] como empresario/a independiente a quien solamente ofrece su trabajo sin ninguna opción de obtener los beneficios inherentes a un emprendedor/a», ni tampoco si las únicas opciones de crecimiento se reducen a poder realizar más horas y entreguen más pedidos (según sistema de incentivos establecido unilateralmente por la empresa) o trabajen en determinados horarios fijados unilateralmente por la empresa.

El rechazo por parte de la ITSS de la calificación como TRADE se fundamenta sobre la base de que «la plataforma no es un cliente del trabajador/a, sino el medio para conectarse ella misma con una multitud de clientes que sí son suyos —de hecho, están registrados en su aplicación, no en ninguna base de datos o aplicación de ninguno/a de los y las “riders”». La capacidad de Deliveroo de «[retener] el poder que considere oportuno y de [dictar] las instrucciones que desea» y el control de la localización del *riders* en todo momento y el tiempo invertido en cada entrega y el envío de avisos e instrucciones disipan la posible calificación como tal.

En definitiva, como conclusión de este caso, el hecho de que el «trabajador/a pueda decidir —más correcto sería decir proponer— más o menos los horarios —los cuales, en todo caso, son fijados finalmente por

la empresa— o utilice algunos medios de producción propios —de escasa importancia—, aunque puede debilitar las notas de ajeneidad y dependencia, no anula en modo alguno la laboralidad de la relación, en tanto que es la plataforma la que asume el riesgo y ventura empresarial y quien controla y organiza la prestación de servicios a cambio de una remuneración».

El caso Deliveroo Madrid mantiene un planteamiento similar, aunque incide en algunos aspectos distintos, especialmente porque entre un caso y el otro la empresa había introducido algunos cambios en las condiciones de prestación del servicio. En particular, interesa la cuestión relativa al derecho de los *riders* a nombrar un sustituto o contratar a personal para que preste servicios en su nombre sin obtener la «autorización previa» requerida hasta entonces.

En este sentido, los argumentos de la ITSS para presentar una Acta de liquidación de cuotas (fecha el 11/01/2018), es que «el reparto no se contrata con otra empresa de modo que las prestaciones que se comprometen con aquella sean, sin más, las de distribución o reparto (a gestionar y realizar por el personal de aquella), sino que se contrata con una persona física para que esta lleve a cabo efectivamente las prestaciones que son objeto de la obligación (STS 26 de junio 1986, n.º 1113).

En opinión de la ITSS, este carácter personal persiste aun cuando se admita la posibilidad de ser sustituidos en su actividad o realizarla a través de personal dependiente, ya que ello requeriría la autorización de la empresa, que ha reconocido ante esta Inspección que esto no se ha producido nunca.

Argumentación que complementa con la doctrina de la STS de 26 de febrero de 1986 (n.º 915/1986), que entiende que tal previsión «no ha tenido virtualidad en la ejecución del contrato, pues el trabajo lo han realizado siempre los demandantes de modo directo y personal [...] más parece una cláusula destinada a desfigurar la verdadera naturaleza laboral del contrato que un pacto transcendente a la realidad del servicio [...]».

Elementos que le llevan a la ITSS a concluir que «El repartidor es, pues, mero ejecutor material del transporte, mediante, fundamentalmente, su trabajo personal, aunque para ello se valga de algún medio material propio (motocicleta o bicicleta). Y esto por cuanto la finalidad del contrato no es la obtención de rendimiento de un medio que requiera una importante inversión económica (por ejemplo, un camión), sino que el medio utilizado por su inferior coste inicial y de mantenimiento y difusión de uso (esto es, utilización también para uso no profesional, como

la bicicleta o motocicleta), no es más que un elemento auxiliar, secundario de la actividad personal».

Finalmente, otro de los aspectos relevantes de este caso es que, en opinión de la ITSS, tampoco altera la calificación de trabajo por cuenta ajena la modificación contractual operada en julio de 2017, en virtud de la cual los trabajadores pasan a suscribir un nuevo contrato de prestación de servicios que incluye dos modalidades, según se califiquen de trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE) o no dependientes (no TRADE).

Y los motivos que se esgrimen son: en primer lugar, que «para ser considerado trabajador autónomo, económicamente dependiente o no, es condición necesaria que el ejercicio de la actividad profesional se efectúe fuera del ámbito de organización y dirección de otra persona (art. 1.1 y 1.2d) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo), circunstancias estas que no se dan en el caso expuesto».

En segundo lugar, «la potencial traslación de ciertos riesgos (limitados, además, a la concurrencia de negligencia en la actuación del trabajador) o la supresión del importe garantizado de dos pedidos por hora, además de no suponer alteración de la forma en la que se organiza y desenvuelve el trabajo, no dejan de ser circunstancias impuestas por la empresa, que es quien tiene el poder de determinación de las condiciones».

Y, en tercer lugar, porque puede apreciarse una «progresiva desaparición de elementos de “laboralidad”, con la única finalidad de desvirtuar, en apariencia, la realidad del vínculo entre las partes». Y, entre otras circunstancias, afirma que «la subcontratación de la actividad es muestra de ello. Así, está prohibida en el primer contrato, salvo autorización; permitida en el segundo, previa autorización. Y contemplada sin exigencia de autorización en las modalidades de contrato vigentes desde julio de 2017 –con idéntico alcance tanto para trabajadores económicamente dependientes (TRADE) como no dependientes (no TRADE), aún a pesar de la prohibición para los TRADE a que se refiere el art. 12.a) de la Ley 20/2007—».²²⁹

²²⁹ Argumentación que complementa con la doctrina de la STSJ País Vasco de 12 de mayo 2015 (rec.755/2015) con relación a la apreciación de la relación laboral al afirmar que «[...] debe quedar modulada por los contornos propios de la prestación de servicios que se realizaba. Así, si se aprecia la concurrencia de un trabajador encubierto, difícilmente puede beneficiar a la empresa, que ha mantenido una relación contraria al Ordenamiento, las consecuencias de un contrato de trabajo, pues ella misma en su proceder lo ha negado, y ha fomentado o propiciado conductas extrañas a las que son propias de un contrato de

Elementos que en su conjunto permiten concluir (con acierto, como he apuntado anteriormente) que los repartidores de comida «prestán servicios retribuidos por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa».

Y creo que hay elementos suficientes para pensar que, si un caso de estas características llegara a los tribunales, muy probablemente se alcanzaría una solución similar.

V. Breve referencia a la propuesta de Directiva 91/533 y a la iniciativa comunitaria destinada a garantizar el acceso a la protección social

El potencial transnacional de estos servicios evidencia la necesidad de una intervención comunitaria que armonice el contenido mínimo entre los estados miembros (y facilite medios para su control y sanción). Y la disparidad interpretativa recién expuesta evidencia, aún más si cabe, la oportunidad de esta aproximación. Al respecto, aunque pueda resultar paradójico, en la medida en que las plataformas concurren en sectores tradicionales de actividad sólidamente consolidados, el derecho de la competencia podría acabar erigiéndose en un aliado poderoso para evitar la proliferación de iniciativas empresariales que traten de obtener una ventaja competitiva a través de una devaluación de las condiciones laborales y la protección social.

De hecho, esta es una de las motivaciones que ha impulsado la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea,²³⁰ ya citada con anterioridad (y que reemplazará a la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral).²³¹

trabajo. Es un principio del derecho laboral el de que no se puede “primar indebidamente una conducta patronal cuando menos irregular” (TS 10-4-00. Recurso 2646/99, y 18-12-07, recurso 148/06)».

²³⁰ Puede consultarse en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-797-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

²³¹ Véase al respecto, ROJO TORRECILLA (2017, 2), versión digital. Puede accederse a las valoraciones de la Confederación Europea de Sindicatos (CES) respecto de las dos fases de con-

Se trata, sin duda, de una revisión de una gran importancia y con un indudable impacto en la economía de las plataformas. En primer lugar, porque la propuesta aspira a establecer una cierta homogeneidad de las condiciones al declarar que «garantizará un nivel de protección universal básico en las formas contractuales existentes y futuras».²³²

Y en segundo lugar, porque, al delimitar el ámbito de aplicación de la Directiva, por primera vez, el Derecho comunitario ofrecería una definición del concepto de trabajador.

Inciendo sobre esta dimensión subjetiva, también es importante tener en cuenta que la propuesta pretende dar cobertura a los trabajos ocasionales o marginales al incluir, al menos, cualquier relación laboral superior a 8 horas al mes (art. 1.3)²³³ —pudiéndose extender la protección (si así lo estiman los Estados) a empleos que acumulen menos tiempo—.

A su vez, un aspecto particularmente novedoso y relevante a los ojos de este ensayo es la extensión de la Directiva a las relaciones laborales en las que las horas de trabajo no se hayan determinado de antemano (como, por ejemplo, en el empleo según demanda) —art. 1.4—.

Lo que significa que, tal y como se expone en la propuesta (considerando 7.º), en virtud del contenido de los apdos. 3.º y 4.º del art. 1, la Directiva se aplicaría a los trabajadores que desempeñan su actividad en el marco de formas de empleo no convencionales, como «los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices», siempre que cumplan con los criterios descritos. De ahí que el análisis del contenido de la propuesta sea particularmente oportuno.

En este sentido, se incluye (como ya se ha recogido con anterioridad), en su Capítulo I (Disposiciones Generales), una nueva definición de «empleador» (art. 2.1.b, de modo que «la función de empleador podrá estar desempeñada por más de una entidad») y de «trabajador» (art.

sulta en estos enlaces: <http://www.ccoo.es/5ff9719da7e0239d0f5340ef8730838b000001.pdf>; y <http://www.ccoo.es/adfa958f52f68218886f51cc35281ca9000001.pdf> (última consulta 25/01/2018).

232 En concreto, el art. 1.2 establece que: «La presente Directiva establece los derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la Unión».

233 Según el art. 1.3 «El tiempo trabajado con todos los empleadores que formen parte de la misma empresa, el mismo grupo o la misma entidad, o pertenezcan a ellos, contará a efectos del periodo de ocho horas».

2.1.a) según los criterios jurisprudenciales del TJUE desde el caso Lawrie-Blum (y que han sido abordados).²³⁴

El Capítulo II (Información sobre la relación laboral) complementa las obligaciones de información ya previstas en la Directiva que reemplaza y el Capítulo III (Requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo) contiene una serie de condiciones mínimas exigibles para toda relación laboral: un límite en relación con la duración de los periodos de prueba,²³⁵ una norma general que prohíbe impedir al trabajador aceptar trabajo con otro empleador fuera del calendario de trabajo; derechos a una mayor previsibilidad del tiempo de trabajo y a un plazo de preaviso razonable para los que tienen calendarios de trabajo variables; la posibilidad de solicitar una transición a una forma de empleo que ofrezca una previsibilidad y una seguridad mayores; y un derecho a formación obligatoria gratuita.

En este sentido (como breve valoración crítica de la propuesta), es importante advertir que la Directiva no resuelve la controversia sobre la eventual calificación de laboralidad del trabajo a través de plataformas (*offline* y *online*), pues se recurre a una descripción clásica a partir de los rasgos anteriormente descritos. Lo que inevitablemente reconduce cualquier discrepancia al estudio del caso concreto. No obstante, también es importante advertir que el citado contenido de la propuesta solo es exi-

234 En este sentido, la propuesta recoge la sugerencia de la en la resolución de la Eurocámara anteriormente citada de julio de 2017. En concreto, se recomienda que la Comisión y los Estados miembros empleen el concepto de la OIT de «trabajador» en lugar del concepto de «empleado» (definido en términos más estrictos), porque «podría contribuir a una mejor aplicación y comprensión de los principios y derechos fundamentales en el ámbito laboral». Por este motivo, el Parlamento pide a los Estados miembros que tengan en cuenta los siguientes indicadores de la OIT para determinar la existencia de una relación laboral (y que reproduzco en su literalidad): «el trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; debe ser ejecutado personalmente por el trabajador; se lleva a cabo dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; es de cierta duración y tiene cierta continuidad; requiere la disponibilidad del trabajador o implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo; se paga una remuneración periódica al trabajador que constituye su única o principal fuente de ingresos, y también pueden estar previstos pagos en especie tales como alimentación, vivienda o transporte; se reconocen al trabajador derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales». Una aproximación a diversas propuestas para calificar estas relaciones en CALVO GALLEG0 (2017, 3).

235 Y que, dicho sea de paso, pondría en entredicho (con mayor motivo) la validez del periodo de prueba del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores.

gible si, efectivamente, concurren los rasgos característicos del trabajo por cuenta ajena.²³⁶ En paralelo (como cuestión derivada, pero particularmente relevante), téngase en cuenta que, lejos de prohibir los acuerdos de cero horas (como planteaba la CES), les da cierta «carta de naturaleza».

En paralelo a esta propuesta, asumiendo que en la economía de las plataformas el trabajo por cuenta ajena ocasional puede ser frecuente (o incluso promovido, «algorítmicamente», por las propias empresas para eludir sus responsabilidades), es esencial que, como mínimo, se prevea algún tipo de protección social mínima. Y, desde este punto de vista, esta propuesta de Directiva debe complementarse con la iniciativa Comunitaria destinada a garantizar el acceso a la protección social (y a los servicios de empleo) para todas las formas de empleo y que está prevista por el Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS).²³⁷

Como se sabe, esta iniciativa tiene por objeto aplicar los derechos fundamentales de todos los trabajadores en materia de protección social, independientemente del tipo y la duración de su relación laboral, a partir de determinados principios. Así, se establece (principio 12) que «Con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección social adecuada»; incluyendo, entre otras dimensiones, prestaciones por desempleo (principio 13); pensiones de vejez (principio 15); y asistencia sanitaria de calidad (principio 16).

Y, en este sentido, el CES, en sus valoraciones sobre la segunda fase de consultas sobre esta iniciativa (y constatando la falta de voluntad de las organizaciones de empresarios de entablar negociaciones ex art. 155 TFUE), expone un conjunto de valoraciones que pueden erigirse en una buena línea de trabajo al respecto.

En concreto, expone (p. 5) la necesidad de «proteger a todos los trabajadores no convencionales, incluidos los autónomos y los que trabajan para plataformas digitales».²³⁸ Además, añade (p. 8) que, en el

236 De forma derivada debe tenerse en cuenta que la propuesta no hace referencia alguna a otras modalidades de empleo (como trabajadores autónomos, como reclamaba la CES en la segunda fase de consultas).

237 Puede accederse en este enlace: https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es (última consulta: 25/01/2018).

238 *Posición de la CES sobre la segunda fase de la consulta de los interlocutores sociales sobre posibles acciones para abordar los retos del acceso a la protección social de las per-*

empleo atípico y el trabajo autónomo, es necesario identificar correctamente «al empleador/intermediario/cliente responsable de los pagos a la seguridad social». En particular, señala que «es fundamental que en las relaciones laborales triangulares (agencias de empleo temporal, plataformas digitales, etc.) se defina claramente quién es responsable del pago de las cotizaciones a la seguridad social y/o de los impuestos, con una responsabilidad principal para los intermediarios». Y advierte del riesgo de que los «costes adicionales para un empleador/intermediario/cliente relacionados con las cotizaciones no se eviten (legalmente o de otro modo) o deduzcan injustamente de la remuneración o salarios».

Por otra parte, asumiendo que el empleo atípico dificulta el acceso a prestaciones mínimas adecuadas («debido a un nivel de cotización insuficiente por falta de ingresos o por una duración/tiempo de trabajo insuficiente»), apunta (p. 9) lo siguiente: en primer lugar, la necesidad de garantizar el acceso «a una gama mínima y suficiente de prestaciones de seguridad social y protección social y servicios de empleo, con independencia del tipo y duración de su contrato y tiempo de trabajo»; y, en segundo lugar, emplaza a los Estados a que completen «los requisitos mínimos para garantizar que todos los trabajadores disfruten de una protección social mínima adecuada (en particular, en el caso de los regímenes de pensiones)».

VI. Valoración final

El análisis efectuado en este estudio sugiere que se está produciendo un «falso debate sobre la dependencia o subordinación», de modo que el trabajo a través de las plataformas (*offline* y *online*) no predetermina en su génesis una intrínseca (e inevitable) devaluación de este rasgo (amenazando su cognoscibilidad). De modo que, sin negar los desafíos que esta nueva realidad atesora y que afectan a múltiples instituciones jurídico-laborales, he defendido la no obsolescencia de los rasgos caracterizados del trabajo asalariado en este entorno.

El carácter modular y modulable de estos elementos es suficiente para poder afirmar que el trabajo desarrollado a través de plataformas

sonas en todas las formas de empleo (en el marco del Pilar Europeo de Derechos Sociales), 13 y 14 de diciembre 2017. Puede consultarse en <http://www.ccoo.es/9e977482194e-164fe8f57f630ff8eb6b000001.pdf> (última consulta 25/01/2018)

prestadoras del servicio subyacente no precise de su redefinición.²³⁹ Tampoco parece necesaria una reformulación expansiva de las reglas jurídico-laborales con el objeto de integrar los vínculos contractuales que no cumplen los rasgos definidores de la laboralidad, bien porque adquieren una naturaleza marginal, o bien porque pueden subsumirse en el concepto del trabajo por cuenta propia o autónomo dependiente.

Al hilo de esta reflexión, tampoco creo que sea necesario que se configure una nueva categoría conceptual, próxima a lo que se conoce como «trabajador independiente» («a caballo» entre el trabajo por cuenta ajena, por cuenta propia y el autónomo dependiente).

Y, por derivación, aunque un sector de la doctrina sostiene otro planteamiento,²⁴⁰ también cuestiono la necesidad de crear a nivel interno una relación laboral especial.²⁴¹

Especialmente, por los siguientes motivos (cuatro):

- En primer lugar, porque la reciente propuesta de Directiva 91/533, sobre unas condiciones laborales transparentes y previsibles, ha apostado por la figura del «trabajador» para este entorno (y, además, de acuerdo con una conceptualización de indicios «clásica»);

239 En términos similares, CAVAS MARTÍNEZ (2017), p. 54. En contra, TODOLÍ SIGNES (2016, pp. 15 y 16) entiende que la extensión del concepto tradicional de contrato de trabajo a estas realidades derivaría en la extensión de prescripciones incompatibles o incluso perjudiciales para los trabajadores. En concreto, se afirma que la flexibilidad horaria propia de este sector sería incompatible con la regulación sobre jornada, horario, descanso y vacaciones. Y, el salario fijo, medido por horas, también sería incompatible con un modelo en el que el trabajador puede escoger cuántas horas trabaja. En contra también, DAGNINO (2016), pp. 14 y 15; y ARAGÜEZ VALENZUELA (2017), p. 18. Algunos investigadores proponen que la identificación de *crowd workers* se lleve a cabo a partir de la valoración conjunta de las siguientes distinciones: el trabajo como fuente de ingresos, respecto de otras fuentes; la búsqueda de trabajo mediante plataformas, respecto de otras formas de buscar trabajo online; el *crowd work* propiamente dicho respecto de otras formas de trabajo casual o *just-in-time*; la frecuencia del trabajo (para distinguir el trabajo marginal del que no lo es); y, finalmente, la proporción de los ingresos que se obtienen con el *crowd work*. HUWS *et al.* (2017), pp. 14 y 15. GINÉS Y GÁLVEZ (2016, p. 37), entienden que «en un futuro, probablemente será necesario el replanteamiento de la nota de laboralidad de subordinación y dependencia jurídica». Y, añaden que «aunque debilitada la nota de subordinación [...] no necesariamente deberían quedar excluidas del ámbito del Derecho del Trabajo cuando tampoco pudieran calificarse como trabajo por cuenta propia».

240 Abogando por la creación de una relación laboral especial, TODOLÍ SIGNES (2016), pp. 15 y 16; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2016), p. 61; ARAGÜEZ VALENZUELA (2017), p. 19; y CAVAS MARTÍNEZ (2017), p. 54. Autor que también apuesta por la creación de un Sistema Especial de la Seguridad Social ex art. 11 LGSS.

241 En términos similares, SERRANO OLIVARES (2017), p. 45; y SUÁREZ CARUJO (2017, 2), p. 38.

- En segundo lugar, porque las consecuencias de un marco normativo de estas características podría tener efectos muy contraproducentes (y, dada la experiencia reciente, difícilmente corregibles una vez puesto en marcha), pues incrementaría sustancialmente las ya de por sí difusas fronteras del trabajo por cuenta ajena, incrementando su inestabilidad e imprecisión;
- En tercer lugar, porque en la medida en que, en un futuro, no es descartable que el trabajo en plataforma se extienda a las organizaciones empresariales «tradicionales» y, por consiguiente, los trabajadores alternen la prestación de servicios en las dos «modalidades», la justificación de esta especialidad quedaría seriamente comprometida; y
- En cuarto lugar, porque, de crearse, es probable que se articularía un estatuto menos protector que el común, y en un contexto en el que la precariedad y la atipicidad son fenómenos en expansión, no parece oportuno crear un nuevo nicho para estimularlas (segmentando aún más el mercado de trabajo y promoviendo una nueva vía para la huida del Derecho del Trabajo). En efecto, si la atomización de tareas y externalización a múltiples prestadores a través de plataforma tecnológica devaluara *per se* la noción de trabajo en régimen de subordinación, estaría proyectando un incentivo (perverso) a los sectores tradicionales a reconvertir su modelo de negocio hacia este nuevo entorno con el único propósito de obtener una ventaja competitiva a través de la devaluación de las condiciones de trabajo (y la degradación en la calidad del empleo sería probablemente intolerable).

A la luz de las recomendaciones comunitarias descritas, sí parece oportuno complementar alguno de los contenidos de las reglas existentes del trabajo por cuenta ajena, modificando el Estatuto de los Trabajadores.²⁴² Antes de explorar la vía de una relación laboral especial, parece

²⁴² No obstante, contrariamente a lo expuesto, se ha apuntado (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2016, p. 61) que precisamente la adaptación de «las figuras laborales para hacerlas aptas para el trabajo en plataformas, es posible producir una precarización aún mayor de la contratación del trabajo». Por otra parte, comparto las cautelas apuntadas por la doctrina respecto a la autorregulación (porque las dinámicas de las empresas dificultan un proceso de representación unitario que pueda defender los intereses de los trabajadores adecuadamente). CAVAS MARTÍNEZ (2017), p. 54. Apostando por la autorregulación en cambio, DAGNINO (2016), pp. 16 y 17.

que lo más razonable sería empezar por reformular el contenido del art. 13 ET. Especialmente porque no puede decirse que se haya agotado todo el «recorrido» que el trabajo «a distancia» atesora.²⁴³

A su vez, los desajustes que el trabajo a través de plataformas por cuenta ajena plantea, algunos de ellos comunes a los de otras realidades del trabajo asalariado, deberían integrarse en el marco de la relación laboral «ordinaria» o «común» (entre otras materias, sin ánimo de exhaustividad: garantizar el salario mínimo, portabilidad de las valoraciones; ordenación de tiempo de trabajo y de los descansos; protección y promoción de la conciliación de la vida familiar y laboral; titularidad y uso de los medios de producción tecnológicos —*software* y *hardware*—; protección de la privacidad, de la seguridad y la salud, de la igualdad y la no discriminación; garantía y protección de los derechos colectivos; promoción de la formación).

Aunque no ha sido objeto de un estudio pormenorizado en este ensayo, me gustaría complementar lo expuesto con las siguientes valoraciones/reflexiones (seis) a modo de meras notas o apuntes:

- En primer lugar, comparto con algunos autores ciertas deficiencias del régimen jurídico del trabajo autónomo para los casos en los que la plataforma no preste el servicio subyacente, al identificar múltiples carencias del marco regulatorio actual (en términos, entre otros, de responsabilidad, de continuidad en el ingreso, de estabilidad, de calidad en las condiciones de trabajo, régimen de responsabilidad entre las partes, protección social, etc.).²⁴⁴ Y, probablemente, la suspensión de las medidas dirigidas a posibilitar que trabajadores por cuenta propia ejerzan su actividad a tiempo

243 Extensamente sobre las particularidades en términos de protección social de la Seguridad Social derivadas del trabajo a distancia (ámbito de aplicación, actos de encuadramiento, acción protectora, prestaciones) en, SIERRA BENÍTEZ (2017), p. 139 y ss.; y desde un punto de vista más dilatado en el tiempo, Thibault Aranda (2000), p. 253 y ss.

244 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2017), pp. 210 y 211. Autor que sugiere la creación de un nuevo contrato de arrendamientos de servicios. Y, en cuanto a las particularidades del trabajo autónomo en plataforma y algunas sugerentes medidas para atender a sus especificidades en, Sierra Benítez (2017), p. 139 y ss.; y MERCADER UGUINA (2017, 2), pp. 117 a 120; y (2017, 3), versión digital. Con relación a este colectivo también es interesante traer a colación la anteriormente citada Opinión de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales de marzo de 2017 y que apunta a la necesidad de garantizar una remuneración profesional y unos plazos de pago seguros a los trabajadores autónomos y a los profesionales que desarrollan actividades para las empresas de la economía de las plataformas.

parcial (ex DF 17.^a Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado para 2017) no contribuya a colmar algunas de las necesidades muy presentes de este entorno.

- En segundo lugar, aunque es claro que la figura del TRADE, en los términos en los que está configurada, tiene una capacidad de respuesta limitada,²⁴⁵ tampoco creo que deba ser automáticamente descartada (podrían darse situaciones en las que tenga un encaje adecuado).²⁴⁶
- En tercer lugar, es obvio que este conjunto de medidas no sería incompatible con el fomento de otras formas trabajo asociado,²⁴⁷ siempre que se adecuen a su naturaleza y requisitos formales y materiales.²⁴⁸
- En cuarto lugar, la adaptación del sistema de Seguridad Social en aras a garantizar una cobertura y protección social y sanitaria

245 Un sector de la doctrina ha descartado el ajuste de los TRADE a este entorno (pues si efectivamente prestan servicios para plataformas de intermediación, no prestarán servicios para un único cliente; y si lo hacen para una que presta servicios subyacentes, probablemente concurrirán los elementos definidores del trabajo por cuenta ajena). TODOLÍ SIGNES (2016), pp. 19 y 20; GUTIÉRREZ ARRANZ (2016), versión digital; y CAVAS MARTÍNEZ (2017), p. 55. No obstante, es una opción que parece haber escogido Deliveroo a nivel interno, tal y como se desprende de esta noticia publicada en *El Mundo* el 19 de junio 2017: <http://www.elmundo.es/economia/empresas/2017/06/19/5947bd4bca4741fe1f8b45e6.html> (última consulta: 25/01/2018).

246 MERCADER UGUINA (2017, 3, versión digital), tras afirmar que los nuevos modos de prestación de servicios pone en cuestión los moldes clásicos de las fórmulas tradicionales de trabajo por cuenta propia, entiende que es una figura que debe revalorizarse.

247 En efecto, la CAEEC propone que se fomente «el emprendimiento y el cooperativismo» en el «sector emergente de la economía colaborativa y las plataformas digitales, con el fin de reducir los riesgos planteados por los nuevos modelos de negocios en relación con los derechos y las condiciones laborales de los trabajadores». En términos similares, la doctrina (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, 2016, pp. 59 y 63) también ha propuesto diversas alternativas para atender a estas necesidades: «formas de trabajo asociado, el autoempleo colectivo vía cooperativas o sociedades laborales de trabajadores que ofrezcan sus servicios a un mercado fragmentado a través de soportes tecnológicos; o bien como sociedades profesionales que agrupen a personas trabajando por cuenta propia». Apostando también por el cooperativismo, AUVERGNON, P. (2016), p. 12.

248 Con relación a las cooperativas, debe tenerse en cuenta el riesgo a la posible calificación de una cesión ilegal si efectivamente no se cumplen con los requisitos formales y materiales de las mismas. Véase un ejemplo al respecto en BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (2017), versión digital. En este sentido, la Eurocámara también ha apuntado la posible asimilación de algunas plataformas al fenómeno interpositorio que opera en el marco de las ETT (relación contractual triangular entre: el trabajador de la empresa temporal/el trabajador de la plataforma; la empresa de trabajo temporal/la plataforma en línea; la empresa usuaria/el cliente); y, por consiguiente, la aplicación de la Directiva 2008/104.

adecuada a los prestadores de servicios de las plataformas (y la coordinación entre los Estados miembros en términos de exportación de prestaciones y de acumulación de los periodos de cotización) debería ser una consecuencia derivada. En este sentido, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación subjetiva propuesto de la Directiva 91/533 (incluyendo a los trabajadores que no tienen fijada de antemano un número de horas de trabajo) y la previsión de un contenido mínimo, creo que sería oportuno que, para aquellos casos en los que los servicios prestados por cuenta ajena sean calificados como «esporádicos», se articulen medidas de protección social mínima.

En efecto, si bien es cierto que la propia plataforma puede estar interesada en promover la aceptación de encargos, téngase en cuenta que, en un escenario de muchas personas inscritas en la plataforma y a disposición, podría dificultar la acumulación del número de encargos mínimo para superar el umbral de lo que se entienda como «empleo marginal» (esto es, una «prestación mínima por cuenta ajena»). E, incluso, en función de la calificación jurídica (judicial o normativa) que se acabe atribuyendo a esta tipología de servicios (por cuenta ajena o no), no es descartable que (dado los costes asociados), en función del tipo de servicio que ofrezca la plataforma, se llegue a modificar el algoritmo para espaciar los encargos (y así, tratar de evitar esta calificación). Pues no cabe duda de que los propietarios de las plataformas «van aprendiendo» sobre la marcha²⁴⁹ y adaptarán en todo lo posible la configuración (no solo tecnológica) de su modelo de negocio para tratar de evitar la laboralidad de los prestadores de servicios (pues la viabilidad empresarial está, en gran parte, condicionada a su no calificación), al menos, atendiendo a lo que por tal se entiende hoy en día.²⁵⁰

Es en este contexto de «marginalidad» (y mientras no se supere este umbral), en el que probablemente sea conveniente que la

249 La adaptación de Uber en España podría ser ilustrativa de esta capacidad de adaptación a las circunstancias. Una exposición de los cambios a raíz de las primeras reacciones de los órganos administrativos y judiciales en ARAGÜEZ VALENZUELA (2017), p. 14 y ss.

250 De hecho, los propios responsables de alguna de estas plataformas han reconocido que la contratación por cuenta ajena de los prestadores del servicio harían inviable el modelo de negocio. Véase al respecto, en relación a UberEats, *La Vanguardia*, 28/01/2018: <http://www.lavanguardia.com/economia/20180128/44344399944/entrevista-manel-puig-uber-eats-comida-a-domicilio.html>.

plataforma asuma, por defecto, una responsabilidad social mínima previendo la cobertura de ciertas contingencias (y, las dos exigidas en la legislación francesa podrían ser un buen punto de partida). Especialmente si concurren los rasgos indiciarios que identifican a una prestación de servicios como laboral (por ejemplo, ya reconocida a otros prestadores) y lo único que lo impide (al menos, en un primer estadio) es su discontinuidad o una acumulación de encargos insuficiente. Protección que debería pasar a ser plena en el instante que, por la suma de encargos, deje de ser «esporádica».²⁵¹

- En quinto lugar, en los casos en los que la plataforma opere como un mero intermediario tecnológico²⁵² parece razonable que se articulen umbrales que permitan identificar en qué instante se pasa de la relación entre pares a una profesional;²⁵³ y, en este contexto, probablemente, la remuneración del servicio debería ser un claro indicio de esta última (siempre que no se esté compensando los costes realizados para la ejecución de las actividades).²⁵⁴

251 En términos similares, CALVO GALLEGO (2017, 1), p. 380.

252 Para el caso de que la plataforma se limite a posibilitar el disfrute temporal de ciertos bienes, siguiendo a Calvo Gallego (2017, 3), «resulta obvio que los problemas serán básicamente tributarios, de protección del consumidor, de defensa de la competencia frente a terceros, o incluso administrativos de regulación o de autorización en los distintos niveles de formación propio de cada uno de estos servicios. Pero lo que resulta también evidente es que los problemas nucleares generados por este tipo de economía “colaborativa” de bienes no son los laborales o de protección social».

253 Como se sabe, el régimen del trabajador autónomo permite excluir a los trabajadores que se dedican ocasionalmente a la realización de determinadas actividades. Lo que implica la necesidad de constatar la habitualidad en el tiempo de las mismas y, para el caso que no sea posible, se recurre a ingresos originados. Así, siguiendo a Sierra Benítez (2017, p. 156) —que recoge el criterio jurisprudencial— se ha entendido que «no concurre este requisito cuando la dedicación en el tiempo es incierta y los ingresos están por debajo del salario mínimo interprofesional, por lo que se exonera al trabajador de las obligaciones de alta y cotización en dicho régimen de la seguridad social». Véase al respecto también, Ginés y Gálvez (2016), p. 14 y ss.

254 En este sentido, la doctrina también ha identificado los parámetros que permitirían definir el trabajo autónomo (HUWS *et al.*, 2017, pp. 50 y 51): «Si el trabajador tiene el derecho de determinar el precio de los bienes o servicios producidos; Si el trabajador tiene el derecho de especificar cómo debe hacerse el trabajo; Si el trabajador tiene derecho a emplear a otros para hacer el trabajo; Si el trabajador conserva los derechos de propiedad intelectual en sus resultados de trabajo; Si el trabajador es libre de trabajar para múltiples clientes y normalmente lo hace. Y para el caso de que el trabajador no cumpla con los anteriores debe ser considerado trabajador subordinado como la posición por defecto».

- Y en sexto lugar, como complemento de estas actuaciones, es perentorio que se pongan en marcha medidas de inspección que sancionen aquellas conductas y prácticas que se aparten de estos estándares (materiales y formales), debiéndose prestar especial atención en el trabajo no declarado y el trabajo autónomo ficticio. Aunque, como ha advertido la doctrina,²⁵⁵ en ocasiones, difícilmente estas medidas serán efectivas.

Para concluir, debe aplaudirse la Proposición no de Ley de la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados, de finales de diciembre de 2017, sobre la definición de las modificaciones normativas necesarias para adecuar las relaciones económico-laborales entre individuos y empresas en el marco de las plataformas digitales, instando al Gobierno a la elaboración de un informe, teniendo en cuenta a los interlocutores sociales, que «identifique las reformas necesarias para adecuar la legislación económica laboral vigente, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, a los desafíos del cambio tecnológico sobre nuestro sistema productivo, así como a las plataformas digitales y a sus usuarios».²⁵⁶

A la luz de lo expuesto, es claro que queda un largo camino que recorrer, y converger en el marco normativo más adecuado no será una tarea fácil. No obstante, creo que no conviene olvidar que, a la hora de sopesar las medidas a adoptar, es esencial asumir que el marco norma-

255 En efecto, SERRANO OLIVARES (2017, pp. 29 y 30), en el marco del *crowdwork on line*, apunta que la desconexión territorial entre la empresa/plataforma digital y los prestadores de servicios plantea importantes problemas prácticos. Especialmente porque pueden darse diferencias de calificación jurídica entre el país de establecimiento de la plataforma y el país donde se desarrolla efectivamente el trabajo, sin olvidar las dificultades de control y exigencia dada la distancia física y territorial. Advirtiendo, a su vez, que la circulación transfronteriza de sentencias judiciales y de sanciones administrativas se circunscribe al marco europeo (UE y EEE).

256 http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-277.PDF. En paralelo, también puede consultarse la Declaración común sobre la economía colaborativa y sus repercusiones en el ámbito del trabajo y las relaciones laborales, adoptada en una reunión de los Consejos de Relaciones Laborales de Cataluña, Andalucía, Galicia y el País Vasco, celebrada los días 1 y 2 de diciembre 2016. http://treball.gencat.cat/web/contenut/13_-_consell_relacions_laborals/noticies/CRL_EconomiaCol/DECLARACION-COMUN-SOBRE-LA-ECONOMIA-COLABORATIVA-Y-SUS-REPERCUSIONES-EN-....pdf. Y el informe *Posicionament del CTEESC sobre l'economia col·laborativa del Consejo de Trabajo, Económico y Social de Cataluña* (2017). Una breve valoración al respecto en, ROJO TORRE-CILLA, E. (2017, 5), versión digital.

tivo proyecta una serie de incentivos (y rémoras) en los operadores, y el nivel de calidad o degradación en el empleo de la economía de las plataformas será (principalmente) una resultante de los límites previamente fijados por el Derecho.

Espero que seamos capaces de aunar esfuerzos y afrontemos este reto prospectivamente, porque, sin duda, conviene modernizar la legislación en vigor con una «lógica de anticipación».

VII. Bibliografía

- AGOTE EGUIZABAL, R. (2017). «On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral», *Iuslabor*, n.º 1.
- AGOTE EGUIZABAL, R. (2016). «La reforma laboral francesa otorga derechos laborales a los trabajadores independientes que presten sus servicios en la *gig economy*», *Blog Cuatrecasas*, <http://blog.cuatrecasas.com/laboral/la-reforma-laboral-francesa-otorga-derechos-tipicamente-laborales-a-los-trabajadores-independientes-que-presten-sus-servicios-en-la-gig-economy/> (última consulta: 24/01/2017).
- ARAGÜEZ VALENZUELA, L. (2017). «Nuevos modelos de economía compartida: Uber Economy como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, n.º 1.
- AUVERGNON, P. (2016). «Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al derecho laboral», *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 6.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (2008). «La Sociedad Anónima Europea y la implicación de los trabajadores: una aproximación sintética a la (vieja) discusión entre la participación cooperativa y la participación conflictiva de los trabajadores en la empresa», en Llebaría (dir.), *Derecho de Sociedades*, ESADE & Bosch, Barcelona.
- (2017), «Cooperativas de trabajo asociado (del sector cárnico) y cesión ilegal de trabajadores», blog del Autor. <http://ignasibeltran.com/2018/01/23/cooperativas-de-trabajo-asociado-del-sector-carnico-y-cesion-ilegal-de-trabajadores/> (última consulta: 23/01/2018).
- CALVO GALLEGO, J. (2017, 1). «Uberpop como servicio de la sociedad de la información o como empresa de transporte: su importancia para y

- desde el Derecho del Trabajo», en Rodríguez Piñero, M. C. y Hernández Bejarano, M. (dir.s), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, Albacete.
- (2017, 2). «Nuevas tecnologías y nuevas formas de trabajo», *Revista Creatividad y Sociedad*, n.º 26. Disponible en <http://www.creatividadysociedad.com/articulos/26/2.%20El%20trabajo%203.0%20%20y%20la%20regulacion%20laboral.%20Por%20un%20enfoque%20creativo%20en%20su%20tratamiento%20legal.pdf> (última consulta: 03/01/2018).
 - (2017, 3). «Tipología de plataformas y su trascendencia laboral», en blog *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, <http://grupo.us.es/iwpr/economia-colaborativa-y-derecho-social/tipologia-de-plataformas-y-su-trascendencia-laboral/> (última consulta: 03/01/2018).
- CASAS BAAMONDE, M. E. (2015). «El Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de trabajo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 7.
- (2017). «Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno?», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 9.
- CASTELLANO BURGUILLO, E. (2017). «Plataformas de empleo y plataformas de trabajo. Aspectos fundamentales», en Rodríguez Piñero, M. C. y Hernández Bejarano, M. (dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*. Bomarzo, Albacete.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017). «Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 406.
- CEDROLLA SPREMOLLA, G. (2017). «El trabajo en la era digital: Reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, n.º 1.
- CES (2017). *La Digitalización de la Economía*, Informe 03/2017. (<http://www.ces.es/documents/10180/4509980/Inf0317.pdf> - última consulta 03/01/18).
- DAGNINO, E. (2015). «Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n.º 3.
- (2016). «Labour and labour law in the time of the on-demand economy», *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 6.
- DAVIDOV, G. (2017). «The Status of Uber Drivers: A Purposeful Approach», *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, n.º 6.

- DE STEFANO, V. (2016). «La «gig economy» y los cambios en el empleo y la protección social», *Gaceta Sindical: reflexión y debate*, n.º 27.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. (2017). «Trabajo altruista», en García Murcia (dir.), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona.
- FREEDLAND, M. (2017). «Employees, workers and the ‘sharing economy’ Changing practices and changing concepts in The United Kingdom», *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, n.º 6.
- FORDE, C. Et Al. (2017), *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, Directorate General For Internal Policies. En [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2017\)614184](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2017)614184) (última consulta 24/01/2018).
- GINÉS I FABRELLAS, A. (2016). «Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo, el caso de Amazon Mechanical Turk», *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 6.
- y GÁLVEZ DURÁN, S. (2016). «Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital», *InDret*, n.º 1.
- GOERLICH PESET, J. M. (2016). «¿Repensar el derecho del trabajo? Cambios tecnológicos y empleo», *Gaceta Sindical: reflexión y debate*, n.º 27.
- GOLDÍN, A. (2017). «Huida, desestandarización y debilitamiento subjetivo del derecho del trabajo. Ensayo sobre un itinerario...», *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 10.
- GÓRRIZ LÓPEZ, C. (2018), «Primeras consecuencias de la STJUE 20.12.2017 Uber: SSTS 81/2018 y 87/2018». *Blog del Autor* <http://blogs.uab.cat/dretmercantil/2018/02/01/primeras-consecuencias-de-la-stjue-20-12-2017-uber-ssts-812018-y-872018/?sthash.LGj-9Vmdv.mjjo> (última consulta 02/02/2018).
- GUTIÉRREZ ARRANZ, R. (2016). «Las relaciones laborales en la economía colaborativa: el caso Uber en EE.UU.», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 187, versión digital (BIB 2016\2695).
- LEME, C. (2017). «Tribunal de Brasil condena a UBER a reconocer derechos labores a sus conductores. Comentario a la Sentencia», en blog de Adrián Todolí, <https://adriantodoli.com/2017/02/23/tribunal-de-brasil-condena-a-uber-a-reconocer-derechos-labores-a-sus-conductores-comentario-a-la-sentencia/> (última consulta: 25/01/2018).
- LOUÇA, F. (2016). «El trabajo en el ojo del huracán», *Gaceta Sindical: reflexión y debate*, n.º 27.

- HUWS, U., SPENCER, N. H., SYRDAL, D. S., HOLTS, K. (2017). *Work in the european gig economy*, FEPS – Foundation for European Progressive Studies, UNI Europa y Hertfordshire Business School, University of Hertfordshire. <http://www.feps-europe.eu/assets/9d13a6d2-5973-4131-b9c8-3ca5100f92d4/work-in-the-european-gig-full-report-pppdf.pdf> (última consulta: 23/01/2018).
- MALDONADO MONTOYA, J. P. (2016). «Superación del concepto clásico de contrato de trabajo», en *El futuro del trabajo que queremos*, vol. II, OIT y MTySS, Madrid.
- MALO, M. A. (2017). «El futuro del empleo ante el cambio tecnológico: De los robots a las plataformas», web del autor. <http://diarium.usal.es/malo/2017/12/15/el-futuro-del-empleo-ante-el-cambio-tecnologico-de-los-robots-a-las-plataformas/> (última consulta: 25/01/2018).
- MARTÍNEZ MORENO, C. (2018). «El concepto de trabajador en el Derecho de la UE», en trámite de publicación.
- MERCADER UGUINA, J. R. (2017, 1). «La robotización y el futuro del trabajo», *Trabajo y Derecho*, n.º 27.
- (2017, 2). *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica.*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2017, 3), «El nuevo modelo de trabajo autónomo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales», *Diario La Ley*, n.º 9, 11 de julio.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2017, 1). «Derecho y trabajo en la era digital: ¿‘revolución industrial 4.0’ o ‘economía sumergida 3.0’?». En *El futuro del trabajo que queremos*, vol. II, OIT y MTySS, Madrid.
- (2017, 2). *El nuevo estatuto de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria*, Wolters Kluwer, Madrid.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (2016), «La OIT y el trabajo informal: la recomendación 204 OIT sobre la transición de la economía informal a la formal», en Monereo Pérez y Perán Quesada (dirs.), *Derecho social y trabajo informal*, Editorial Comares, Granada.
- MORENO LISO, L. y RAMOS MARTÍN, N. (2017). «El trabajador autónomo económicamente dependiente en la Unión Europea: aspectos laborales y mercantiles», *Trabajo y Derecho*, n.º 27.
- MURO, I. (2016). «Ni asalariados ni autónomos, “trabajadores independientes”. Así será el nuevo empleo flexible», blog *Economistas frente a la crisis* <http://economistasfrentealacrisis.com/ni-asalariados-ni-autonomos-trabajadores-independientes-asi-sera-el-nuevo-empleo-flexible/> (última consulta: 25/01/2018).

- NAVARRO NIETO, F. (2017). «El trabajo autónomo en las 'zonas grises' del Derecho del Trabajo», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n.º 4.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (2017), «El actual régimen del trabajo a tiempo parcial español versus el contrato a llamada del Reino Unido: evaluación crítica», en Lourdes Mella (dir.), *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: Estudios desde el Derecho Español y comparado*, Dykinson, Madrid.
- OIT (2017). *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo: sus reflexiones*. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/-dgreports/-/-cabinet/documents/publication/wcms_591502.pdf última consulta: 03/01/2018).
- OIT (2016). *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects* http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/-dgreports/-/-dcomm/-/-publ/documents/publication/wcms_534326.pdf (última consulta: 03/01/18).
- OIT y Eurofound (2017), *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Luxemburgo. https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1658en.pdf (última consulta: 03/01/18).
- PÉREZ AGULLA, S. (2017). «Trabajo autónomo», en García Murcia (dir.), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. (2017, 1). «Clásicos y nuevos desafíos del trabajo en la economía 4.0?», en *El futuro del trabajo que queremos*, vol. II, OIT y MTySS, Madrid.
- (2017, 2). «¿Trabajadores o 'freelancers'? Apuntes sobre el trabajo en las plataformas digitales», *Infolibre* 6/12/2017. https://www.infolibre.es/noticias/luces_rojas/2017/12/06/trabajadores_freelancers_apuntes_sobre_trabajo_las_plataformas_digitales_72746_1121.html
 - y PÉREZ DEL PRADO, D. (2017). *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo*. Fundación para el Diálogo Social. Puede consultarse en: <http://www.ifuturo.org/economia-digital-su-impacto-sobre-las-condiciones-de-trabajo-y-empleo> (última consulta: 26/01/18).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. (2017). «El jurista del trabajo frente a la economía colaborativa», en Rodríguez Piñero, M. C. y Hernández Berjarano, M. (dir.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, Albacete.

- (2016). «El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal», *Revista Creatividad y Sociedad*, n.º 26. Disponible en <http://www.creatividadysociedad.com/articulos/26/2.%20El%20trabajo%203.0%20%20y%20la%20regulacion%20laboral.%20Por%20un%20enfoque%20creativo%20en%20su%20tratamiento%20legal.pdf> (última consulta: 03/01/2018).
- ROJO TORRECILLA, E. (2016). «Pues sí, UBER merece ser objeto, y lo será, de un caso práctico, y más tras la Sentencia del Tribunal de Empleo de Londres de 28 de octubre de 2016», blog del autor: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/11/pues-si-uber-merece-ser-objeto-y-lo.html> (última consulta: 25/01/2018).
- (2017, 1). «Un apunte sobre las conclusiones del abogado general y la sentencia del TJUE en el caso Uber, con su posible impacto en la determinación de la naturaleza jurídica de la relación contractual entre la empresa y los “drivers”», blog del autor: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/12/un-apunte-sobre-las-conclusiones-del.html> (última consulta: 25/01/2018).
- (2017, 2). «La Directiva 91/533/CEE de 14 de octubre de 1991 sobre información al trabajador de sus condiciones contractuales, y la propuesta de Directiva, de 21 de diciembre de 2017, “relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles” en la UE, que la deroga. Nota introductoria y texto comparado», blog del autor: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/12/la-directiva-91533cee-de-14-de-octubre.html> (última consulta: 25/01/2018).
- (2017, 3). «El Caso Deliveroo Valencia. Importa la realidad (trabajo asalariado), no el nombre (trabajo autónomo). Notas y análisis del Acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», blog del autor <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/12/el-caso-deliveroo-valencia-importa-la.html> (última consulta: 25/01/2018).
- (2017, 4). «Sigamos hablando de economía colaborativa, plataformas tecnológicas y relaciones laborales (¿asalariadas o autónomas?). Nuevas aportaciones doctrinales y recientes respuestas de tribunales arbitrales y laborales en el Reino Unido y en Francia», blog del autor: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/11/sigamos-hablando-de-economia.html> (última consulta: 25/01/2018).
- (2017, 5). «Relación laboral y economía colaborativa. Impacto de la tecnología en las condiciones de trabajo y en el vínculo jurídico contractual. Dudas e interrogantes», blog del autor: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/11/relacion-laboral-y-economia.html> (última consulta: 25/01/2018).

- (2017, 6). «Mensajeros 1984 – Riders 2017. Tan lejos en el tiempo, tan cerca en la realidad laboral. Materiales para un caso práctico del curso 2017- 2018», blog del autor:<http://www.eduardorjotorrecilla.es/2017/07/mensajeros-1984-riders-2017-tan-lejos.html> (última consulta: 25/01/2018).
- SALGUERO, P. (2017). «La ‘Uberización’ de las relaciones laborales», *Garrigues*, blog *Laboral*. En <http://bloglaboral.garrigues.com/la-uberizacion-de-las-relaciones-laborales> (última consulta: 25/01/2018)
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (2017, 1). «Concepto de trabajador», en García Murcia (dir.), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona.
- (2017, 2). «Hacia el concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial, en la política social propiamente dicha», *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*, vol. 20, (1).
- (2017, 3). «UBER, Plataforma Digital de Servicios de Transporte Comentario a la STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-434/15, Asunto Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain S.L.», *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*, 20 (2), (en prensa). Disponible en <http://eprints.ucm.es/46551/> (última consulta: 23/02/2018).
- (2018, 1). «El derecho del trabajo y su ciencia. Reflexiones actuales en una memoria a largo plazo», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 205.
- (2018, 2). «Economía de plataformas digitales y servicios, compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del Trabajo», *La Ley, Unión Europea*, en prensa.
- SCHMID-DRÜNER, M. (2016), *The situation of workers in the collaborative economy*. European Parliament Policy Department A: Economic and Scientific Policy, en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/587316/IPOL_IDA\(2016\)587316_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/587316/IPOL_IDA(2016)587316_EN.pdf) (última consulta: 24/01/18).
- SIERRA BENÍTEZ, E. M. (2015, 1). «Los conductores de vehículos privados de Uberpop: una nueva situación de anomia laboral», en Sánchez-Rodas Navarro y Garrido Pérez (dirs.), *El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum.
- (2015, 2). «El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n.º 4.

- (2017). «La Protección Social de los Trabajadores ante el desafío del Nuevo Trabajo a Distancia, del Trabajo Digital y la Robótica», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n.º 11.
- SERRANO OLIVARES, R. (2017). «Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa o mejor, economía digital a demanda—, trabajo 3.0 y laboralidad», en Rodríguez Piñero, M. C. y Hernández Bejarano, M. (dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, Albacete.
- SUÁREZ CARUJO, B. (2017). «Uberización de la economía y relaciones laborales», blog *Economistas frente a la crisis*. <https://economistasfrentealacrisis.com/uberizacion-de-la-economia-y-relaciones-laborales/> (última consulta 25/01/2018).
- (2017, 2). «The sharing economy: the emerging debate in Spain», *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, n.º 6.
- THIBAUT ARANDA, J. (2000). *El teletrabajo*, CES, Madrid.
- TODOLÍ SIGNES, A. (2015). «El contrato de trabajo en el S. XXI: La economía colaborativa, *On-demand economy*, *Crowdsourcing*, *uber economy* y otras formas de descentralización productiva que atomizan el mercado de trabajo», *Working paper*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2705402 (última consulta 03/01/2018).
- (2016). «El impacto de la “UBER economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», *Iuslabor*, n.º 3.
- (2017). «Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales», en Rodríguez Piñero, M. C. y Hernández Bejarano, M. (dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, Albacete.
- TRILLO PÁRREGA, F. (2017). «Trabajo decente y economía digitalizada», en *El futuro del trabajo que queremos*, vol. II, OIT y MTySS, Madrid.
- VALLECILLO GÁMEZ, M. R. (2017). «Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad». http://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-y-la-produccion/WCMS_548607/lang-es/index.htm (última consulta 03/01/2018).
- WEISS, M. (2017). «Digitalisation: challenges and perspectives for Labour Law», en Lourdes Mella (dir.), *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: Estudios desde el Derecho Español y comparado*, Dykinson, Madrid.
- (2017). «Informe sobre la Evolución del Mercado laboral en octubre de 2017 (en Alemania)», *Revista Actualidad Internacional Sociolabo-*

ral, n.º 217. Puede consultarse en: <http://www.empleo.gob.es/es/mundo/Revista/Revista217/84.pdf> (última consulta: 25/01/2018).

- (2017). «Informe sobre Relaciones Laborales (Bélgica)», *Revista Actualidad Internacional Sociolaboral*, n.º 217. Puede consultarse en: <http://www.empleo.gob.es/es/mundo/Revista/Revista217/148.pdf> (última consulta: 25/01/2018).

Incidencia de nuevas TIC en la intermediación privada, el problema de la utilización de plataformas electrónicas para eludir derechos

CONSUELO CHACARTEGUI

Profesora titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
(Universitat Pompeu Fabra)

1. Público vs. privado y nuevas tecnologías en el ámbito de la intermediación laboral

Las nuevas tecnologías se aplican a las relaciones laborales desde muy diversos ámbitos. La llamada sociedad red ha supuesto el desarrollo de una infraestructura tecnológica que incluye una red de telecomunicaciones avanzadas y sistemas interactivos de información capaces de procesar datos a alta velocidad, diseñados especialmente para gestionar la complejidad de las transacciones mundiales. El desarrollo de internet ha permitido a la tecnología digital la transmisión automática de todo tipo de mensajes —incluidos el sonido, las imágenes y los datos—, creando un lenguaje digital universal y las condiciones tecnológicas para una comunicación global. En el ámbito de la intermediación, diversos informes de agencias de colocación digitales revelan que los portales de internet constituyen la primera opción para que un porcentaje muy significativo de empresas cubran sus ofertas de empleo.¹

¹ Infojobs (2015), «Impacto de las Redes Sociales en los procesos de selección: visión de las empresas» revela que el 23 % de las empresas contrata a sus empleados a través de redes sociales y hasta un 62 % a través de otros canales en línea, como los portales de empleo. Asimismo, seis de cada diez empresas han tenido en cuenta el perfil digital del candidato para su contratación. Dicha plataforma promovió más de un millón de contratos en 2016 *Vid.* <https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/el-60-las-empresas-consulta-las-redes-sociales-sus-procesos-seleccion>.

Adecco (2016), «Informe sobre Redes sociales y Mercado de Trabajo 2016», afirma que en 2016 el porcentaje de empresas que consultaba las redes de los candidatos era ya del 86 %. <https://adecco.es/wp-content/uploads/2017/11/Informe-2017-Empleo-y-Redes.-In-foempleo-Adecco.pdf>.

La utilización de nuevas tecnologías no puede ser, por sí misma, valorada como positiva o negativa, sino que la cuestión principal es el uso que se le dé, así como los impactos y consecuencias que se deriven de dicho uso. Por ejemplo, desde el ámbito público, puede destacarse como una buena experiencia la puesta en marcha del portal EURES de la Comisión Europea,² que utiliza las nuevas tecnologías como herramienta para dar a conocer los puestos de trabajo que los empresarios estén interesados en cubrir con trabajadores de otros países europeos, dando así respuesta a la intermediación en el ámbito de la movilidad transnacional europea.

En el ámbito privado, un sector de la doctrina mantiene que las nuevas tecnologías aumentan, de hecho, los poderes empresariales, provocando inseguridad, fragmentación y desigualdad.³ Desde el ámbito jurisprudencial también se pone el acento en que una utilización que contribuya a crear situaciones fraudulentas o discriminatorias puede convertirlas en instrumentos perniciosos porque contribuyan a hacer más fácil la vulneración de derechos de las personas trabajadoras.^{4,5} En cambio, la experiencia comparada nos muestra que las nuevas tecnologías también pueden contribuir a mejorar determinados aspectos de las relaciones laborales vinculados con la necesidad de inmediatez.⁶

² Vid. en <https://ec.europa.eu/eures/public/es/homepage>.

³ GOÑI SEIN, J. L. (2017), «Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016», *Revista de Derecho Social*, n.º 78/2017; Colàs Neila, E. (2012), *Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia*, Bomarzo, Albacete.

⁴ La STS de 21-9-2015 (RJ 2015\4353) recuerda la doctrina de la STC 99/1994, de 11 de abril, según la cual, respecto al derecho fundamental a la intimidad, «la relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él».

⁵ La STS de 21-9-2015 (RJ 2015\4353) recuerda la doctrina de la STC 99/1994, de 11 de abril, según la cual, respecto al derecho fundamental a la intimidad, «la relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él».

⁶ Vid. el caso sueco en OCDE (2015), *El mundo de los servicios públicos de empleo. Desafíos, capacidades y perspectivas para los servicios públicos de empleo en el nuevo mercado laboral*, publicaciones del BID, AMSPE y OCDE, p. 140.

2. De intermediación presencial a intermediación digital

En España, tan solo el 1,8 % de los trabajadores en situación de desempleo encontraron un empleo gracias al Servicio Público de Empleo.⁷ Además, su eficacia ha caído en picado desde el inicio de la crisis (en 2007 era del 3,2 %, según también los datos que proporciona el INE). La falta de recursos públicos a la hora de mejorar estos datos ha sido aprovechada por las empresas privadas para intentar hacerse con el monopolio prácticamente total de esta actividad.

En el campo de la intermediación, la digitalización ha contribuido a un cambio radical, desde lo que podríamos llamar una intermediación presencial o material hacia una «intermediación digital», que se ha venido realizando desde diversos instrumentos que intentan facilitar la puesta en contacto entre las empresas que ofrecen los puestos de trabajo y los demandantes de empleo. El ejemplo de las plataformas digitales,⁸ portales de búsqueda de empleo, páginas web e incluso a través de líneas telefónicas son una realidad frecuente.⁹ Este es el tema de la STS de 19 de noviembre de 2017,¹⁰ en el caso de una empresa dedicada al suministro de traductores e intérpretes. Para ello, hacía servir un número de teléfono (línea 902) con el que las administraciones públicas contactaban cuando precisaban los servicios de un intérprete o traductor (como la

⁷ Datos extraídos del INE (2017).

⁸ Dichos instrumentos permiten la búsqueda de empleo por zonas, por sectores o especialidades. Algunos de los portales más conocidos: Infojobs.net, www.laboris.net, www.monster.net, www.tutrabajo.org, www.infoempleo.com, www.tecnoempleo.com, www.turijobs.com, www.webjobresearch.com. Web de empresas de trabajo temporal: www.ranstad.es, www.adecco.es, www.altagestion.es.

Twitter también se ha hecho servir como instrumento de intermediación. La aplicación de Twitter, Tuiempleo, te permite seguir las ofertas que se publican por provincias y por tipo de empleo.

⁹ Según dicha sentencia, «el funcionario correspondiente llama por teléfono a una línea 902, que corresponde a Ofilingua, le participa la necesidad de un intérprete, el idioma que debe ser conocido y la hora aproximada en que debe personarse en las dependencias policiales o judiciales correspondientes. El personal de atención telefónica de Ofilingua SL, a través de una aplicación informática, localiza a los traductores e intérpretes más cercanos geográficamente al órgano que precisa de sus servicios, comprueba su currículum y se pone en contacto telefónico con él, informándole de qué organismo necesita un intérprete y a qué hora». Los traductores debían justificar las horas trabajadas mediante la presentación mensual de facturas a la que se acompaña certificación del órgano judicial en el que han realizado su actividad, percibiendo una cantidad fija por hora trabajada (24 €/hora), habiendo percibido desde junio de 2011 a mayo de 2012 un promedio de 67,54 € diarios.

¹⁰ Rec. 2806/2015.

Policía, la Guardia Civil o un Juzgado de Instrucción o Penal). El Tribunal Supremo concluyó que en este caso no se trataba de una actividad de colocación, sino de cesión, puesto que se dan las notas de laboralidad del art. 1.1 ET. Particularmente, la empresa de traductores pagaba a estos por sus servicios previa presentación de factura mensual.

De la misma manera, Twitter también se ha hecho servir como instrumento de intermediación. La aplicación Tuiempleo permite seguir las ofertas que se publican por provincias y por perfiles profesionales que la persona candidata escoge. La filosofía de este portal es que si una persona busca trabajo dentro del área jurídica de Barcelona, no recibirá ofertas de empleo más de que esta provincia y en tiempo real. Se señala como ventaja de este sistema la inmediatez y el poder acceder esté donde esté la persona demandante de empleo a través de su dispositivo móvil. Así pues, a partir de ahora, el sujeto jurídico «agencia de colocación» pasa a ser, en la inmensa mayoría de los casos, un sujeto digitalizado que actúa con medios automatizados.

Ahora bien, siendo que la mayoría de dichos portales tratan con datos de naturaleza personal, no se dan los necesarios mecanismos de garantía previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos, como es el consentimiento informado (art. 6.1). Por el contrario, se está entendiendo que el consentimiento va implícito en la simple aceptación de la oferta o en la perfección del contrato (es decir, la excepción del art. 6.2), como si todas las operaciones tuvieran necesariamente que concluir en la perfección del negocio jurídico contractual posterior, cuando en realidad no es así.¹¹

La jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado respecto a la difícil línea divisoria entre la actividad de intermediación y su delimitación respecto a la cesión de trabajadores. Así, la actividad de intermediación finaliza en el momento en que el trabajador percibe una retribución salarial por parte de la agencia de intermediación, pasando así a ser una actividad calificada como cesión de mano de obra. En este sentido, el trabajador pasa a ser considerado trabajador de una empresa de trabajo temporal —y ello incluso en el caso en que la agencia no tenga ánimo de lucro—, tal como lo pone de relieve la STJUE de 17 de noviembre de 2016,¹² res-

¹¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2013), «Colaboración privada en el Servicio Público de colocación», *Aranzadi Social*, n.º 10/2013.

¹² STJUE de 17 de noviembre de 2016, asunto C 216/15, Betriebsrat der Ruhrländklinik gGmbH y Ruhrländklinik gGmbH. La Ruhrländklinik explota una clínica en Essen (Alema-

pecto al supuesto de una asociación (Hermandad) vinculada a la Cruz Roja alemana.¹³ Por tanto, es indiferente que la entidad que realiza la intermediación posea o no ánimo de lucro a la hora de considerarla una empresa de trabajo temporal (y no una agencia de intermediación). Lo relevante aquí es que el trabajador percibe una retribución de la Hermandad, por lo que se dan los requisitos de la cesión de trabajadores.

Esta distinción no es baladí, dada la confusión de actividades que se ha ido produciendo paulatinamente entre las agencias de colocación y las empresas de trabajo temporal. Efectivamente, la regulación de las agencias de colocación ha transcurrido por importantes reformas legislativas en los últimos años, especialmente entre los años 2010 y 2012. La primera gran reforma tuvo lugar con la Ley 35/2010, que modificó el régimen de las agencias de colocación en tres aspectos: uno de ellos, introduciendo la gratuidad de los servicios de dichas agencias para los trabajadores (adecuando así la normativa española al convenio 181 de la OIT); en segundo lugar, considerando la recolocación como actividad que se encuadra en el concepto de intermediación. Como tercera novedad, admitiendo las agencias de colocación con fines lucrativos, lo que ha podido contribuir a una mayor mercantilización de esta actividad, alejándose del concepto de servicio público presente en la Ley de Empleo,

nia). En 2010 celebró con la Hermandad vinculada a Cruz Roja un contrato de cesión de trabajadores, en virtud del cual esta última se comprometió a poner a disposición de dicha clínica personal de enfermería, a cambio de una compensación económica que cubriera los gastos de personal y un importe a tanto alzado del 3 % en concepto de gastos administrativos. El personal de enfermería en cuestión está compuesto por miembros de la Hermandad habilitados para ejercer una actividad profesional en el ámbito de los servicios sanitarios. Con arreglo al reglamento interno de la Hermandad, esta abona a sus miembros una retribución mensual y gastos de desplazamiento. Para la sentencia, el concepto de «trabajador», en el sentido de la Directiva 2008/104, debe interpretarse en el sentido de que abarca a toda persona que realice una prestación laboral, durante cierto tiempo, a favor de otra persona y bajo su dirección, a cambio de lo que recibe una retribución, y que esté protegida por ello en el Estado miembro de que se trate, con independencia de la calificación jurídica de su relación laboral en Derecho nacional, de la naturaleza del vínculo jurídico que una a estas dos personas y de la forma de esa relación.

13 En contra de lo que sostiene la Ruhrländlinik, el hecho de que la Hermandad no tenga ánimo de lucro carece de pertinencia a este respecto, según se desprende del propio tenor literal del art. 1, apdo. 2 de la Directiva 2008/104 y de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase, en particular, la Sentencia de 3 de diciembre de 2015, Pfothenhilfe-Ungarn, C-301/14, apdo. 30 y jurisprudencia citada). La forma jurídica de esta Hermandad, constituida como asociación, también carece de relevancia, puesto que no prejuzga el carácter económico de la actividad ejercida

al tratar la intermediación como otra mercancía más objeto de beneficio económico empresarial.¹⁴

Posteriormente, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma laboral, llevó a cabo un cambio de paradigma en el objeto de la actividad de las ETT, quienes a partir de dicho momento ya fueron autorizadas legalmente para ejercer actividades de intermediación en el mercado laboral,¹⁵ entre otras. Así pues, en el momento actual, además de la posibilidad de ceder temporalmente trabajadores contratados por ella (art. 43 ET), dichas empresas ya pueden actuar como agencias de colocación (cuando cumplan los requisitos establecidos en el RDL 3/2015, Ley de Empleo, y su normativa de desarrollo), así como prestar actividades de formación para la cualificación profesional conforme a la normativa específica de aplicación, así como de asesoramiento y consultoría de recursos humanos.

El legislador, dada la confusión que puede provocar el desempeño de todas estas actividades, incluyó el inciso previsto en el art. 116.1 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Así, tanto en su relación con los trabajadores como con las empresas clientes, las empresas de trabajo temporal deberán informar expresamente y, en cada caso, sobre si su actuación lo es en la condición de empresa de trabajo temporal o en el ejercicio de cualquier otra de las actividades permitidas. Sobre este punto, considero que habría dudas razonables respecto a la adecuación de dicha posibilidad a la normativa comunitaria. Ello obliga a reflexionar acerca de hasta qué punto la Directiva 2008/104 ha de ser o no el paraguas que legitime que las empresas de trabajo temporal realicen actividades de intermediación, cuando dichas actividades no aparecen en ningún momento mencionadas en la definición del objeto que realizan las empresas de trabajo temporal (art. 3.1.b).¹⁶ Este asunto podría merecer la

¹⁴ Commodification en palabras de Esping-Andersen, G. (1990). *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press.

¹⁵ Opción criticada por CALVO GALLEGO, F.J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2011), *Colocación y Servicios de Empleo*, CES, pp. 504 y 505, basada en las consecuencias que pueda conllevar esta ampliación de la iniciativa privada y por su discutido encaje respecto a la normativa comunitaria (Directiva 2008/104, de Empresas de Trabajo Temporal).

¹⁶ Según el art. 3.1.b) de la Directiva 2008/104, la empresa de trabajo temporal es «toda persona física o jurídica que celebre contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al Derecho nacional, con vistas a destinarlos a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de estas».

interposición de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por otra parte, las agencias de colocación asumen las competencias que el art. 299 LGSS (obligaciones de los trabajadores, solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo) asigna a las agencias de colocación en el control de determinadas obligaciones que suscriben los solicitantes y beneficiarios de las prestaciones por desempleo; en particular, la participación en trabajos de colaboración social, la aceptación de colocación adecuada, la renovación de la demanda de empleo, la intervención en las acciones de orientación e información o la comparecencia en las fechas señaladas. Tanto las agencias de colocación como las empresas de trabajo temporal podrán intervenir en estas cuestiones, si bien han de formalizar el oportuno convenio de colaboración con los Servicios Públicos de Empleo, pues solo aquellas agencias que hayan suscrito dicho instrumento se equiparan a los Servicios Públicos a dichos efectos.¹⁷

3. La Organización Internacional del Trabajo ante el fenómeno de la intermediación: desde la empleabilidad al respeto a los derechos fundamentales

Desde el ámbito internacional, la Organización Internacional del Trabajo se ha referido a los desafíos actuales que afrontan los Servicios Públicos de Empleo desde una perspectiva especialmente vinculada a la empleabilidad,¹⁸ intentando incidir en los procedimientos y mecanismos para

¹⁷ Ello se somete a unas estrictas exigencias, especialmente la necesidad de que la ETT actúe previamente como agencia de colocación por un periodo de dos años anteriores a la firma del convenio, elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de trabajadores desempleados que formen parte de los colectivos prioritarios que presentan especiales dificultades de inserción e integración en el mercado de trabajo (jóvenes, mujeres, parados de larga duración, mayores de cuarenta y cinco años, personas con discapacidad e inmigrantes), contar con sistemas electrónicos compatibles con los públicos y extender la gratuidad de los servicios no solo a los trabajadores, sino también a los empresarios. Vid. Rodríguez Escanciano, S. (2013), «Colaboración privada en el Servicio Público de colocación», Revista Doctrinal. Aranzadi Social.

¹⁸ Organización Internacional del Trabajo (2015), *Los servicios de empleo en un mundo del trabajo cambiante*, Publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. En dicho informe se pone de relieve que para 2019 será necesario crear 280 millones de empleos.

hacer más eficaces las políticas de intermediación. Ello es debido, fundamentalmente, a que los servicios públicos de empleo se enfrentan a unas tasas mundiales de desempleo dramáticas —de 201 millones de personas trabajadoras desempleadas en 2017, cifra que va en aumento y con 212 millones en 2019—, debiendo dar respuesta, asimismo, al desempleo particularmente elevado de mujeres y jóvenes.

La OIT apuesta por la modernización de los servicios públicos de empleo, en colaboración con las agencias de empleo privadas, pero ha abandonado una óptica más vinculada a la afectación que actualmente posee la modernización tecnológica de los servicios de empleo respecto a los derechos fundamentales. La cuestión que subyace es hasta qué punto pueden mantenerse en el ámbito de la intermediación sistemas que, a pesar de su eficacia más o menos contrastada, puedan suponer una vulneración constante de los derechos fundamentales. El diseño legislativo del Convenio n.º 88 sobre el servicio del empleo (1948) ya apuntaba a dicha orientación finalista, al centrarse en el aspecto de la empleabilidad, promoviendo la cooperación entre los órganos públicos y privados correspondientes para garantizar la organización óptima del mercado laboral como parte de las políticas de promoción del empleo. Complementariamente, el Convenio sobre las agencias de empleo n.º 181 (1997), establece asimismo los principios generales para asegurar una cooperación efectiva entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas, y reconoce el papel que las agencias de empleo pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo.

En esta presentación se aboga por recuperar el papel que los convenios de la OIT citados asignan a la protección de los derechos fundamentales de las personas que buscan empleo, particularmente con la finalidad de promover la igualdad de oportunidades de los colectivos más desfavorecidos y de las personas más vulnerables. Particularmente, protegiendo a las personas que buscan empleo de los riesgos de discriminación en el acceso al empleo, señalando en el art. 5 del Convenio n.º 181 que los Estados miembros tienen la obligación de velar para que las agencias de empleo privadas traten a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de discriminación cubierta en la legislación y la práctica nacionales, tales como la edad o la discapacidad.

Otra manifestación de la atención a los derechos fundamentales en el Convenio n.º 181 de la OIT es el tratamiento de los datos personales

de los trabajadores por las agencias de empleo privadas. Según el art. 6 de dicha normativa internacional, esta protección debe, por una parte, efectuarse en condiciones que protejan dichos datos y que respeten la vida privada de los trabajadores, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales; en segundo lugar, debe limitarse a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores en cuestión y a cualquier otra información directamente pertinente.

Por tanto, no sería correcto concluir en que la OIT no ha dispensado la debida protección a los derechos fundamentales, pues las previsiones al principio de igualdad de oportunidades y a la protección de datos de carácter personal nos indicarían más bien lo contrario. Así pues, nos encontraríamos ante una implementación de dichos convenios por parte de los Estados miembros que presta más atención a las cuestiones procedimentales, en aras a la reducción de los índices de desempleo que acucian a las instituciones mundiales de intermediación.

4. Trabajo decente y portales de internet: consolidando la precariedad vía digital

Otra de las cuestiones que se suscitan desde un análisis multinivel es de qué manera se está procediendo a la implementación de los principios que informan el trabajo decente por parte de las agencias de colocación. La pregunta es si estas agencias privadas, en especial las que se anuncian a través de portales o aplicaciones, están contribuyendo a un modelo que siga los parámetros del concepto de trabajo decente o más bien a consolidar un modelo basado en la precariedad laboral.

A través de un simple análisis de algunas de estas agencias, podemos constatar cómo los portales de internet están contribuyendo a la consolidación de un modelo de precariedad laboral que aumenta los efectos multiplicadores de la misma al anunciar múltiples ofertas de trabajo precario, como miniempleos, contratos cero horas o trabajo a demanda. En este sentido, en la red son muy fácilmente localizables auténticos portales especializados en empleo precario, que anuncian ofertas de empleo de muy corta duración, con bajos salarios y largas jornadas, trabajos además caracterizados por una escasa protección social. Este efecto multiplicador de la precariedad puede verse incluso en el hecho de que las propias empresas de trabajo temporal utilizan de manera habitual estos portales como instrumentos para anunciar sus propias ofertas de empleo.

En este sentido, también las agencias de intermediación se caracterizan por contribuir a la consolidación de este modelo basado en la «flexiprecariedad», según el concepto acuñado por López López, Canalda Criado y De le Court.¹⁹ Así pues, la versión española quedaría bien lejos del modelo de flexiseguridad (o flexiguridad) asumido por la Comisión Europea²⁰ siguiendo el ejemplo danés, que abogaba por una mayor flexibilidad en la contratación, pero acompañada por mayores elementos de fomento de la contratación y de apoyo a las personas desempleadas para hacer lo más breve posible los periodos de transición, intensificando los mecanismos de formación (life long learning) y mayores refuerzos de la protección por desempleo para los periodos en que las personas trabajadoras se encuentran desempleadas.

5. Intermediación y portales de internet: ¿transparencia u opacidad?

Como se ha avanzado anteriormente, el sujeto jurídico «agencia de colocación» ha pasado a ser, en la inmensa mayoría de los casos, un sujeto digitalizado. Ello podría dar lugar a situaciones de lo que podríamos considerar como «doble intermediación», es decir, una intermediación consistente en el negocio jurídico que se lleva a cabo por el contacto entre

¹⁹ LÓPEZ, J., DE LE COURT, A., CANALDA, S. (2014), «Breaking the equilibrium between flexibility and security: flexiprecarity as the Spanish version of the model», *European Labour Law Journal*, vol. 5, n.º 1.

²⁰ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad {SEC(2007) 861} {SEC(2007) 862}, establece cuatro elementos del concepto de flexiguridad: a) disposiciones contractuales flexibles y fiables (desde la perspectiva del empleador y del empleado, y de «los que están dentro» y «los que están fuera») gracias a una legislación laboral, convenios colectivos y una organización del trabajo modernos; b) estrategias globales de aprendizaje permanente a fin de garantizar la adaptabilidad y empleabilidad continuas de los trabajadores, en particular de los más vulnerables; c) políticas activas del mercado laboral eficaces que ayuden a las personas a afrontar cambios rápidos, reduzcan los periodos de desempleo y faciliten las transiciones a nuevos puestos de trabajo; d) sistemas de seguridad social modernos que ofrezcan un apoyo a la renta adecuado, fomenten el empleo y faciliten la movilidad en el mercado laboral. Aquí se incluye una amplia serie de medidas de protección social (prestaciones de desempleo, pensiones y atención sanitaria) que permiten a las personas conciliar el trabajo con las responsabilidades privadas y familiares, como el cuidado de los hijos.

la oferta y la demanda de trabajo, y otra que podría caracterizarse como instrumental —el instrumento tecnológico que se interpone vía digital—. Todo ello puede esconder al sujeto (agencia de colocación) que verdaderamente realiza la actividad de intermediación, hasta ser extremadamente complicada su detección como sujeto jurídico con las obligaciones previstas en la Ley de Empleo.

Un análisis de los portales de internet que desarrollan su actividad en el ámbito de la intermediación en el mercado laboral nos muestra que estos se nutren de una falsa transparencia o transparencia aparente, siendo que, por el contrario, en realidad estaríamos ante una estructura opaca a la hora de detectar al sujeto responsable de las obligaciones previstas en la normativa aplicable. Así, existe una plataforma interpuesta que convierte en una aplicación informática a la empresa misma de colocación, lo que comporta un evidente problema a la hora de la detección de responsabilidades empresariales, cuando quien actúa es un «ente digital».

Tal como reconoce el documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea de diciembre de 2017,²¹ «el problema reside en que, en el contexto de una necesaria capacidad de adaptación del mercado laboral, existe el riesgo de que la protección de los trabajadores, incluidos los que realizan su actividad en el marco de formas de empleo nuevas y no convencionales, sea insuficiente», por lo que se espera «la promoción de un empleo más seguro y previsible». Estamos, pues, en presencia de un documento importante por la novedad que supone reconocer abiertamente, por parte de la Comisión Europea, los efectos negativos que han llevado aparejadas estas políticas de flexibilidad que se han introducido con gran intensidad desde la aparición del Libro Verde de la Comisión, de 22 de noviembre de 2006, «Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI».²² En definitiva, la Comisión Europea viene a reconocer que las recetas basadas en la austeridad no han funcionado de la manera que se hubiese esperado y que hay que cambiar el rumbo para lograr una mayor protección de las personas trabajadoras.

²¹ Bruselas, 21.12.2017. COM (2017) 797 final.

²² COM (2006) 708.

Sin embargo, las ofertas anunciadas en los portales de colocación de internet no se caracterizan precisamente por la transparencia. Así, dichas ofertas adolecen de una falta de información o transparencia sobre lo que serán los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral (art. 8.5 ET y RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla dicho precepto).²³ La mayoría de ofertas no especifican ni el salario a retribuir, ni el tiempo de trabajo ni la titulación o formación requerida.²⁴ A ello podría alegarse que nos encontramos en una fase previa a la celebración del contrato de trabajo y, por tanto, dicha obligación todavía no es exigible. No obstante, no es menos cierto que el art. 31 del RD Legislativo 3/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo, configura la actividad de intermediación como aquella destinada a proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requisitos. Por lo que difícilmente puede dilucidarse si un trabajador encaja adecuadamente ante lo que podríamos denominar como «ofertas de trabajo ciegas», esto es, aquellas ofertas de trabajo cuya inmensa mayoría de anuncios ocultan los elementos esenciales del puesto de trabajo anunciado.

Asimismo, esta necesidad de transparencia se ha subrayado por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con relación al funcionamiento de la propia red EURES, al señalar que el Reglamento n.º 492/2011, sobre libre circulación de trabajadores, persigue el objetivo de «poner al trabajador en condiciones de responder a ofertas de empleo concretas hechas en otras regiones de la Unión, garantizando de modo general una mayor transparencia del mercado de trabajo. Tal transparencia ha de alcanzarse, según dicho considerando

23 Que incluye: a) la identidad de las partes; b) la fecha de comienzo de la relación laboral y, en caso de que se trate de una relación laboral temporal, la duración previsible de la misma; c) el domicilio social de la empresa o, en su caso, el domicilio del empresario y el centro de trabajo donde el trabajador preste sus servicios habitualmente; d) la categoría o el grupo profesional; e) la cuantía del salario base inicial y de los complementos salariales, así como la periodicidad de su pago; f) la duración y la distribución de la jornada ordinaria de trabajo; g) la duración de las vacaciones y la determinación; h) los plazos de preaviso en el supuesto de extinción del contrato o las modalidades de determinación de dichos plazos de preaviso; i) el convenio colectivo aplicable, precisando los datos concretos que permitan su identificación.

24 Un estudio de UGT de 2015 señalaba que «en el 72 % de los casos no se especifica el salario; en el 30 %, el tipo de jornada, y en un 13 % no se conoce la tipología de contratación, si bien en la mayoría que sí lo dicen, un 46 %, es de carácter temporal». <http://www.ugtcatalunya.cat/CRE-A/una-oferta-precaria-y-poco-transparente/>.

8, a través de mecanismos de contacto y compensación, especialmente mediante la colaboración directa entre los servicios centrales de empleo, así como entre los servicios regionales, por medio de la coordinación de la acción informativa».²⁵

6. Plataformas digitales: un campo abonado a la vulneración de los derechos fundamentales

6.1. Principio de igualdad y no discriminación

Una de las vulneraciones que más frecuentemente puede apreciarse por parte de las agencias virtuales es la del principio de igualdad y no discriminación. En este ámbito se pasan muy frecuentemente por alto las cautelas previstas en el art. 34 del RDL 3/2015, por el que se aprueba la Ley de Empleo, en el que la garantía de igualdad y no discriminación se configura como principio básico de la intermediación laboral, tal es la prevención del legislador ante el riesgo de vulneración en materia de acceso al empleo.

En este sentido, «la intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación, así como las acciones de intermediación que puedan realizar otras entidades colaboradoras de aquellos, se prestarán de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos».

Sin embargo, los portales digitales de empleo se han convertido en un terreno abonado a la vulneración del principio de igualdad y no discriminación, publicando ofertas que señalan a uno de los sexos como destinatarios propios de la oferta o que contribuyen a consolidar estereotipos de género en determinados sectores de actividad (como, por ejemplo, el empleo del femenino cuando la oferta es respecto al sector de peluquería, manipulación de carne, limpieza, comercio al menor o textil, y utilizando el masculino en sectores como la mecánica, pintura, sector inmobiliario o almacén, entre otros muchos). Dichas ofertas discriminatorias incumplen el art. 35.2 de la Ley de Empleo.

²⁵ STJUE de 15 de octubre de 2014, Asunto C-65/13, Parlamento Europeo c./ Comisión Europea. Fundamento jurídico 50.

Teniendo en cuenta la Directiva comunitaria 2006/54, sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la Directiva 2000/78, que garantiza la igualdad en el empleo y la ocupación y lo previsto en el RDL 3/2015, ello obligaría a tener que adoptar medidas activas frente situaciones de discriminación directa e indirecta (art. 34) y a que los gestores de la intermediación laboral cuando, en las ofertas de colocación, apreciaren carácter discriminatorio, lo comuniquen a quienes hubiesen formulado la oferta (art. 35). En el apdo. 2 del art. 35 se señala que «en particular, se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar». El respeto al principio de igualdad y no discriminación se reitera en el art. 5.d) del RD 1796/2010, debiendo las agencias de colocación garantizar, en su ámbito de actuación, los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo.

Junto a la tendencia en muchos casos incontrolada a la publicación de anuncios discriminatorios por parte de las agencias de colocación virtuales, dada la poca vigilancia y seguimiento que dichas agencias ejercen sobre los empleadores anunciadores a pesar de lo que señala el RDL 3/2015 y el RD 1796/2010, podemos asimismo observar una tendencia imparable a la cosificación²⁶ de las personas trabajadoras, tratamiento que queda en las antípodas de los principios que la Organización Internacional del Trabajo fija en su carta fundacional, al señalar que «el trabajo no es una mercancía» como principio básico contenido en la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia), integrada como anexo a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo en 1944. Lejos de este mandato, proliferan las ofertas de empleo en portales tradicionalmente dedicados a compra y venta de artículos de segunda mano o portales inmobiliarios, donde se trata al trabajador como un artículo más de intercambio comercial,²⁷ lo que muestra una línea de actuación antagónica al concepto de trabajo decente como garantía de dignidad humana diseñado por la Organización Internacional del Trabajo.²⁸

²⁶ Concepto de *commodification* en palabras de ESPING-ANDERSEN, G. (1990), *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press.

²⁷ Como el caso de www.milanuncios.com o www.segundamano.es.

²⁸ SOMAVÍA, J. (2014), *El trabajo decente: una lucha por la dignidad humana*, Santiago de Chile, Organización Internacional del Trabajo

6.2. Tratamiento de datos de carácter personal

Tal como ha señalado la doctrina, la cesión de datos a los gestores que hacen servir herramientas digitales para su tratamiento y almacenamiento entraña un riesgo potencial para los derechos fundamentales de intimidad y privacidad, y plantea la necesidad de reforzar la tutela efectiva de la persona frente al tratamiento de sus datos,²⁹ ante las posibles vulneraciones del derecho fundamental a la intimidad y privacidad el art. 18.1 CE garantiza el secreto de las comunicaciones que protege el art. 18.4 CE, así como la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.³⁰

Los portales electrónicos de intermediación poseen una enorme virtualidad a la hora de recoger los datos de los trabajadores y combinarlos de forma cruzada y selectiva, extrayendo una enorme información a través de ellos y permitiendo a las empresas que realicen perfiles que, en ocasiones, pueden ser discriminatorios. Asimismo, existen aplicaciones en España que ponen en contacto a empresas con trabajadores para trabajos en el sector servicios, tras lo cual la empresa puede incluso evaluar a las personas trabajadoras tras la prestación de dichos servicios,³¹ pudiendo incluso crearse lo que se llamarían «listas negras», esto es, ficheros de datos personales formados mediante «la recogida y difusión de determinada información relativa a un determinado grupo de personas, elaborada de conformidad con determinados criterios dependiendo del tipo de lista negra en cuestión, que generalmente implica efectos adversos y perjudiciales para las personas incluidas en la misma, que pueden consistir en discriminar a un grupo de personas al excluirlas de la posibilidad del acceso a un determinado servicio o dañar su reputación, entre las que destacan las que incluyen datos sobre la causa de suspensión o extinción de la relación laboral, existencia de reclamaciones judiciales contra la empresa efectuadas por el trabajador, así como si es susceptible de nueva contratación en función de respuestas a preguntas que no se concretan, extremos estos últimos que pueden afectar

²⁹ GOÑI SEIN, J. L. (2017). «Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016», *Revista de Derecho Social*, n.º 78/2017.

³⁰ (B.O.E. de 14 de diciembre de 1999).

³¹ TODOLÍ SIGNES, A. (2016), «¿Ha llegado el fin de las ETTs derivado de la Economía colaborativa?», disponible en <https://adriantodoli.com/2016/05/31/ha-llegado-el-fin-de-las-etts-derivado-de-la-economia-colaborativa/>.

negativamente a la reputación del trabajador y a su futura empleabilidad», tal como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo.³²

En los tiempos en que la doctrina jurisprudencial constitucional reciente —y su mera expectativa de confidencialidad— podría resultar insuficiente en este punto,³³ se abre una nueva puerta con la entrada en vigor del 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 (Reglamento general de protección de datos),³⁴ ya que este puede suponer un paso muy importante a favor de la protección de datos en estos supuestos.

En lo relativo a la actividad desarrollada por estas agencias de colocación virtuales, hay que tener presente las especiales cautelas que establece el Reglamento 2016/679 en la «elaboración de perfiles», entendiendo por ello «toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física» (art. 4.4 del Reglamento 2016/679). Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar (art. 22 del Reglamento 2016/679).

La persona interesada siempre podrá pedir a la agencia de colocación información sobre dichos perfiles, pues el art. 13 señala que, ante la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, la persona interesada podrá obtener la información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento (art. 13.2.f del Reglamento 2016/679), incluso cuando la información se haya obtenido con el consentimiento de la persona

32 En base a ello, la STS (Sala de lo Civil) de 12 de noviembre de 2015 (RJ 2015\5063) condenó a la empresa a pagarle al trabajador una indemnización de 30.000 euros por informar a otra empresa sobre las razones del despido del trabajador.

33 Cardona Rubert, M. B. (2012), «Reinterpretación de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones en el modelo constitucional de relaciones laborales: un paso atrás. Comentario a la STC 241/2012, de 17 de septiembre», *Revista de Derecho Social*, n.º 60/2012, pp. 169 y ss.

34 Por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

interesada. Los principios de «tratamiento leal y transparente» exigen que se informe al interesado de la existencia de la operación de tratamiento y sus fines (art. 5.1.a del Reglamento 2016/679).³⁵ El responsable del tratamiento debe facilitar al interesado cuanta información complementaria sea necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente, habida cuenta de las circunstancias y del contexto específico en que se traten los datos personales.

Asimismo, los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral (art. 88 del Reglamento 2016/679).³⁶ Dichas normas incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados, así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento.³⁷ El plazo de trasposición es el 25 de mayo de 2018.

7. El papel de los actores ante las vulneraciones de derechos en el ámbito de las plataformas digitales

7.1. La labor inspectora: dificultades y retos

Como se ha adelantado, la incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en la intermediación privada puede comportar el problema de la utilización de las plataformas electrónicas para eludir derechos laborales, incluyendo derechos fundamentales vinculados con el

³⁵ De acuerdo con el art. 5.1.a), «los datos serán tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado (“licitud, lealtad y transparencia”).»

³⁶ El 88.1 del Reglamento 2016/679 matiza que «a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral».

³⁷ Se incluye «la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo» (art. 88.2 del Reglamento 2016/679).

principio de igualdad y de privacidad. Esta circunstancia resulta especialmente grave si tenemos en cuenta la consideración de la intermediación como servicio de carácter público (art. 3 del RD 1796/2010).

Elo obliga a abordar el papel que juega de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y los problemas que puede encontrarse en el ejercicio de su labor inspectora. Uno de los más frecuentes es la necesidad de identificar la sede social física del portal electrónico (en especial cuando la empresa de colocación se encuentra fuera de España). Así, aunque existe la obligación de solicitar una autorización administrativa para el inicio de su actividad, derivada del art. 9 del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación,³⁸ no es menos cierto que muchos de estos portales tienen su sede social fuera de España.

En estos casos, cobra carta de naturaleza la necesidad de cooperación internacional de la Inspección de Trabajo, en especial a la hora de aplicar el ordenamiento sancionador ante determinadas vulneraciones y, de manera particular, aquellas que supongan una vulneración de los derechos fundamentales constitucionales, como los que se han puesto como ejemplo en el apdo. anterior respecto al principio de igualdad y no discriminación. En 2017, la OIT publicó un estudio en el que precisamente se destaca el papel de las nuevas tecnologías a la hora de favorecer la labor inspectora y la cooperación internacional entre inspecciones.³⁹

En cambio, otros problemas son más difíciles de solventar, como se refleja en la jurisprudencia comunitaria cuando la legislación de un Estado miembro permite a las agencias de colocación el cobro de tarifas por efectuar la intermediación⁴⁰ (por ejemplo, proporcionando unos «bonos» por parte de Bundesagentur o servicio público de empleo alemán). El

³⁸ Para lo que la agencia deberá aportar los siguientes datos: a) identificación de la entidad solicitante; b) denominación de la entidad; c) domicilio de la entidad, d) número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social; e) ubicación de los centros de trabajo desde donde va a realizar su actividad. Las entidades que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos estarán exentas de presentar los datos recogidos en la letra e).

³⁹ OIT (2017), *Utilización de tecnologías de la información y de la comunicación en las inspecciones del trabajo. Una visión comparada en torno a países seleccionados*. Publicaciones de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra 2017. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_614905.pdf.

⁴⁰ STJUE de 11 de enero de 2007, caso Innovative Technology Center GmbH (ITC) contra Bundesagentur, C-2018/05.

hecho de que la legislación española (art. 34.4 del RD 3/2015 y art. 17.e del RD 1796/2010) prohíba el cobro de tarifas a los trabajadores por parte de las agencias de colocación —obligando a la gratuidad por la prestación de dichos servicios— implica que dicha conducta pueda ser sancionable en España cuando dichas agencias operen en territorio español.

Resulta de utilidad la previsión de determinadas cláusulas destinadas a facilitar las citaciones, solicitudes de documentación, notificación de requerimientos y demás actuaciones que exijan la localización de la empresa e identificación de su representante legal. Dichas cláusulas suelen prever que, en caso de que hubiese dificultades de localización de la sede social de la empresa o de identificación de su representante legal (o de sus administradores si se trata de sociedades), se requerirá, a estos efectos, la colaboración de la autoridad regional o, en su caso, de la autoridad central de la Inspección de Trabajo del país vecino.⁴¹ Sin embargo, son pocos los convenios de cooperación internacional que España ha firmado con otros países en materia de Inspección de Trabajo,⁴² y además, las cláusulas se suelen centrar en materia de accidentes de trabajo y en desplazamientos transnacionales, por lo que esta cuestión no es una de las prioritarias a tratar en dichos instrumentos convencionales.

Una de las premisas de partida es que toda empresa ha de facilitar los datos que le requiera la Inspección de Trabajo, según lo previsto en el art. 50 de la LISOS, apdo. 2, según el cual «las acciones u omisiones que perturben, retrasen o impidan el ejercicio de las funciones que, en orden a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos tienen encomendadas los inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los subinspectores de Empleo y Seguridad Social, serán constitutivas de obstrucción a la labor inspectora que se calificarán como graves». En base, pues, a dicho precepto, puede concluirse que supone un acto de obstrucción a la labor inspectora⁴³ que la

⁴¹ Acuerdo de intercambio de información y cooperación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España y la Inspección General de Trabajo de Portugal (2002).

⁴² Acuerdo de intercambio de información y cooperación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España y la Inspección General de Trabajo de Portugal (2002); Convenio de colaboración entre las Inspecciones de España y Francia (2010); Acuerdo de entendimiento y colaboración para el intercambio de información y cooperación entre la Inspección de Trabajo de Polonia y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España (2010); Memorandum de entendimiento y colaboración para el intercambio de información y cooperación entre la Inspección de Trabajo de Rumanía y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España (2009).

⁴³ *Vid.* la STS 30-5-2017 (RJ 2017\3494).

Inspección de Trabajo requiera la información por correo electrónico y no obtenga respuesta alguna por parte del portal electrónico de colocación.

La diferencia respecto a otras actitudes de obstrucción a la labor inspectora es que aquí el acto se produciría no por acción, sino por omisión, al no recibir respuesta la Inspección de Trabajo por parte de la agencia de colocación que hace servir el portal de internet. No obstante, puede encontrarse algún ejemplo en la jurisprudencia de esta actitud de obstrucción por omisión —por ejemplo, en un supuesto en que, a la llegada de los inspectores a una finca, cuatro personas salen corriendo del lugar y no vuelven a aparecer, sin que se adoptase por parte del empresario ninguna medida para retener a las personas que huían de dicha finca.⁴⁴

Respecto a infracciones y sanciones, hay que recordar que los arts. 14 y ss. de la LISOS tipifican las diferentes infracciones susceptibles de ser cometidas por las agencias de colocación. Singularmente, por lo que aquí se ha analizado, el art. 16.1c)

LISOS establece que es infracción muy grave «solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado».

7.2. Tutela judicial, medidas cautelares y acción de cesación

Desde la entrada en vigor de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, el juez social conocerá de las cuestiones litigiosas entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo (art. 2.a LRJS), lo que incluye también los actos preparatorios y previos, así como las cuestiones relativas a la intermediación laboral, en los conflictos que surjan entre los trabajadores y los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación autorizadas y otras entidades colaboradoras de aquellos y entre estas últimas entidades y el servicio público de empleo correspondiente (art. 2.p LRJS). No obstante esta tutela procesal, la realidad es que las

⁴⁴ Vid. por ejemplo, la STS de 14 de julio de 2016 (RJ 2016\4415), reconociendo ante los inspectores que eran trabajadores a los que no había habido tiempo de preparar los papeles y sin aportar su identificación. También la STS de 24 de abril de 2012 (RJ 2012\8525), al no entregarle al inspector las evaluaciones higiénicas realizadas.

demandas en estos estadios previos de la relación laboral son muy escasas. Así, aunque la vulnerabilidad ante los supuestos de discriminación o incluso de discriminación múltiple comienza antes de celebrarse el contrato de trabajo, el trabajador no suele solicitar la tutela ante los tribunales sociales en dichos estadios precontractuales siguiendo el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas de los arts. 177 a 184 LRJS.

De acuerdo con el procedimiento especial en materia de derechos fundamentales (art. 180.5 LRJS), la convocatoria tiene lugar por citación a las partes y al Ministerio Fiscal, dentro del día siguiente a la admisión de la demanda o a la solicitud, celebrándose el incidente dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, resolviéndose al término de la audiencia mediante auto dictado de viva voz.

De llegar a plantearse la demanda, resulta especialmente interesante que en estos casos se refuerce la legitimación activa de las personas trabajadoras a través de la personación, como coadyuvantes, del sindicato al que pertenezca el trabajador o trabajadora, de cualquier otro sindicato más representativo, así como de aquellas entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentren la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, como podría ser, en los casos de denuncia de ofertas discriminatorias, el Institut Català de les Dones o el Instituto de la Mujer. La ventaja de dicha participación como coadyuvantes —a pesar de que no puedan personarse, ni recurrir ni continuar el proceso sin el concurso de la voluntad del trabajador o trabajadora perjudicada—, es que pueden dar una notable difusión a través de sus redes sociales. La denuncia social y la repercusión mediática que la reprobación de dichos organismos públicos o privados puede tener, puede ser un paso muy importante a la hora de conseguir la efectividad de la tutela a través de esta modalidad procesal.

Asimismo, una vez planteada la demanda de tutela de derechos fundamentales en casos graves de anuncios discriminatorios, podrían hacerse valer las medidas cautelares previstas en el art. 79 LRJS para solicitar el bloqueo de la web anunciadora de las ofertas discriminatorias, que se regirán por lo dispuesto en los arts. 721 a 747 LEC, con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social y oídas las partes.⁴⁵

⁴⁵ Con arreglo al art. 728 LEC, solo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultarían el desarrollo del proceso.

Hasta el momento presente, no hay experiencias en las que pueda constatarse la imposición del bloqueo de páginas web como medida cautelar para evitar el daño que suponen las ofertas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales o a la dignidad de las personas trabajadoras. Y ello a pesar de que el art. 180 LRJS contempla, en referencia a dichas medidas cautelares, la posibilidad de que el juez o tribunal pueda acordar la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando su ejecución produzca al demandante perjuicios que puedan hacer perder la pretensión de tutela, siempre que dicha suspensión no cause una perturbación grave y desproporcionada a otros intereses superiores constitucionalmente protegidos.

En cambio, sí que es más frecuente la estimación de medidas cautelares en el ámbito de los derechos colectivos. Por ejemplo, la aplicación de dicha medida cautelar destinada a paralizar el ejercicio del derecho de huelga durante las fechas navideñas de los trabajadores de Madrid Barajas en el centro de trabajo de AENA Aeropuerto Adolfo Suarez Barajas de Madrid para los días de 21 de diciembre de 2017 a 8 de enero de 2018 —solicitando en el suplico además de ilegalidad del preaviso de huelga la desconvocatoria de la misma—.⁴⁶ Puede verse otro ejemplo

taren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria (*periculum in mora*). El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

⁴⁶ *Vid.* Auto del Juzgado de lo Social n.º 10 de Madrid de 19 de diciembre de 2017 (JUR 2018\2681), que determina la procedencia de acordar la medida cautelar solicitada en tanto que la petición por un lado, encuentra adecuado encaje en el número 7.º del art. 727 LEC y por otro lado, valorando proporcionalmente los efectos del preaviso de Huelga de los vigilantes de seguridad destinados en el Aeropuerto Adolfo Suárez Barajas de Madrid en las fechas indicadas en el preaviso (21.12.2017 a 08.01.2018), en las que es de público y notorio conocimiento la existencia de la mayor afluencia de pasajeros del año, por tanto de no atenderse la medida cautelar solicitada, el caos y desconcierto que una huelga en un servicio de transporte público ocasiona no tendría reparación posible para los miles de usuarios a los que la decisión adoptada por los promotores del preaviso acarrearía entre los días 21 de diciembre 2017 a 08 de enero de 2018, puesto ello en relación con los intereses objeto de reclamación por parte de los trabajadores a la empresa, y a su vez ponderando la posibilidad de si tras el juicio la decisión de huelga adoptada pueda, resultar o no revocada por una sentencia judicial firme. Es decir, ha de darse primacía a la defensa de los

de ello en el auto de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2015, en el que se suspendió la huelga convocada por la asociación de futbolistas españoles debido a que la celebración de la huelga impediría concluir el campeonato de Primera y Segunda División B en las fechas indicadas.⁴⁷

El juez deberá valorar la admisión de la medida cautelar sobre la base de los siguientes parámetros.⁴⁸ En primer lugar, la instrumentalidad, pues la medida cautelar será exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la eventual sentencia que se dicte en el proceso del que está conociendo el tribunal o del que se inicie, por lo que se supedita a la pretensión contenida en el proceso principal; b) proporcionalidad, de manera que la medida cautelar debe ser la menos gravosa o perjudicial para el demandado de las posibles igualmente eficaces; c) eventualidad, la medida cautelar se supedita al proceso al que sirve y solo subsiste mientras no se haya dictado sentencia;⁴⁹ y d) homogeneidad, puesto que el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte (art. 726.2 LEC). Así pues, ha de ser homogénea y armónica con la tutela judicial que se solicita en el proceso.

Reforzando esta posibilidad, hay que tener en cuenta que las agencias de colocación digitales son «prestadores de servicios de la sociedad de la información» que quedan incluidas dentro del ámbito de apli-

intereses generales de la sociedad en materia de servicio público de transporte en fechas en las que la mayoría de pasajeros —y también trabajadores— disponen de determinados días del año para el traslado a distinta localidad de su lugar de trabajo.

⁴⁷ Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 14 mayo de 2015 (AS 2015\776), señala que «Por lo demás, se ha probado que la celebración de la huelga impediría concluir el campeonato de Primera y Segunda División B en las fechas indicadas, lo que provocará un grave desorden organizativo, cuya resolución es muy difícil de resolver por los compromisos internacionales de España y de los propios clubes, así como por las propias fechas de vacaciones de los futbolistas, sin olvidar que AFE anunció que se reservaba la ampliación de los días de huelga iniciales, lo que nos permite concluir que, si no se adoptara la medida solicitada, se producirían situaciones que impedirían o dificultarían gravemente la tutela judicial que pudiera otorgarse caso de una eventual sentencia estimatoria, concurriendo, por tanto, los requisitos del art. 728 LEC».

⁴⁸ *Vid.* en GUILLÉN OLCINA, J. J. (2012). «Actos preparatorios. Anticipación de la prueba y su aseguramiento. Medidas cautelares», *Aranzadi Social*, n.º 10/2012.

⁴⁹ Por ello, la medida cautelar se caracteriza por ser temporal, provisional, condicionada y susceptible de modificación y alzamiento: podrá ser modificada o revocada durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado.

cación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la Sociedad de Información y de Comercio Electrónico,⁵⁰ por lo que también es posible plantear una acción de cesación en virtud del art. 30 de la Ley 34/2012, contra aquellas conductas que lesionen intereses colectivos o difusos de los usuarios. En el anexo final de definiciones, se conceptualizan como «servicio de la sociedad de la información» o «servicio» todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario; y como «servicio de intermediación» aquel servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información.⁵¹

Según el art. 10 de la Ley 34/2012, la agencia de colocación electrónica —como prestador de servicios de la sociedad de la información— estará obligada a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a la siguiente información: a) su nombre o denominación social; su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva; b) los datos de su inscripción en el Registro Mercantil en el que, en su caso, se encuentren inscritos, o de aquel otro registro público en el que lo estuvieran para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad; c) en el caso de que su actividad estuviese sujeta a un régimen de autorización administrativa previa, los datos relativos a dicha autorización y los identificativos del órgano competente encargado de su supervisión.

En el art. 8 se prevén las restricciones a la libertad del servicio cuando se atenta, entre otros, contra el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social. Como se ha avanzado, es posible plantear una acción de cesación en virtud del art. 30 de la Ley 34/2012, contra las conductas que

⁵⁰ (B.O.E. de 12 de julio de 2002).

⁵¹ Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de internet.

lesionen intereses colectivos o difusos de los usuarios. Tal como dispone la normativa, dicha acción se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a dicha norma y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción también podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente.

La acción de cesación se ejercerá conforme a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil para esta clase de acciones.⁵² Por su parte, el art. 728 LEC regula «el peligro por la mora procesal; la apariencia del buen derecho y la caución» en el último párrafo del n.º 3 indica que en los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el tribunal, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados, podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución.

8. A modo de reflexión final: retos de futuro desde un presente que ya lo requiere

Para la OCDE, las mejores prácticas sobre nuevas tecnologías en el ámbito de la intermediación se centran en los servicios públicos de empleo. Un informe de este organismo recomienda una serie de medidas de mo-

⁵² Según el art. 31, poseen legitimación activa para interponer la acción de cesación Están legitimados para interponer la acción de cesación: a) las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo, incluidas aquellas que pudieran verse perjudicadas por infracciones de las disposiciones contenidas en los arts. 21 y 22, entre ellas, los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que deseen proteger sus intereses comerciales legítimos o los intereses de sus clientes; b) los grupos de consumidores o usuarios afectados, en los casos y condiciones previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil; c) las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores; d) el Ministerio Fiscal; e) el Instituto Nacional del Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores; f) las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos o difusos de los consumidores que estén habilitadas ante la Comisión Europea mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

dernización de servicios públicos de empleo (caso de algunos países nórdicos) y aporta recomendaciones interesantes que rompen la idea de que los servicios públicos de empleo son obsoletos o ineficaces. Así, el programa de conavegación o gestión multicanal de Suecia implica básicamente que un trabajador o empresario que está en línea y no puede encontrar información o completar un servicio puede hacer clic sobre un banner que le permite al empleado del servicio público ver la pantalla y proporcionarle ayuda. Se hace un uso de chat, texto, audio y video que incrementa la eficacia de la intermediación.⁵³ La reconsideración de la actividad de colocación como servicio público obliga a replantearse el papel de los servicios públicos de empleo y su apuesta por estas vías.

Desde la perspectiva de género también hay retos importantes, como lo pone de manifiesto la E-plataform for women entrepreneurs (2016), que muestra cómo el uso de las herramientas digitales resulta más útil a la hora de facilitar herramientas para ayudar a las mujeres que desean emprender su propio negocio.⁵⁴ En definitiva, muy lejos de la actividad a la que nos tienen acostumbradas las agencias de colocación digitales, al publicar anuncios discriminatorios que vulneran la normativa internacional, las directivas europeas y el propio ordenamiento interno.

⁵³ OCDE (2015), *El mundo de los servicios públicos de empleo. Desafíos, capacidades y perspectivas para los servicios públicos de empleo en el nuevo mercado laboral*, publicaciones de BID, AMSPE y OCDE, p. 140: «las encuestas sobre la satisfacción del cliente muestran que más del 90 % de los usuarios de los SPE están satisfechos con este tipo de servicio. De hecho, el 92 % de casi 1.600 encuestados declaró que “elegirían nuevamente este tipo de apoyo/ayuda»

⁵⁴ <https://wagate.eu/>.

Mujer y derechos laborales: presente y futuro del trabajo de la mujer. Puntos críticos y propuestas para una nueva regulación de las relaciones laborales

DALILA DOPAZO BLANCO

Magistrada del Juzgado de lo Social n.º 3 de Lugo

I. Introducción

Resulta complejo abordar un tema tan amplio, con tantas cuestiones a analizar y tantos matices como el de las relaciones laborales y la mujer, en especial si se tiene en cuenta que en el ámbito laboral, como en cualquier otro de la vida, la cuestión de género está vinculada a unos condicionamientos históricos y socioeconómicos que han configurado no solo la realidad jurídica, sino también las estructuras mentales de todas nosotras y todos nosotros.

Coincide, además, que esta ponencia se presenta un 8 de marzo de 2018, precisamente en una fecha en la que se ha convocado la primera huelga general de mujeres en el ámbito laboral, doméstico y de consumo para visibilizar la importancia de la actividad de las mujeres en el desarrollo de la vida diaria, incluso en sus elementos más esenciales.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en este trabajo se va a hacer alusión solo a alguno de los problemas que se evidencian para la mujer en el ámbito laboral y algunas de las medidas que se han intentado implantar o que podrían ser intentadas para superar una situación de discriminación laboral histórica que, aunque sea una paradoja, no afecta a un grupo minoritario de la población.

Asimismo, se hará referencia en algunos casos concretos a la posible influencia de las nuevas tecnologías (tema de estas jornadas) en las condiciones laborales de las personas trabajadoras desde el punto de vista de su influencia sobre el trabajo realizado por las mujeres. Las nuevas tecnologías son un futuro que ya se encuentra entre nosotros y nosotras y del que se pueden derivar grandes posibilidades de progreso,

pero también grandes peligros de explotación laboral que deben ser afrontados de forma decidida por todos los poderes públicos.

Es preciso indicar, en todo caso, que en esta ponencia se analizará lo anterior desde una perspectiva concreta, que coincide en gran medida con algunas de las tesis de la denominada «teoría feminista del derecho». Muchas son las variantes del feminismo en el ámbito jurídico y fuera de él, cierto. El concepto de feminismo que en este trabajo se defiende es el de la configuración del feminismo como una teoría de liberación, de liberación de la mujer y también del hombre. Una teoría puesta al servicio de la eliminación de todos aquellos estereotipos y ataduras que nos hacen a mujeres y a hombres menos libres y que limitan nuestra dignidad como seres humanos.

A esta finalidad libradora debe servir el Derecho.

II. Discriminación laboral de la mujer, ¿de qué hablamos?

Antes de entrar en el análisis de algunos de los problemas laborales de la mujer en el Estado español y de sus posibles soluciones, es preciso tener presente un hecho que, como se verá, se confirma con los datos objetivos: existe una discriminación laboral de la mujer por el hecho de serlo.

La discriminación de género supone una subordinación de la mujer respecto al hombre como consecuencia de los prejuicios de género, e implica un trato desfavorable o una desventaja respecto al varón en idénticas circunstancias.

Es obvio que la identificación de la existencia de discriminación sencilla en los casos en los que el trato es abiertamente desfavorable, pudiendo hablarse en estos supuestos de discriminación directa. En otros casos, la identificación de la discriminación es más compleja, dado que se encuentra oculta, por lo que se puede hablar de una discriminación indirecta.

Según Glòria Poyatos,¹ para que exista discriminación indirecta por razón de género en el ámbito laboral, deben concurrir estas condiciones:

1. Una disposición, decisión o práctica empresarial determinada.
2. Que sea aparentemente neutra, es decir, que no tenga ánimo discriminatorio (aparente, por lo menos).

1 POYATOS MATAS, Glòria, «Juzgar con perspectiva de género. El camino judicial hacia la igualdad real», Jornadas de Otoño organizadas por Xustiza e Sociedade, Vigo, 2017

3. Esta disposición, decisión o práctica debe provocar una desventaja particular con respecto a las personas del otro sexo.

4. Y que la disposición, decisión o práctica carezca de justificación objetiva, de finalidad legítima y los medios para alcanzar dicha finalidad no sean los necesarios y adecuados.

Para que se pueda considerar admisible la justificación, debe reunir los siguientes requisitos:

- Tener una justificación objetiva desconectada de toda discriminación.
- Perseguir una finalidad legítima conectada con la justificación objetiva.
- Los medios por el empleador deben ser los idóneos y aptos para lograr el objetivo perseguido.

Pues bien, como se indicó, debemos partir de la afirmación de que la mujer se encuentra discriminada en el ámbito laboral, a veces de forma directa y otras de forma indirecta, hecho sobre el que se debe incidir a través del empleo de las técnicas de actuación adecuadas con la finalidad de superar esta situación discriminatoria (a la forma de superación de la discriminación se hará referencia en el último epígrafe de esta ponencia).

III. Puntos críticos de la regulación de las relaciones laborales y algunas propuestas de reforma desde la perspectiva de género

3.1. La discriminación de la mujer en el acceso al empleo

La incorporación de la mujer al mercado laboral es menor que en el caso de los hombres, y la brecha de género a este respecto asciende a 13 puntos en el periodo de 2010 a 2014, según los datos del INE. Entre los años 2013 y 2014 se observa una leve recuperación de la tasa de empleo en general, que afecta tanto a hombres como a mujeres, pero entre estas sigue existiendo una mayor tasa de desempleo en todas las edades.

El descenso más elevado de la tasa de empleo en el periodo 2010-2014 se produce entre las mujeres con edades comprendidas entre los 25 a 54 años (las de edades comprendidas entre 20 a 24 no recuperan

empleo debido a la continuación de su periodo educativo), si bien se observa que, en muchos casos, abandonan el mercado laboral en un momento determinado alegando la existencia de personas dependientes a las que deben proporcionar cuidados. En lo que se refiere a las mujeres de más de 55 años, en el periodo indicado, los datos acreditan una mayor tasa de empleo, aunque vinculada a la realización de trabajos de escasa cualificación y muy precarizados que se asocian a sectores fuertemente feminizados (limpieza, cuidado de personas dependientes, menores o ancianos, etc.).

En realidad, se puede constatar que existe una cultura social y empresarial que asocia la condición de mujer a los costes de un posible embarazo y a la necesidad de compatibilizar el trabajo con las obligaciones familiares, lo que hace que en los procesos selectivos las mujeres resulten una mano de obra menos «atractiva» frente a los candidatos varones al puesto de trabajo y que tengan características de formación y capacitación similares.

Esta dificultad de la mujer para el acceso al empleo (en concreto, al de calidad) es especialmente preocupante en el caso de los grupos humanos que se encuentran en situación de exclusión social, como es el caso de las mujeres de familias monoparentales, las mujeres inmigrantes, las que son víctima de violencia de género, las que sufren drogodependencia o trastornos adictivos, las que son objeto de explotación sexual o las que forman parte de los colectivos de mujeres jóvenes o mayores.²

A este respecto, las nuevas tecnologías pueden tener unos efectos ambivalentes en el acceso de la mujer al mercado laboral. Desde el punto de vista positivo, es obvio que el desarrollo de actividades en las que se usen las nuevas tecnologías puede dar lugar a que la mujer se pueda incorporar a puestos de trabajo de cierta calidad con unas condiciones salariales y laborales más beneficiosas. Sin embargo, para ello será preciso, entre otros requisitos, una formación adecuada (existe una «brecha digital de género»), y también en este aspecto pesan los estereotipos, de tal forma que las mujeres estudian carreras técnicas en mucho menor grado que los hombres (25,64 % de mujeres en ingeniería y arquitectura), y la presencia de mujeres en los sectores de alta y alta-media tecnología es de alrededor del 30 %.

² Para un análisis de estos colectivos, puede leerse la obra de RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana y MARTÍNEZ BARROSO, María Reyes (dirs.) y ÁLVAREZ CUESTA, Henar (coord.), *La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

3.2. La discriminación de la mujer durante la vigencia de la relación laboral

En los años noventa del siglo xx se inició la progresiva devaluación de las condiciones laborales de las personas trabajadoras, tanto en lo que se refiere a las cuestiones estrictamente retributivas como a la seguridad y estabilidad en el empleo y los restantes elementos que conforman la relación laboral. Como consecuencia de ello, se habla de «precarizado» y de «trabajadores pobres», es decir, personas que carecen de trabajos estables y/o en los que se respeten unas mínimas condiciones laborales que permitan la subsistencia en condiciones de dignidad (lo que se define por la OIT como «trabajo decente»).

Este fenómeno abarca supuestos muy variados³ y afecta a todos los colectivos de personas trabajadoras, pero de forma más intensa a aquellos que se encuentran en una situación de partida más desfavorable. Este es el caso de las mujeres que, como ya hemos visto, parten de una situación de discriminación laboral. Se da, pues, una precarización de unas condiciones laborales ya de por sí precarias.

Analizaremos a continuación algunos de los supuestos en los que se puede observar este fenómeno e intentaremos apuntar algunas propuestas interpretativas y legislativas que permitan superar esta situación de precarización y discriminación laboral.

3.2.1. La discriminación salarial

La diferencia salarial de género (también conocida como brecha salarial de género) es la diferencia existente entre los salarios de los hombres y los de las mujeres, expresada como un porcentaje del salario masculino, de acuerdo con la OCDE.

Según el informe *Brecha salarial y techo de cristal* elaborado por el sindicato de técnicos de hacienda GESTHA,⁴ en el Estado español, las mujeres cobran un 30 % menos que los hombres (unos 4.745 euros anuales). Por otro lado, la brecha salarial se hace más evidente a partir de los 16.000 euros de salario y también se amplía al tiempo que se incrementa la edad de la trabajadora. Así, el incremento es significativo

³ Vid. RENTERO JOVER, Jesús, «La nueva precariedad en el mercado laboral», XXVII Jornadas Catalanas de Derecho del Trabajo: *In memoriam* profesor M. R. Alarcón. *Cuadernos digitales de formación*, CGPJ, vol. 22, 2016.

⁴ Vid. <http://www.gestha.es/index.php?seccion=actualidad&num=507>.

en el tramo de 26 a 45 años (lo que se pone en relación con la edad fértil y el cuidado de los/as hijos/as) y continúa creciendo en el tramo de 46 a 65 años hasta alcanzar un tercio de sueldo. A partir de los 65 años las mujeres cobran un sueldo por debajo de la mitad del cobrado por los hombres de su misma franja de edad.

En lo que se refiere a las diferencias por comunidades autónomas, Asturias es el territorio con una mayor brecha salarial (las mujeres cobran un 38 % menos que los hombres) y Canarias tiene la menor diferencia de salarios por género (16 %). Por otro lado, y respecto a estudios anteriores, se concluye que Murcia, Melilla, Asturias y La Rioja son las comunidades autónomas en las que la brecha salarial se ha reducido menos (por debajo del 3 %), mientras que los datos de reducción son mejores en comunidades como Catalunya, Illes Balears, Extremadura, Andalucía, Aragón, Canarias y Castilla-La Mancha⁵.

Las causas de la brecha salarial son variadas, pero es preciso destacar que, con carácter general, no nos encontramos ante una discriminación directa, sino indirecta, en la que influyen distintos factores:⁶

- Existen sectores de actividades fuertemente feminizados en los que los salarios suelen ser bajos (como la limpieza, por ejemplo).
- Los empleos relacionados con las tecnologías y la ciencia suelen estar mejor pagados, y en ellos es menor la presencia de mujeres que de hombres.
- Las mujeres trabajan menos horas que los hombres porque prestan servicios a tiempo parcial en mayor proporción y reducen sus jornadas para el cuidado de hijos e hijas o dependientes (el 22,6 % de las mujeres ha reducido su jornada por esta causa, frente al 3,44 % de los hombres).
- Las mujeres perciben menos complementos salariales por distintos factores:

⁵ Para analizar los datos por comunidades autónomas, véase también el informe de UGT a consultar en [http://www.ugt.es/Publicaciones/Brecha%20salarios%20por%20comunidades-OK%20\(3\).pdf](http://www.ugt.es/Publicaciones/Brecha%20salarios%20por%20comunidades-OK%20(3).pdf). Asimismo, los datos de Cataluña entre 2008-2015 http://observatoritrebball.gencat.cat/web/.content/05_-_recursos/documents/fragments_de_coneixement/arxiu/Evolucio-bretxa-salarial-de-gener-2008-2015.pdf.

⁶ Vid. <http://www.ugt.es/Publicaciones/18-02%20INFORME%20BRECHA%20SALARIAL.pdf> y http://www2.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/17466/2304202-Informe_Brecha_salarial__El_peaje_de_la_discriminacion.pdf.

- Mala clasificación profesional, de forma que, aunque se preste el mismo trabajo, en los sectores más feminizados las categorías profesionales existentes perciben salarios más bajos que en los sectores con menos empleo femenino.
- Incorrecta valoración de algunos complementos, de tal forma que solo se tienen en cuenta en sectores masculinizados. Así, el complemento de toxicidad es habitual que se recoja en los convenios colectivos de recogida de basuras (sector masculinizado) y no en los de limpieza de oficinas (sector feminizado), a pesar del uso de productos químicos que pueden ser corrosivos, irritantes o cancerígenos.
- Pérdida de ciertos complementos debido a reducciones de jornada o trabajo a tiempo parcial por la necesidad de atender a cargas familiares o no obtención del complemento de disponibilidad por idéntica causa.

Frente a esta situación, el Gobierno del Estado ha propuesto en la Mesa de Calidad del Empleo el establecimiento de la obligación para las empresas de comunicar de forma regular a los y las representantes de los trabajadores y las trabajadoras los salarios por categorías desglosados por géneros, así como la posibilidad de realizar auditorías salariales y la creación de un registro de los planes de igualdad, con la finalidad de que las remuneraciones por género puedan ser conocidas por las personas trabajadoras y sus representantes, pero también por las autoridades.

Como indican los sindicatos, las medidas gubernamentales se fundamentan en los planes de igualdad, y el art. 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece que solo son obligatorios en las empresas de más de 250 trabajadores y trabajadoras (un número pequeño en relación con el total de actividad empresarial en el Estado). Por esta razón, y por la existencia de múltiples factores que influyen en la diferencia retributiva entre hombre y mujeres, es necesaria una norma que aborde esta problemática de un modo global.

A este respecto, es preciso destacar la proposición de Ley de igualdad retributiva entre mujeres y hombres que fue registrada por el grupo parlamentario Confederal de Unidos Podemos - En Comú Podem - En Marea el 24 de octubre de 2017, y que fue aprobado por el Congreso con 210 votos a favor y 127 abstenciones (PP) en la sesión de 22 de

febrero de 2018. En el texto,⁷ tras una larga exposición de motivos en la que se indica la importancia de adoptar medidas para erradicar la brecha salarial de género, se introducen modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores en materia de forma y tipos de contratos, clasificación profesional, formación profesional, ascensos, descansos y permisos, horas extraordinarias, subcontratación de obras y servicios, representación de los trabajadores y las trabajadoras y negociación colectiva. Cuestiones similares se abordan en la reforma del Estatuto Básico del Empleado Público y, junto con otras reformas normativas de menor importancia, se presta una especial atención a la regulación del régimen de sanciones (con la modificación de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social [LISOS] y la de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

El día 20 de febrero de 2018 se registró también la proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia retributiva, presentada por el grupo parlamentario socialista.⁸ También en este caso se propone la modificación del Estatuto de los Trabajadores, el Estatuto Básico del Empleado Público y la LISOS en términos muy similares a lo propuesto por el grupo parlamentario Confederado de Unidos Podemos - En Comú Podem - En Marea. Asimismo, se establece una modificación de la LO 3/2007 en relación con el contenido de los planes de igualdad.

Si analizamos el contenido de ambas normas, podemos hacer las siguientes valoraciones:

- Ambas normas propuestas establecen que se deben publicar anualmente los sueldos de los diferentes puestos con diferenciación de sexo y de forma promediada y desglosada, cuestión que debe ser objeto de desarrollo reglamentario. En el proyecto presentado por el PSOE, la publicación se hará en un libro de registro atendiendo a las retribuciones medias, mientras que en el proyecto de Unidos Podemos se indica que tanto la media como la mediana deben constar en las nóminas, ya se trate de la prestación de servicios en el sector privado como en el público.

⁷ Vid. texto completo en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-171-1.PDF#page=1.

⁸ Vid. texto completo en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-214-1.PDF#page=1.

- Las dos propuestas establecen una presunción de la existencia de discriminación retributiva según un porcentaje del 20 % en el caso de Unidos Podemos y del 25 % en el caso del PSOE.
- En ambos proyectos, las empresas que tengan más de 250 trabajadores deberán realizar auditorías salariales (en el caso de Unidos Podemos, tal auditoría va incluida ya en el plan de igualdad) y se fijan sanciones en caso de incumplimiento. La diferencia radica en el tipo de sanción, dado que en el proyecto de Unidos Podemos se prevén sanciones fijas hasta el máximo de 187.000 euros para la infracción muy grave, y en la propuesta del PSOE las sanciones se calculan «en atención a un porcentaje de la masa salarial», con una graduación que, de existir una infracción muy grave, será del 1,3 % en el grado máximo (como crítica, cabe indicar que este sistema podría dar lugar a sanciones más reducidas que las existentes en la actualidad, lo que dificultaría la función preventiva de la norma).
- Para garantizar la efectividad en el cumplimiento de la ley, el PSOE propone la creación, dentro de la Inspección de Trabajo, de una Oficina Nacional de Lucha contra la discriminación por razón de sexo en la empresa y la ocupación. Por su parte, Unidos Podemos defiende la creación de tres organismos diferentes:
 - Una unidad especializada en materia de igualdad de trato que existirá en todas las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social.
 - Una Dirección General para la Igualdad Retributiva, que dependerá de la secretaría de Estado de Servicios Sociales.
 - Una Comisión interministerial para la igualdad retributiva en materia de género.
- Se le atribuye al Instituto de la Mujer la función de colaborar con la Inspección de Trabajo en esta materia y, en el caso del proyecto de Unidos Podemos, se prevé que haga también informes o dictámenes sobre discriminación retributiva.

3.2.2. El trabajo a tiempo parcial como sistema de discriminación por razón de género

Como se indicó, existe un elevado grado de empleo femenino a tiempo parcial. Según los datos del INE, en el año 2014, el 72 % de las jornadas a tiempo parcial existentes eran asumidas por las mujeres. Este dato no solo es relevante con relación al porcentaje, sino también por las causas alega-

das por las empleadas para aceptar este tipo de trabajo. Así, las mujeres que trabajan a tiempo parcial indican que lo hacen porque no encuentran un trabajo a tiempo completo (62 % de los casos frente al 70 % de los hombres con ese tipo de jornada) o porque tienen que asumir el cuidado de niños o adultos con necesidades de asistencia (13,5 % de los casos, sin que esta causa se especifique como motivo en el caso de los hombres).

Este tipo de trabajo se regula en el art. 12 del ET, precepto que ha sufrido diferentes reformas que deben ser valoradas de forma negativa para los trabajadores y trabajadoras en general y para las mujeres en particular, ya que permite la realización de horas extraordinarias (limitada a los supuestos del art. 35.3 ET) y, tras la modificación introducida por el RDL 16/2013, autoriza la realización de horas complementarias de forma muy flexible, estableciendo la posibilidad de un tramo de «horas de aceptación voluntaria». Esta situación favorece una flexibilidad en el contrato que solo beneficia al empleador, situando a la persona trabajadora ante una situación de disponibilidad e inseguridad que impide la conciliación de la vida familiar, personal y laboral.

Por lo tanto, el contrato a tiempo parcial se configura en el ordenamiento jurídico español como una fuente de discriminación indirecta para las mujeres por las siguientes razones:

- Son las mujeres las que, en mayor proporción, están sometidas a este tipo de relación contractual.
- Las trabajadoras, al realizar pocas horas de trabajo, perciben salarios más reducidos.
- La disponibilidad derivada de la organización empresarial (horas ordinarias, horas extraordinarias, horas complementarias) dificulta la conciliación, a pesar de que, según las estadísticas son las mujeres las que llevan el peso de los cuidados en el ámbito familiar y de que, precisamente por esta razón, se ven obligadas en mayor medida a aceptar los contratos parciales (lo que perpetúa los roles de género propios de la sociedad patriarcal).

Por otro lado, la política gubernamental es manifiestamente deficiente en la lucha contra esta discriminación, ya que existe la tendencia a considerar el contrato a tiempo parcial como el modo más adecuado para facilitar la incorporación de la mujer al mercado laboral y la concilia-

ción vista siempre desde la óptica femenina y sin mención a la idea de corresponsabilidad.⁹

En suma, es necesaria una nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial que garantice que las personas trabajadoras no se encuentren sometidas a la libre voluntad empresarial en lo que se refiere al tiempo de prestación de servicios y, como indica el profesor Cristóbal Molina Navarrete, el reequilibrio de los intereses entre las partes en este tipo de contrato puede alcanzarse también con el establecimiento de unas horas mínimas de prestación de servicios (salvo excepciones) y unos mínimos salariales que sean proporcionalmente más elevados que los del trabajo a tiempo completo.¹⁰

3.2.3. El trabajo doméstico

El trabajo doméstico constituye un sector fuertemente feminizado, etnificado y precarizado.

Si se atiende a los datos estadísticos, el 95 % de las personas que prestan servicios en este sector son mujeres, de las cuales un porcentaje superior al 50 % son extranjeras. Asimismo, casi todas las personas trabajadoras del sector prestan servicios en la economía sumergida, ya que los cálculos más optimistas indican que solo un 30 % de las trabajadoras están afiliadas a la Seguridad Social.

En lo que se refiere a la afiliación a la Seguridad Social, tuvo lugar un incremento del 40 % en el año 2011, pero las reformas introducidas por el PP provocaron un estancamiento de las altas en la Seguridad Social, al permitir que dependiese de la voluntad de la trabajadora en aquellos casos en los que trabajasen menos de 60 horas al mes.

Las condiciones laborales de estas trabajadoras son realmente muy precarias, dado que no existe prestación por desempleo, no cabe la posibilidad de acudir al FOGASA en caso de insolvencia del empleador, las indemnizaciones por desistimiento de la persona empleadora y despido improcedente son inferiores a las de otros sectores, la cuantía de cotización es de 862 euros mensuales (lo que supone una baja cotiza-

⁹ Así se deduce del contenido del Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016.

¹⁰ *Vid.* Molina Navarrete, Cristóbal, «Mujer y políticas de fomento de empleo a tiempo parcial: una pareja cada día peor avenida», Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer, Aranzadi, 2016.

ción que afecta a la cuantía de las pensiones futuras), y existen carencias importantes en materia de salud y prevención de riesgos laborales.¹¹

Es necesario, por lo tanto, una modificación legislativa importante que tenga en cuenta también la intervención de la Inspección de Trabajo con la finalidad de hacer aflorar la situación de economía sumergida y de falta de respeto a unas condiciones laborales adecuadas. Dentro de estas medidas, es indispensable que se ratifique por el Estado español el Convenio 189 de la OIT (vigente ya desde el año 2013) y que se incorporen algunas de las reglas que se recogen en el mismo (equiparación al resto de los sectores en materia de prestación por desempleo, favorecimiento del sindicalismo y del asociacionismo, etc.). Asimismo, debe hacerse una identificación de los riesgos para la salud y de las enfermedades profesionales (físicas y psicológicas) que afectan a este tipo de trabajadoras, y un sistema de categorías profesionales que diferencie y ponga en valor las diferentes actividades que se realizan. Por último, es obvio que se precisa un convenio colectivo para el sector que garantice el respeto a unas condiciones laborales mínimas y que evite la precariedad derivada de la negociación individual.¹²

3.2.4. La externalización como forma de precarización y causa de discriminación de género

El fenómeno de la externalización es aquel a través del cual una empresa opta por no realizar con sus propios medios materiales y personales alguna fase o actividad concreta que precisa dentro de su proceso productivo, optando por transferirla a otras empresas o personas mediante diferentes acuerdos.

Se trata de una actividad que no es nueva pero que se ha desarrollado de forma más intensa como consecuencia de las crisis económicas, al ser una forma de abaratar costes, y tiene como principales efectos para las personas trabajadoras, la degradación de las condiciones laborales y la eliminación del principio de igualdad dentro de centro de traba-

¹¹ Serna Calvo, Mar, «La invisibilidad y precariedad de los trabajos domésticos», Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Juezas para la Democracia, n.º 185, febrero 2018.

¹² Díaz Gorfinkiel, Magdalena, «La organización de los trabajos de cuidados: el empleo del hogar como necesidad social», Debate sobre el futuro del trabajo ante el centenario de la OIT, 2017.

jo (las personas trabajadoras nucleares y periféricas no tienen necesariamente los mismos derechos).

La externalización se ha intentado someter a unos límites legales mediante la regulación de las empresas de trabajo temporal, responsabilidad de contrataciones de obras y servicios y cesión ilegal (arts. 42 y 43 ET), pero en los últimos años han proliferado nuevos fenómenos interpositivos de la relación laboral, como es el caso de las empresas multiservicios. Se trata de empresas que precarizan las condiciones laborales de las personas trabajadoras al no someterse siquiera a los límites que vinculan a las empresas de trabajo temporal, y que plantean importantes problemas en lo que se refiere al convenio colectivo de aplicación.

Las empresas multiservicios actúan en diferentes sectores, muchos de ellos precarizados y fuertemente feminizados, lo que implica todavía una mayor precarización de las condiciones laborales de las personas trabajadoras. Así ocurre en el sector de la hostelería en el que el 54 % del total de las trabajadoras son mujeres, que reciben un salario inferior al de los hombres con igual actividad (15.368 euros anuales de salario para los hombres frente a los 12.381 euros en el caso de las mujeres).¹³

Esta precariedad, que afecta de forma especial a las mujeres,¹⁴ ha sido puesta de manifiesto en diferentes casos por la jurisprudencia:

- STSJ de Andalucía n.º 1458/2005, de 8 de junio de 2005: indica que las trabajadoras que hacían funciones de camareras limpiadoras y que prestaban servicios para la empresa multiservicios eran retribuidas conforme al convenio de limpieza, lo que suponía un salario de 695,70 euros frente a los 909,50 euros que les serían de aplicación en el caso de que se les pagase conforme al convenio colectivo de hostelería para un hotel de cuatro estrellas (que era de aplicación a las camareras limpiadoras que estaban en plantilla del hotel y que hacían iguales funciones).
- STSJ de Madrid n.º 222/2007, de 26 de marzo de 2007: las trabajadoras de la empresa a favor de la que se externalizó el servicio cobraban «13,60 euros hora supervisora de habitación; 10,75 eu-

¹³ Vid. http://www2.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/17466/2304202_Informe_Brecha_salarial__El_peaje_de_la_discriminacion.pdf.

¹⁴ Para conocer de primera mano los testimonios de las vidas de estas trabajadoras puede leerse la obra: CAÑADA, Ernest, *Las que limpian los hoteles. Historias ocultas de la precariedad laboral*, Icaria, 2015.

ros hora camarera de áreas; 5,30 euros camarera de habitación por habitación».

- STSJ de Catalunya n.º 1659/2009, de 25 de febrero de 2009: en la que se indica que el servicio externalizado de limpieza de habitaciones del hotel se realizaba por una empresa (se declara la cesión ilegal) en la que la mayoría de las operarias eran temporales (66 %) y cobraban menos de lo debido, al aplicarles el convenio colectivo de limpieza y no el de hostelería.

Una resolución especialmente interesante desde el punto de vista de la discriminación por razón de género es la STS del 20 de noviembre de 2015 (ROJ STS 5791/2015) en la que se analiza la solicitud de declaración de nulidad de un despido colectivo realizado por los hoteles Meliá Barajas y Tryp Alameda respecto al personal de camareras de habitaciones y limpiadoras. En el caso concreto, el despido se había hecho alegando causas productivas y organizativas con el fin de externalizar las actividades que realizaban las personas despedidas (casi todas mujeres) y se alegaba como causa de nulidad, entre otras, la existencia de una discriminación indirecta por razón de género.

El TS rechazó la existencia de esta discriminación indirecta al indicar que *no hay un tratamiento peyorativo de la mujer pues la decisión de externalizar los servicios de limpieza es ajena al sexo de los trabajadores afectados, pues se ha tomado por razones objetivas, relacionadas con una mejor organización del servicio que, además, redundaría en una reducción de costes y no con el fin de prescindir de trabajadores del sexo femenino. La decisión de externalizar, sea o no ajustada a derecho, lo que luego se verá, se habría tomado igual si todos los afectados fuesen varones.*

Como bien indica Glòria Poyatos Matas analizando esta cuestión, la decisión e TS no se puede considerar correcta teniendo en cuenta el concepto de discriminación indirecta que se recoge en la STC n.º 253/2004, que indica que *para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que puede ser contemplada como posible límite al referido derecho.* A esta doctrina hace referencia, precisamente, el voto particular de la STS concluyendo que *partiendo del relato de hechos probados, se constata que el despido colectivo se ha producido como consecuencia de haberse externalizado el Departamento de Pisos y Limpieza afecta, en su gran mayoría, a mu-*

jeros, al tiempo que no se constata acreditado que sea otra circunstancia la que haya motivado la decisión empresarial impugnada en este proceso ni que existan criterios objetivos que, ajenos a la condición de las trabajadoras, aunque muy directamente relacionados, pues la afectación a las mujeres ha sido consecuencia de ser una actividad profesional que, normalmente, está segregada ocupacionalmente ya que se configura por personas del sexo femenino mayoritariamente, lo cual por sí solo pudiere resultar discriminatorio desde el momento de acceso al empleo. Finalmente, también el voto particular es claro al valorar la existencia de una externalización ilícita por abusiva, dado que se trata de una medida que conduce, en el caso, a la precariedad de las condiciones laborales, al denominado dumping social, cuanto menos del salario, ya que el ahorro que consigue la empresa es a costa de un descenso de hasta el 50 % de los salarios de las trabajadoras.

Teniendo en cuenta lo anterior, es obvia la necesidad de que se aborden modificaciones legislativas que supongan una limitación a este tipo de comportamientos empresariales que precarizan las condiciones laborales de colectivos ya de por sí fuertemente precarizados.

A este respecto, las camareras de habitaciones se han organizado¹⁵ para reivindicar sus derechos laborales tanto en lo que se refiere a la carga de trabajo, como a sus salarios. Esta organización fructificó en una propuesta de reforma de los arts. 42, 43 y 44 ET, que fue finalmente asumida como propia por el grupo parlamentario Unidos Podemos - En Comú Podem - En Marea. Así, se presentó una propuesta no de ley que fue aprobada el 25 de noviembre de 2016¹⁶ y en la que se instaba por parte del Congreso de los Diputados al Gobierno a:

- Elaborar un plan sectorial de empleo en el que, tras la necesaria negociación, se abordase el problema de las condiciones laborales de las camareras de piso desde un punto de vista multidisciplinar.
- Señalar a este colectivo de trabajadoras como prioritario y que se adaptasen medidas para fijar un número máximo de habitaciones y apartamentos a limpiar y de salidas a realizar de forma diaria.

¹⁵ Son conocidas como laskellies.

¹⁶ Vid. texto en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-58.PDF.

- Abordar el problema de salud de estas trabajadoras (condiciones ergonómicas y psicosociales, enfermedades profesionales), promover la posibilidad de una rebaja en la edad ordinaria de jubilación y estudiar la siniestralidad (accidentes y enfermedades profesionales) de este sector específico.
- Realizar un plan estratégico en relación a los riesgos laborales y desarrollo de actividades formativas específicas para el sector de la hostelería para mejorar las condiciones laborales.
- Promover un marco legal que impida la externalización con rebaja de las condiciones laborales de estas trabajadoras.

Más allá de las camareras de piso pero en relación con el fenómeno de la externalización, el grupo parlamentario Socialista registró el 8 de agosto de 2016 una proposición de Ley de modificación del art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados «con el fin de garantizar que los trabajadores que son subcontratados para realizar servicios comprendidos dentro de la propia actividad del empresario principal tengan las mismas condiciones que tendrían de ser contratados directamente por este, tanto si dichas condiciones traen causa del convenio colectivo de la empresa principal como si son acordadas por esta empresa en el momento de la contratación».¹⁷

3.2.5. Nuevas tecnologías y discriminación laboral por razón de género

La economía colaborativa es un fenómeno que ha transformado el modelo de empresa a través el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación mediante el uso de internet y la proliferación de terminales móviles inteligentes, lo que ha permitido que se incrementasen las posibilidad de interacción entre grupos humanos y una reducción de costes.

¹⁷ El texto inicial fue objeto de numerosas enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios de Unidos Podemos - En comú podem - En Marea, Esquerra Republicana de Catalunya, Partit Demòcrata Català y Ciudadanos, muchas de las cuales pretendían una modificación más ambiciosa que abarcase no solo el art. 42 del ET, sino los arts. 43 y 44 y la negociación colectiva. Tras la incorporación de enmiendas en el debate parlamentario el texto resultante fue votado (169 votos a favor, 132 en contra y 37 abstenciones). Se puede consultar en http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=AD-J&QUERY=%28122%2F000015*.NDOC.%29.

Tal y como indica Adrián Todolí,¹⁸ la economía colaborativa abarca una multiplicidad de actividades que pueden ser muy diferentes entre sí y que tienen como elemento común la existencia de una plataforma virtual. Así, este autor distingue dos tipos básicos de modelos de negocio:

- La economía colaborativa en sentido estricto (*sharing economy*), en la que se incluyen aquellas empresas que tienen como finalidad explotar bienes personales infrutilizados, convirtiendo en emprendedores a pequeña escala a los propietarios.
- *Crowdsourcing* (externalización abierta de tareas o colaboración abierta) o *crowdwork*, en donde lo relevante es la prestación de un servicio (las prestaciones de servicios se descentralizan y pasan a ser realizados por un gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria).

Dentro del segundo de los tipos se puede diferenciar, a su vez, el *crowdsourcing* genérico y específico y el *crowdsourcing offline* (que requiere un desplazamiento a un lugar específico, como en el caso de Uber) y *online* (como en el caso de Amazon).

No voy a extenderme en estas cuestiones ya que son abordadas en estas mismas Jornadas de forma extensa en las ponencias de los profesores Ignasi Beltrán de Heredia Ruíz y Consuelo Chacártegui Jávega, a cuya lectura me remito. Únicamente indicar que es relevante tener en cuenta que el fenómeno es muy complejo y variado y que, en la actualidad, las herramientas normativas propias del derecho laboral se ven desbordadas por esta realidad nueva y cambiante.¹⁹

La digitalización de la economía ha dado lugar a una devaluación de los derechos de las personas trabajadoras, con una huida del derecho del trabajo (no siempre es fácil distinguir la existencia de una relación laboral o mercantil), incremento de la temporalidad de forma exponencial y sin justificación razonable, salarios exigüos o incluso «novedosas» propuestas como la de Globo, en la que los repartidores (*riders*) deban abo-

¹⁸ TODOLÍ, Adrián, El trabajo en la era de la economía colaborativa, Tirant lo Blanch (digital), 2017.

¹⁹ La conflictividad es amplia y abarca dificultades de determinación del tipo de relación laboral/mercantil que une a las personas que prestan el servicio.

nar una cantidad por el uso de la plataforma,²⁰ relaciones laborales con escasas horas de trabajo y cambios de horarios en función de los exclusivos intereses de las empresas, vulneración de los principios de la negociación colectiva, etc.

Lo anteriormente indicado se manifiesta de forma más obvia, si cabe, en el caso de las mujeres, al incidir esta precarización en un colectivo ya de por sí más precarizado.

Como ejemplo ilustrativo, se puede acudir a un informe elaborado en enero de 2018 por cinco economistas (dos de ellos profesores de Economía en la Universidad de Stanford) para la empresa Uber,²¹ en el que se indica que los conductores y conductoras que realizan los mismos trayectos cobran lo mismo, pero se reconoce que existe también una brecha salarial de género. En el informe se analizan las causas de esta brecha salarial de una forma manifiestamente incorrecta, dado que se parte de datos que se consideran neutros cuando en realidad no lo son.²²

En primer lugar, se afirma que una de las causas por las que las mujeres cobran menos en Uber que los hombres se debe a su forma de conducción, ya que conducen de forma más lenta. Se perpetúa así un estereotipo de género sin que se concrete en el estudio la influencia real en el salario, dado que, al mismo tiempo, se reconoce que los hombres solo conducen un 2 % más rápido que las mujeres.²³

En segundo lugar, se ponen de manifiesto varias circunstancias supuestamente derivadas de la libre voluntad femenina que suponen un menor salario que los hombres. Así se indica que las mujeres cobran menos porque «eligen»:

- Permanecer menos tiempo en la empresa (6 meses de media frente a los dos 2 años de los hombres), lo que les impide conocer las rutas mejores u otras habilidades para el trabajo.
- No trabajar en barrios conflictivos, en los que hay menos oferta de conductores y por eso se paga mejor.

²⁰ Vid. noticia en <http://www.finanzas.com/noticias-001/todos/20180228/glovo-cobrar-repartidores-quieran-3792211.html>.

²¹ Se puede consultar el documento en inglés en <https://web.stanford.edu/~diamondr/UberPayGap.pdf>.

²² Así lo indica la profesora Ballester Pastor en su colaboración en el blog https://adrian-todoli.com/2018/02/27/uber-saca-un-estudio-que-culpa-a-las-mujeres-de-la-brecha-salarial/amp/?__twitter_impression=true

²³ Eso sí, admitiendo que ambos respetan la seguridad y las norma del tráfico, por supuesto.

- No trabajar tantas horas como los hombres o hacerlo en horarios típicos y no, por ejemplo, por las noches o fines de semana, en los que se abonan cantidades mayores.

El carácter sesgado del estudio de Uber tiene como fundamento la existencia de una ideología concreta en la que se parte de la afirmación acrítica de que las personas que prestan sus servicios para esta empresa lo hacen en condiciones de libertad idílica, en una igualdad de plano con la mercantil, cuya existencia es imposible cuando las condiciones vienen impuestas por solo una de las partes de la relación contractual (la empresa, que es la única con capacidad de imposición). Al tiempo, no se analizan las causas de esa «elección», y en estas causas es en donde radica una obvia discriminación indirecta de las mujeres conductoras de Uber. Algunas preguntas que deberíamos hacernos para un estudio serio de la brecha salarial serían:

- ¿Por qué las mujeres no quieren trabajar en barrios conflictivos? ¿Tienen una percepción negativa de su seguridad? ¿Existen datos objetivos que justifiquen esta percepción de que, por ser mujeres, tienen más posibilidades de que su integridad física se pueda ver vulnerada?
- ¿Por qué las mujeres abandonan antes el trabajo o no trabajan los sábados o los domingos por las noches? ¿Tienen hijos o hijas o dependientes que deban cuidar? ¿Existe corresponsabilidad en su ámbito familiar en los cuidados? ¿Las cantidades cobradas en Uber son suficientemente dignas como para permitirles contratar ayuda profesional para esos cuidados familiares mientras están trabajando?

Ninguna de las anteriores cuestiones se formula en el informe.

Junto con la brecha salarial de género, muchas de las empresas vinculadas al uso de nuevas tecnologías inciden de forma especialmente negativa en la mujer debido a su papel de madre y cuidadora (papel estereotipado que sigue vigente en la sociedad). Los horarios cambiantes y la absoluta disponibilidad de los mismos a voluntad de las empresas impiden la conciliación de la vida familiar y laboral.²⁴

²⁴ Esta disponibilidad a la voluntad de la empresa se pone de manifiesto en una acta de la Inspección de Trabajo de Valencia, concluida el 11 de diciembre de 2017 (considera que

La situación antes indicada provoca, con carácter general, condiciones laborales muy devaluadas y que en no pocos casos se deben cualificar de cuasi explotación, lo que tiene que ser abordado de forma urgente con la aprobación de una normativa en la que se protejan los derechos de las personas trabajadoras a todos los niveles, en un trabajo que merezca la cualificación de decente según los mínimos fijados por la OIT.

A esta finalidad responde la interpelación urgente «sobre las medidas que piensa adoptar el Gobierno para asegurar unas condiciones de trabajo dignas y de calidad en la economía digital» que se presentó por el grupo parlamentario Socialista el 15 de febrero de 2018. El texto²⁵ fue debatido en la sesión plenaria del Congreso el 20 de febrero de 2018, y fue aprobado, finalmente, por 208 votos a favor y 129 en contra, tras la incorporación de las enmiendas presentadas por el grupo parlamentario confederal de Unidos Podemos - En Comú Podem -En Marea y por el grupo parlamentario Mixto (el diputado Sr. Campuzano del PdCat). Se habían presentado enmiendas también por Ciudadanos, que fueron rechazadas, y que estaban orientadas a la adopción por las comunidades autónomas de los cheques de formación y la puesta a disposición de los servicios públicos de empleo del programa de perfilado estadístico «basado en los datos personales y competencias profesionales de las personas desempleadas».

No solo resulta interesante el resultado del acuerdo, sino también el debate parlamentario, en el que las diferentes intervenciones giraron en torno a la necesidad de evitar los abusos de temporalidad, falsos autónomos y externalización precarizadora que en muchos casos se producen como consecuencia de la economía digital, así como la necesidad de formación para conseguir por la vía del mercado digital un empleo de calidad, introduciéndose en el debate también una perspectiva de género.

El texto aprobado es extenso y se observa una voluntad no solo de regular los problemas directamente relacionados con la economía digital, sino también eliminar los problemas causados por la reforma laboral de 2012, que supuso un aumento del poder de decisión empresarial y,

existe laboralidad), en la que indica que el control de Deliveroo sobre sus riders llegaba al punto de recibir mensajes a través de la aplicación con expresiones como «sabemos que has recogido el pedido pero vemos que no te mueves, ¡ponte en movimiento!». *Vid.* https://adriantodoli.com/2017/12/18/comentario-a-la-resolucion-de-la-inspeccion-de-trabajo-sobre-deliveroo-son-laborales-y-no-autonomos/amp/?__twitter_impression=true.

²⁵ Consultar en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-308.PDF desde la página 17.

por lo tanto, un debilitamiento de las condiciones laborales y de la negociación colectiva.

En suma, se insta al Gobierno a que, previo acuerdo en el diálogo social y con la colaboración de las administraciones autonómicas, presente una estrategia integral a corto, medio y largo plazo que permita «una transición justa a esta economía digital, que favorezca la creación de empleo de calidad y contribuya a prevenir y mitigar sus riesgos». Tal estrategia deberá contener, entre otros, los siguientes aspectos:

1. Evaluación y valoración del impacto de los cambios tecnológicos en los diferentes sectores productivos, ramas de actividad y grupos de población, «con distinción de sexo, edad, formación, renta, hogares y territorio».

2. Adopción de modificaciones legales que eliminen las reformas laborales que han provocado precariedad, con inclusión del contrato a tiempo parcial, penalizando la temporalidad y alta rotación y favoreciendo los derechos de las personas trabajadoras y la negociación colectiva.

3. Adopción de medidas de fortalecimiento de la negociación colectiva (se incide, entre otras cuestiones, en la igualdad de género y trato).

4. Incentivar la modernización tecnológica en los sectores tradicionales.

5. Adoptar medidas en el cambio educativo para garantizar la alfabetización digital, formación de docentes, atender a los grupos más vulnerables por renta o población, fomentar la mayor incorporación de las mujeres a las carreras de ciencias, tecnológicas, ingenierías y matemáticas, entre otras.

6. Modificar la formación profesional.

7. Modernizar los servicios públicos de empleo para que garanticen las ofertas de formación en competencias digitales.

8. Articular ayudas a pymes y autónomos para los procesos de digitalización.

9. Mayores dotaciones en inversión de I+D+i.

10. Adoptar medidas de protección social para impedir la exclusión social que se derive del proceso de digitalización.

11. Medidas para retener el talento.

12. Planificación de los objetivos para alcanzar los estándares medios europeos antes de 2020.

13. Acogiéndose la enmienda del PDCat, se pide al Gobierno que presente durante la actual legislatura un informe que verse sobre «la definición de las modificaciones normativas necesarias para adecuar las relaciones económico-laborales entre individuos y empresas en el marco

de las plataformas digitales» (petición ya aprobada por la Comisión de Empleo y Seguridad Social el 13 de diciembre de 2017), en el que deberán identificarse «las reformas necesarias para adecuar la legislación económica laboral vigente, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, a los desafíos del cambio tecnológico sobre nuestro sistema productivo, así como a las plataformas digitales y a sus usuarios».

Todas las medidas anteriores, en caso de ser desarrolladas, pueden ser de gran importancia para la mejora de las condiciones laborales de las personas trabajadoras que prestan servicios en el mercado laboral con presencia cada vez mayor de las nuevas tecnologías. Esa mejora redundará también en beneficio de las trabajadoras mujeres y, como se ha puesto de manifiesto, la interpelación aprobada atiende a la cuestión de género, en especial con relación a la valoración y evaluación de impacto de las nuevas tecnologías, negociación colectiva y formación.

Para finalizar este punto de nuevas tecnologías y la relación laboral desde el punto de vista de género, es preciso hacer una referencia al teletrabajo. Esta figura está regulada en el art. 13 ET, que indica que «tendrá la consideración de trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante a distancia en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa».

La regulación interna del teletrabajo es insuficiente, dado que no abarca supuestos en los que el lugar de trabajo no es el domicilio y tampoco un lugar elegido libremente por la persona que presta servicios, como sucede en los casos de los telecentros o de los centros satélite.

Junto con el art. 13 del ET, se han aprobado diversas normativas en el ámbito de las administraciones públicas sobre teletrabajo basada en la idea fundamental de voluntariedad.

También existen previsiones en los convenios colectivos, aunque de una forma bastante limitada y vinculada casi siempre a la configuración del teletrabajo como una medida de conciliación de la vida laboral y familiar.²⁶

La dispersión normativa no favorece la seguridad jurídica respecto al teletrabajo, y es necesario que se aborde esta cuestión desde el punto

²⁶ En el *Libro Blanco del Teletrabajo en España* se destacan las buenas prácticas de varias empresas en esta materia, con planes de implantación progresivos y programas piloto (BBVA, ENDESA, INDRA, IBERDROLA, LÍNEA DIRECTA, MICROSOFT, SANITAS y WOLTERS KLUWER).

de vista normativo tomando como referencia el contenido del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo y también las valoraciones que se realizan en un reciente estudio de la OIT al respecto, titulado «Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral». ²⁷ En este informe se analiza la figura del teletrabajo en sus diferentes formas y su implantación en 15 países, y se hace referencia a dos efectos contrapuestos de este tipo de actividad laboral para las personas trabajadoras:

- Efecto positivo: mayor autonomía sobre el horario de trabajo, que permite organizar la jornada laboral con más flexibilidad, un menor tiempo de desplazamiento al lugar de trabajo que mejora el equilibrio entre la vida laboral y personal, y una mayor productividad.
- Efecto negativo: la tendencia a trabajar más horas, y una superposición entre el trabajo remunerado y la vida personal, lo cual puede generar grados de estrés más altos.

En suma, es necesaria una normativa que permita regular el teletrabajo de forma global y atendiendo a todas las modalidades, y no solo desde el punto de vista de la productividad, sino también desde el respeto a los derechos de las personas trabajadoras para evitar que se convierta en una forma más de explotación laboral y de precarización (jornadas extenuantes, sin horarios, trabajo sin retribuir, etc.). Además, esta normativa debe dictarse atendiendo a una perspectiva de género, evitando que el teletrabajo se convierta en una forma de incremento de la actividad laboral no retribuida de la mujer y en un sistema más para perpetuar el estereotipo de mujer trabajadora como madre y única cuidadora de la prole.

3.2.6. La discriminación laboral de género en el acceso a las prestaciones por desempleo

Como es fácilmente deducible de lo que se ha indicado hasta ahora, la existencia de bajos salarios y contratos a tiempo parcial que son «disfrutados» por las mujeres en mayor proporción que los hombres suponen

²⁷ Vid. http://www.ilo.org/travail/whatwedo/publications/WCMS_544226/lang--en/index.htm.

dificultades para el acceso a unas prestaciones por desempleo que permitan la subsistencia de quien ha perdido su trabajo y fuente de ingresos.

Vinculada a esta cuestión, es relevante hacer referencia a la STJUE del 9 de noviembre de 2017 (asunto C-98/15, María Begoña Espadas Recio contra el Servicio Público de Empleo).

El supuesto de hecho era el de una trabajadora del servicio de limpieza a tiempo parcial vertical (concentraba sus horas de trabajo en determinados días laborales a la semana) que prestó servicios durante varios años hasta que se extinguió la relación laboral y solicitó la prestación contributiva por desempleo. El Servicio Público de Empleo aceptó que la beneficiaria tenía derecho a la prestación, pero aplicaba el sistema de cálculo previsto en la Ley General de la Seguridad Social por la que, en el caso de trabajo a tiempo parcial, la duración de la prestación por desempleo se determina en función de los días de cotización durante los seis años anteriores, pero teniendo en cuenta solo los días efectivamente trabajados y no los seis años de cotización en su conjunto. Esta regla suponía, por lo tanto, una prestación en la que se atendía a la existencia de menos días de cotización.

El Juzgado Social n.º 33 de Barcelona planteó una cuestión prejudicial al entender que esta categoría de personas trabajadoras está doblemente penalizada por dos razones:

- El menor salario que perciben por el hecho de trabajar a tiempo parcial implica una prestación por desempleo con un importe proporcionalmente inferior.
- Además, se reduce la duración de esta prestación, ya que se tienen en cuenta solo los días efectivamente trabajados, aunque el periodo de cotización sea más amplio.

Por otro lado, el juzgado entendía que podría existir un supuesto de discriminación indirecta, ya que la normativa se aplicaba en mayor proporción a mujeres que a hombres (hay más mujeres que hombres con este tipo de contratos), lo que podía vulnerar la Directiva 79/7/CEE sobre igualdad de trato entre hombre y mujeres.

Finalmente, el TJUE establece que:

- La medida nacional controvertida no parece adecuada para garantizar la correlación que debe existir entre cotizaciones por el trabajador y los derechos que puede reclamar en concepto de prestación de desempleo, ya que un trabajador a tiempo parcial

- vertical que ha cotizado por cada día de todos los meses del año recibirá un prestación por desempleo de una duración inferior a la de un trabajador a jornada completa que haya abonado idénticas cotizaciones.
- La medida nacional controvertida perjudica a un número mucho mayor de mujeres que de hombres y, por lo tanto, es una discriminación por razón de género.

3.2.7. La discriminación laboral por razón de género con relación al sistema de pensiones de jubilación y de incapacidad

También en este supuesto es obvio que la percepción de bajos salarios y contratos parciales en mayor proporción por las mujeres que por los hombres, suponen una discriminación en lo que se refiere a las pensiones contributivas de jubilación y por incapacidad, dado que las bases de cotización son menores en mujeres que en hombres.

Al margen de lo indicado, voy a centrarme en una cuestión concreta que ha provocado cierta litigiosidad y que entiendo que no ha sido resuelta de forma adecuada desde una perspectiva de género. Me estoy refiriendo a los arts. 197.4 y 209.b de la Ley General de la Seguridad Social, que se refieren al cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes en el caso de que existan meses en los que no haya existido obligación de cotizar. En estos casos, se acude a un sistema de integración de lagunas de cotización que es distinto para los contratos a tiempo completo y a tiempo parcial. En el primero de los supuestos, se atiende a la menor base de cotización aplicable en los cuatro primeros años y al 50 por ciento de esa base mínima en los cuatro últimos años. En el caso de los trabajadores a tiempo parcial también se integran las lagunas de cotización, pero atendiendo a la menor de las bases de cotización correspondiente al número de horas contractualmente previstas en la fecha en la que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar.

La diferencia en la cuantía de las pensiones es importante si se acude a un sistema o a otro y, dado que como ya se indicó hay un mayor número de mujeres que de hombres que realizan trabajos a tiempo parcial, podría considerarse que existe un supuesto de discriminación indirecta.

Precisamente, la Sala de lo Social del TS formuló por esta razón una cuestión de inconstitucionalidad al entender que se podían vulnerar los arts. 9.3 y 14 CE.

En la STC 156/2014, del 25 de septiembre, se resuelva la cuestión realizando dos afirmaciones:

- La regla de cálculo para integrar las lagunas de cotización en el caso de las personas trabajadoras a tiempo completo y a tiempo parcial no carece de justificación y puede beneficiar o perjudicar a unos u otros trabajadores y trabajadoras en función de cómo sucedan los periodos de actividad e inactividad o en función de sus contratos.
- No entra a resolver la posible existencia de discriminación indirecta en contra de las mujeres, porque el litigante del caso concreto era un hombre (existe un voto particular a este respecto).

Es destacable también la STJUE de 14 de abril de 2015 (asunto C-527/13, caso Cachal-Dora Fernández), que se pronunció en relación a una cuestión prejudicial promovida por el TSJ de Galicia en relación con la compatibilidad del método de cálculo analizado en relación con la incapacidad y a la Directiva 79/7/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978. En este caso, el TJUE entiende que el método de cálculo puede perjudicar a personas trabajadoras a tiempo parcial, pero también los puede beneficiar según los casos. Se admite que hay más mujeres que hombres que trabajan a tiempo parcial, pero al tiempo, se indica que este dato no es relevante para afirmar la existencia de una discriminación indirecta, porque el método de cálculo al que se hace referencia puede perjudicar a algunos trabajadores y trabajadoras a tiempo parcial y beneficiar a otros u otras (no se acredita que los perjudicados sean preferentemente mujeres).

IV. La maternidad y su influencia en la discriminación laboral de la mujer

Tal y como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, es obvio que existe una correlación entre la maternidad y la brecha salarial de género según los datos estadísticos.

En el informe de CCOO *Brecha salarial: el peaje de la discriminación* al que se ha hecho referencia en diversas ocasiones, consta que la presencia de las mujeres en el ámbito laboral es menor que la de los hombres en todo caso, si bien los datos estadísticos acreditan que la situación se agudiza cuando se tienen hijos o hijas. Las mujeres con hijos e

hijas tienen, de hecho, una tasa de empleo 7 puntos inferior a las mujeres sin descendencia. Por otro lado, se observa que la tasa de empleo masculina se incrementa con la paternidad, mientras que la femenina disminuye con la maternidad.

Estos datos deben ponerse en relación también con la importante cantidad de mujeres que reducen su jornada y, por lo tanto, su salario, para poder cuidar de los menores. Así solo un 2,1 % de hombres frente al 21,1 % de mujeres redujeron su jornada para cuidado de menores de 8 años por tiempo igual o superior a un mes. Respecto de las excedencias por cuidado de menores, solo se solicitaron por un 5,5 % de hombres, porcentaje que llega al 14,78 % respecto del cuidado de otros familiares).²⁸

Es destacable también que existe un porcentaje más elevado de mujeres que abandonan su trabajo al no poder compatibilizarlo con el cuidado de los hijos e hijas o que acuden a trabajos parciales muchas veces mal pagados, como ya se analizó anteriormente.

Teniendo en cuenta lo indicado, se va a hacer referencia a continuación a dos cuestiones vinculadas a la discriminación laboral por maternidad, como son el despido de las trabajadoras embarazadas y las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.

4.1. El despido de la trabajadora embarazada

Los arts. 53.4 y 55.5 del ET prevén la posibilidad de que la trabajadora embarazada pueda ser despedida por causas objetivas o disciplinarias, con la particularidad de que, en el supuesto de que el empresario no pueda acreditar la causa del despido, este no puede ser calificado como improcedente y dar lugar a una indemnización, sino que se calificará como nulo necesariamente. En estos casos, por lo tanto, la improcedencia del despido se sanciona con la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo y el pago de la retribución dejada de percibir, sin perjuicio de que la trabajadora también pueda reclamar una indemnización por daños y perjuicios o que se pueda dar lugar a la imposición de sanciones administrativas.

Estos preceptos deben ser puestos en relación con el contenido de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, que regula una serie de medidas orientadas a promover la mejora de la seguri-

²⁸ Datos del informe de UGT de 16 de marzo de 2015 «Trabajar igual, cobrar igual, conciliar igual».

dad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, y con la reciente sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16, Jessica Porras Guisado contra Bankia).

El supuesto de hecho de la resolución indicada era la existencia de un procedimiento de despido colectivo por parte de la entidad Bankia, resultando afectada la Sra. Porras Guisado, a quien la empresa le comunicó las causas objetivas que justificaban la adopción de tal medida por parte de la entidad. La trabajadora estaba en esos momentos embarazada y la empresa no hizo alusión en la comunicación del despido a ningún dato relativo a justificar el despido en atención a esa circunstancia concreta del embarazo, más allá de la justificación del despido colectivo por causas objetivas.

La trabajadora formuló una demanda y el Juzgado de lo Social n.º 1 de Mataró consideró que el despido era procedente. Tras el recurso de suplicación, el TSJ de Cataluña formuló una cuestión prejudicial con varias preguntas relacionadas con la interpretación del art. 10 de la Directiva 92/85, concluyendo el TJUE que el precepto:

1. No se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo (pregunta 1.^a).

2. No se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido (es decir, no exige una comunicación con justificación reforzada a la trabajadora despedida si está embarazada).

3. No establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, sin que se excluya, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia (se trata, obviamente, una norma de mínimos).

La respuesta más interesante del TJUE es, con todo, la que se da en relación a la siguiente pregunta del TSJ de Catalunya:

¿Es conforme al art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, que prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en *periodo de lactancia, una legislación, como la española, que traspone dicha prohibición estableciendo una garantía en virtud de la cual a falta de prueba de las causas que justifican su despido se declara la nulidad del mismo (tutela reparativa) sin establecer una prohibición de despido (tutela preventiva)*?

Aquí el TJUE indica que *el art. 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.*

Joan Agustí Maragall, en un reciente art. titulado «La prohibición de despedir a la trabajadora que haya comunicado su embarazo: comentario de urgencia a la STJUE de 22.2.18 (Jessica Porras Guisado/Bankia, SA)» que está publicado en la revista *La ciudad del Trabajo* (dirigida por Miquel Falguera), afirma que se ha producido una trasposición incorrecta del art. 10 de la Directiva 92/85/CEE por parte del legislador español.

La redacción literal del precepto es la siguiente:

«Como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el art. 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente art., se establece lo siguiente:

1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el art. 2, durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apdo. 1 del art. 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.

2) Cuando se despidan a una trabajadora, a que se refiere el art. 2, durante el periodo contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.

3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el art. 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1.»

Indica Joan Agustí que para comprender el precepto es necesario tener en cuenta dos elementos fundamentales:

- Que prevé una protección a toda trabajadora embarazada siempre y cuando haya comunicado su embarazo al empresario.
- Que su finalidad es preventiva y no antidiscriminatoria, como se deduce tanto de la exposición de motivos como del articulado.

Siendo así la situación, el art. 10 de la Directiva incluye dos mandatos distintos al legislador estatal:

1. La tutela preventiva en forma de prohibición general del despido (apdo. primero).
2. La tutela reparativa «contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1».

El problema radica en que la trasposición se ha efectuado respecto a la segunda de las tutelas pero no en relación a la primera (la tutela preventiva). Ante ello, Joan Agustí entiende que debería considerarse que la prohibición general de despido impuesta por el art. 10.1 de la Directiva es de aplicación directa y, atendiendo al principio de interpretación conforme, ya no sería posible que se viesen afectadas por un despido las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, salvo en el supuesto excepcional de que no haya otra opción (es decir, otra persona susceptible de ser afectada).

A mayores de lo anterior, también entiende que podrá ser interesante una reforma legislativa por la que se obligase a las empresas a solicitar una autorización para despedir a una trabajadora en alguna de las tres situaciones indicadas, algo que se prevé ya en el art. 10.1 de la Directiva 92/85 respecto a la admisión de «casos excepcionales» y que tiene algún precedente en el Ordenamiento jurídico.

4.2. Las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar

Las medidas conciliatorias que se prevén en la legislación española son variadas y abarcan figuras como el permiso de maternidad, de paternidad, de lactancia, la excedencia por el cuidado de hijos, hijas y familiares, la reducción de jornada y la adaptación de jornada.

A continuación se va a hacer referencia tan solo a la reducción de jornada y concreción horaria y a los permisos de maternidad y paternidad.

4.2.1. La reducción de jornada y la concreción horaria

4.2.1.1. La reducción de jornada

La reducción de jornada por guardia legal está regulada en el art. 37.5 del ET que indica lo siguiente:

Quien por razones de guardia legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la merma proporcional del salario entre, por lo menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí, y que no desempeñe actividad retribuida.

El progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la merma proporcional del salario de, por lo menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud o órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.

Las reducciones de jornada contempladas en el presente apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. Con todo, si dos o más trabajadores de la misma empresa generaran este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

Por otra parte, el art. 37.6 ET indica:

La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrutar del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apdos.

4 y 5 de este art., corresponderán al trabajador, dentro de su jornada común. Con todo, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apdo. 5, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este art. serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

La actual redacción del art. 37.5 ET es fruto de diversas modificaciones introducidas en el texto original por la Ley 39/1999, de 5 noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE del 6 noviembre), la disposición final vigésima segunda de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (BOE del 23 diciembre), el número 3 de la disposición final primera de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE del 7 julio) y el R.D. Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE del 21 diciembre).

Dos son las cuestiones interpretativas que plantea este precepto y que serán analizadas a continuación: qué se debe entender por «jornada diaria» y la titularidad del derecho previsto en la norma.

Antes de la reforma de 2012 no se concretaba en el art. 37.5 ET el tipo de jornada respecto de la que podía realizarse el derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijo o hija, es decir, si la reducción de jornada podía operar sobre módulo diario, semanal mensual o anual, ya que el precepto se limitaba a posibilitar el ejercicio del derecho de reducción de la jornada común del trabajador. Por el contrario, en el año 2012 se introduce el término «diaria» en relación a la jornada objeto de reducción, por lo que es preciso determinar si el cambio de literalidad de la norma implica que solo quepa una reducción de la jornada atendiendo a una merma en la prestación de servicios día a día. La respuesta a esta interpretación restrictiva del precepto debe ser, a mi entender, negativa por varias razones.

En primer término, porque se trata de una interpretación que, aún con la modificación de la literalidad del precepto, no se deduce claramente del contenido de la norma y supone una restricción sin amparo normativo contundente del que el mismo precepto configura como un derecho del trabajador. Por otra parte, esta restricción debía, en todo caso, ser suficientemente evidente y estar justificada, ya que supone una restricción que no afecta a un simple derecho de base legal, sino a un derecho fundamental vinculado a los arts. 14 y 39.3 CE, como ya se había afirmado en las SSTC 3/2007 y 26/2011. Esta justificación sólida no se encuentra en el precepto, ni siquiera en la Exposición de Motivos de la norma que modificó el art. 37.5 ET (de hecho, esta modificación fue introducida, como si se tratara de una cuestión menor, vía disposición adicional).

En segundo lugar, hace falta atender a la normativa internacional existente sobre la materia y sus efectos en el Ordenamiento del Estado español, ya que esta normativa internacional debe ser aplicada siempre y en todo caso.

Según el art. 96 de la Constitución Española (CE) los *Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional*. Este precepto, debe ser puesto en relación con la Ley 25/2014, de 27 de noviembre de Tratados y otros Acuerdos Internacionales que indica el siguiente:

- *Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de los dichos tratados (art. 29).*
- *Los Tratados Internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que la dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes (art. 30.1).*
- *Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional (art. 31).*

Por su parte, la Carta Social Europea y la Carta Social Europea hacen referencia a las medidas que deben ser adoptadas por los Estados con-

tratantes para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras la protección y para garantizar a las madres que críen a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo (art. 8), la que con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para uno pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad es preciso que las Partes Contratantes fomenten la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualquier otras medidas adecuadas (art. 16), y la que para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las madres y los niños a una protección social y económica, las Partes Contratantes adoptarán cuantas medidas fueran necesarias y adecuadas la ese fin (art. 17). Es decir, la Carta Social Europea:

- No establece medidas de protección sobre los progenitores para el cuidado de los y las menores de forma tasada (se trata de un listado abierto).
- No introduce ninguna limitación a la amplitud de esas medidas.
- Del contenido de los preceptos se deduce que su espíritu es otorgar la mayor protección en el campo laboral a las personas trabajadoras para el cuidado efectivo de sus hijos e hijas, y en ese sentido debe ser interpretado el art. 37.5 ET, de tal manera que no cabe considerar que la referencia a la «jornada diaria» pueda justificar una restricción al derecho de reducción de jornada por guardia legal de un menor.

La Directiva 2010/18 UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, es clara en su voluntad de que no se establezcan restricciones del derecho de conciliación. Por el contrario, se orienta a ampliar este derecho con la finalidad de garantizar una protección de los hijos e hijas menores de las personas trabajadoras y de eliminar los obstáculos que impiden la igualdad efectiva de hombres y mujeres en el ámbito laboral, lo que implica la adopción de alternativas lo más amplias posibles para la conciliación de la vida familiar, personal y laboral.

Es obligado, pues, interpretar las posibles dudas que suponga la referencia a la «jornada diaria» del art. 37.5 ET atendiendo a las directivas comunitarias, y todo lo anterior implica que cabe concluir que la persona trabajadora puede reducir la jornada de trabajo por guardia legal al amparo del art. 37.5 ET, sin que sea preciso que tal reducción se efectúe día a día.

En lo que se refiere a la titularidad del derecho que se regula en los preceptos ya reproducidos, es preciso indicar que el derecho de reducción de jornada por cuidado de menores es ostentado por la persona trabajadora que lo solicita, con independencia de que los y las descendientes cuenten con otro progenitor, de uno u otro género, con o sin convivencia, con o sin asunción de los deberes paterno-filiares y con independencia también de la existencia o no de otros miembros de la familia, amigos y amigas, vecinos y vecinas o conocidos que puedan o quieran hacerse cargo del menor. En suma, el derecho que se indica, no es titularidad de la familia tradicional, no tradicional, estricta o extensa, ni de la comunidad, ni del clan, ni de la tribu: es un derecho individual de la persona trabajadora (art. 37.5 ET: *las reducciones de jornada contempladas en el presente apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres*) que solo se puede ver limitado por la empresa si se da el caso de que dos o más trabajadores de la misma empresa generaran este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

4.2.1.2. La concreción horaria (sin reducción de jornada)

El art. 34.8 ET establece:

El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella.

A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.

En la redacción del art. 37.5 ET se hace referencia a un derecho individual de la persona trabajadora a una reducción de jornada con concreción horaria, mientras que el art. 34.8 ET parece diferir el derecho de concreción horaria que no va acompañado de reducción de jornada a lo establecido por pacto o convenio colectivo. Parece claro, pues, que si no existe previsión en la negociación colectiva, el trabajador debe poder instar la negociación en el ámbito individual, en el que la empresa sola-

mente podría oponer al ejercicio de este derecho de conciliación del trabajador a la adaptación de jornada (de dimensión constitucional) legítimas razones de tipo organizativo, técnicas o productivas.

Por otra parte, teniendo en cuenta la «dimensión constitucional de los derechos de conciliación» según las SSTC de 14 de marzo de 2011 (rec. 9145/2009 y rec. 1091/2009) y de 15 de enero de 2007 (rec. 6715/2003), la remisión del art. 34.8 ET a la negociación colectiva o acuerdo individual no puede entenderse como meramente «condicional», esto es, que se condicione la efectividad del derecho la que se alcance acuerdo, sino «instrumental», esto es, entendiendo que el legislador quiso trasladar a la negociación colectiva o individual la ponderación de los intereses en juego que no son exclusivamente los del trabajador solicitante y de la empresa, sino también los derechos de conciliación de los restantes trabajadores y trabajadoras.

A los efectos interpretativos, se puede apreciar cierta contradicción en la STC 24 y la 26/2011. La primera parece concluir que no se trata de un precepto que sea exigible desde el punto de vista jurídico ya que *el legislador consideró conveniente condicionar el ejercicio del derecho de adaptación de la jornada que examinamos, a lo que se disponga a través de la negociación colectiva o acuerdo entre los propios interesados (empresario y trabajador/a)*. Por el contrario, la STC 26/2011, dictada en la misma fecha respecto al alcance del mismo derecho, el art. 34.8 ET, parece llegar a la solución contraria, al proclamar una interpretación amplia del mismo, en razón de su dimensión constitucional, e indica:

El hecho de que los órganos judiciales no habían valorado la cuestión de si el denegarle al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE, en relación con el art. 39.3 CE, del asunto expuesto, de manera que, como afirmamos en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra las resoluciones judiciales recurridas en amparo «no es tanto ni solo que renunciara a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera tuviera en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado» (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, F. 5; 92/2005, de 18 de abril, F. 5; y 3/2007, de 15 de enero, F. 6).

Conforme ya indicamos, la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. Eso obligaba en el presente caso a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. En relación con las circunstancias familiares concurrentes, conforme a los datos obrantes en las actuaciones, resultaba necesario tener en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y el posible incidente que la denegación del horario nocturno al recurrente pueda tener para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Asimismo, era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turnos hizo (diurno) y rotatorio de la residencia en la que presta servicios el recurrente permitía alteraciones como la interesada por este sin poner el funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones.

Siguiendo lo razonado en la Sentencia del Juzgado del Social n.º 33 de Barcelona de 1 de septiembre de 2015, cabe considerar que la contradicción entre la doctrina establecida en ambas sentencias (STC 24 y 26/2011) puede eliminarse en favor de la tesis «amplia» sostenida en la STC 26/2011, según lo dispuesto en la cláusula 6.ª del nuevo «Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental» (Directiva 2010/18), del siguiente tenor literal:

Cláusula 6: Reincorporación al trabajo.

1. Para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un periodo determina-

do de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, habida cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Las modalidades del presente apartado se determinarán de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales.

2. Para facilitar el regreso al trabajo tras el permiso parental, se anima a los trabajadores y empresarios a mantenerse en contacto durante el periodo de permiso, y a tomar disposiciones para definir medidas adecuadas para la reintegración, que las partes afectadas habrán de decidir habida cuenta la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales.

En la Directiva 2010/18 se establecen, pues, dos mandatos que no se incluyeron en el art. 34.8 ET:

«los empresarios tomarán en consideración tales peticiones» (mandato imperativo);

Estas peticiones deben ser atendidas haciendo una ponderación «tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores».

4.2.1.3. La interpretación de los tribunales

La postura de los tribunales frente a la reducción de jornada y concreción horaria (con o sin reducción de jornada) es bastante variada, debido a que este tipo de procedimientos no tienen acceso al recurso de suplicación salvo en el caso de que se acumule una pretensión indemnizatoria en cuantía superior a 3.000 euros.

Por otro lado, en los casos en los que se han pronunciado los tribunales superiores de justicia, la postura tampoco se puede considerar que sea unánime desde el punto de vista jurídico.

- STSJ de Cataluña del 5 de marzo de 2017 (recurso 7164/2016). Desestima una demanda de reducción horaria y concreción horaria por cuidado de hijo o hija.

En este caso, la trabajadora demandante solicita la medida, pero la empresa (previa intervención de la Inspección de Trabajo) le efectúa una propuesta a la actora teniendo en cuenta las necesidades empresariales y de mayor actividad de la tienda donde la actora presta sus servicios. La Sala argumenta que la concreción horaria debe realizarse dentro de la jornada ordinaria, y que en el supuesto enjuiciado, la empresa habría probado que la concre-

- ción y turnos en los cuales la actora quería realizar su jornada de trabajo eran los de más actividad y que, además, había realizado varias propuestas a la trabajadora con la mediación de la Inspección de Trabajo que la actora no aceptó.
- STSJ de Galicia del 27 de junio de 2017 (recurso 30/2017). La trabajadora demandante, que disfrutaba de una reducción de jornada por cuidado de hijo menor prestando sus servicios en horarios de mañana y tarde en semanas alternativas y solicita la prestación de servicios solo en horario de mañana. Por el Juzgado de lo Social se desestima la demanda por entender que se alteraban los turnos y la concreción horaria debería realizarse solo dentro de la jornada ordinaria, pero la Sala entiende que se debe de analizar el derecho a la concreción horaria por cuidado de hijo desde una perspectiva constitucional y analizando el derecho a no sufrir discriminación, llegando a la conclusión de que debe primar el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, sin que concurran circunstancias especiales que, en este caso, impidan tal conciliación.
 - STSJ de Murcia de 31 de octubre de 2017 (recurso 939/2017). La trabajadora demandante solicita una reducción de jornada por cuidado de hijo menor y concreción horaria. La empresa admite la reducción pero no la concreción horaria. Por el Juzgado de lo Social se desestima la demanda de la trabajadora y la Sala confirma la decisión al indicar que, en este caso, no concurre una negativa total por la empresa en cuanto a la concreción horaria y que la propuesta de la empresa permite a la trabajadora conciliar su vida familiar, habiendo justificado la empleadora que, por las necesidades organizativas, era necesario que la actor acudiera alguna tarde al trabajo.
 - STSJ de Andalucía de 1 de febrero de 2018 (recurso 4108/2017). La trabajadora demandante tenía reconocida una reducción de jornada y concreción horaria por guarda legal prestando sus servicios en turno de mañana y tarde. Solicita realizar su jornada de trabajo solo en horario de mañana, lo que se le niega por la empresa. La Sala admite la pretensión de la trabajadora, dado que acude a una interpretación flexible de la normativa declarando el derecho de la trabajadora a conciliar la vida laboral y familiar salvo que resulte muy gravoso para la empresa, lo que en este supuesto no se habría probado.

Con independencia de la tesis seguida por los diferentes órganos judiciales, entiendo que es fundamental atender a los criterios de ponderación de los intereses en conflicto en caso de conciliación de la vida laboral y familiar teniendo en cuenta la relevancia constitucional de esta conciliación. Así lo ha indicado la STC 149/2017, de 18 de diciembre de 2017, en el recurso de amparo 5542/2016, al resolver una cuestión relativa a la permuta de puestos de trabajo de dos trabajadoras interinas de la Consellería de Traballo e Benestar da Xunta de Galicia. Indica el TC que la permuta era admisible y que, además, «el hecho de que la Sala no se haya planetado la cuestión de si denegar a las trabajadoras demandantes la pretendida permuta de sus puestos de trabajo constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE, en relación con el art. 39.3 CE, del asunto planteado».²⁹

4.2.2. Los permisos de maternidad y de paternidad

4.2.2.1. La protección de la maternidad

El art. 48.4 del ET permite que la persona trabajadora pueda suspender su contrato con derecho a reserva del puesto de trabajo en el supuesto de parto atendiendo a los siguientes presupuestos:

- la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo;
- el periodo de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto;
- para caso de fallecimiento:
 - si es de la madre, con independencia de que esta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del periodo de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto;

²⁹ Se reconoce por el TC, pues, el carácter transversal de la conciliación en la interpretación de las normas jurídicas de cualquier tipo.

- si es del hijo, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.
- respetando las seis semanas inmediatamente posteriores al parto (que son de descanso obligatorio para la madre, como ya se dijo), en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión por maternidad inicialmente cedido aunque, en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, esta se encuentre en situación de incapacidad temporal.
- en el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre;
- en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre, o en su defecto, del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria (se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, que son igualmente de suspensión obligatoria del contrato de la madre);
- en los casos de parto prematuro con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.

La crítica a la regulación legal es obligada, ya que en el texto, además de una cierta visión heterosexual de la familia, se deduce que el permiso se configura como de titularidad exclusivamente femenina, y la figura del padre aparece desdibujada como un cuidador subsidiario en caso de cesión del permiso por parte de la madre. Esta opción legislativa entien-

do que debe ser censurada, dado que carece de justificación razonable y tan solo sería admisible en lo que se refiere a la atribución a la mujer de un periodo de disfrute obligatorio del permiso tras el parto a efectos de recuperación física. El legislador, por lo tanto, ha optado por perpetuar los estereotipos de género, atribuyendo a la madre la condición de cuidadora natural de los hijos e hijas, y al padre su configuración como un simple colaborador en los cuidados (lo que resulta injusto para ambos géneros).

En la práctica, la cesión del permiso por las madres a favor del otro progenitor es muy escasa, aunque se ha ido incrementado desde el año 2010. Por comunidades autónomas, las diferencias son muy relevantes de tal forma que Murcia ha sido la comunidad con menor porcentaje de cesión del derecho por parte de las madres en los años 2013 y 2014, puesto que ha sido ocupado por Extremadura en el año 2015. En el otro extremo se encuentra Euskadi, que en los tres años ha sido el territorio con mayor porcentaje de cesión por las madres de este permiso al otro progenitor.³⁰

4.2.2.2. *La protección de la paternidad*

El art. 48.7 del ET indica que en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato por paternidad atendiendo a los siguientes criterios:

- la duración del permiso será de cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo;
- en el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el periodo de descanso regulado en el apdo. 5 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho

³⁰ Los datos se pueden consultar en la amplia y muy recomendable tesis doctoral de MARTÍNEZ GARCÍA, María Luisa, *La cara oculta de la protección por maternidad y paternidad*, dirigida por María del Carmen López Anierte, en el año 2016. Se puede acceder en abierto al texto en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=128262>.

- a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro;
- el trabajador que ejerza este derecho podrá hacerlo durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por dichas causas o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión;
 - la suspensión del contrato a que se refiere este apartado podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50 %, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente;
 - el trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

También en este caso es preciso criticar la decisión del legislador. La duración del permiso es notablemente inferior al de maternidad (hasta el 1 de enero de 2017 fue tan solo de 13 días, dado que la vigencia del precepto se fue aplazando de forma constate), y se mantiene cierta subsidiariedad, dado que, en caso de parto, la suspensión de la relación laboral le corresponde obligatoriamente a la madre. Nuevamente se reproducen, pues, los estereotipos de género.

Los datos prácticos sobre el disfrute del permiso de paternidad acreditan que su uso ha ido en aumento de forma constante desde su implantación, con porcentajes de disfrute siempre superiores al 70 % en el año 2015 en todas las comunidades autónomas, a excepción de Melilla, en donde el porcentaje fue tan solo del 61,32 %. Según Martínez García, estos datos acreditan que «los hombres del Estado español (en especial, los del sur) responden mejor a los permisos de los que son titulares y no transferibles, como el de paternidad».³¹

³¹ *Ídem*, p. 171.

4.2.2.3. La corresponsabilidad como vía para la eliminación de la discriminación por razón de género derivada de la maternidad

Es preciso superar las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar adoptadas hasta ahora, que están basadas en el paternalismo respecto de la posición de la mujer-madre y en una visión sexista y estereotipada de los papeles del hombre y la mujer en las relaciones familiares.

En una sociedad libre e igualitaria en la que se respete la dignidad humana con independencia del género, no se puede defender que sea consubstancial a la naturaleza femenina el cuidado de los miembros de la familia ni consubstancial a la naturaleza masculina su sometimiento a un papel secundario frente a las obligaciones familiares. Tanto hombres como mujeres tienen derecho a disfrutar de los hijos o hijas, y la obligación de asumir sus cuidados. Se precian, pues, políticas orientadas a la corresponsabilidad.

En la Comunidad Económica Europea, desde los años setenta del siglo xx se ha hecho una extensa intervención con la finalidad de garantizar una protección de los hijos e hijas de las personas trabajadoras y de eliminar los obstáculos que impiden la igualdad efectiva de hombres y mujeres en lo laboral, lo que implica la adopción de alternativas para la conciliación de la vida familiar, personal y laboral.

En primer lugar, es de destacar la Directiva 75/117 CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo, en la que se extiende la prohibición de discriminación por razón de sexo al resto de las situaciones laborales. Por otra parte, la Directiva 92/85 CEE del Consejo, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, establece numerosos requisitos sobre salud y seguridad en el centro de trabajo para proteger a la trabajadora embarazada.

Con todo, es la Directiva 96/34 CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado el 14 de diciembre de 1995, la primera muestra de un enfoque integrador de la maternidad-paternidad y de las responsabilidades familiares. Esta norma pone fin al exclusivo disfrute de la licencia parental por parte de la madre en algunos Estados miembros, declarando el derecho a un permiso individual de los trabajadores hombres o mujeres.

Por otra parte, a la Comunidad Europea también avanza en el objetivo de una mayor flexibilidad laboral aprobando la Directiva 1997/80 CE

sobre trabajo a tiempo parcial. La Directiva 2006/54 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo u ocupación, reúne en un contexto las directivas y la jurisprudencia consolidada en la materia recapitulando todas las reglas comunitarias que existían sobre igualdad de trato con relación a la retribución, al acceso al empleo, la formación profesional, las condiciones de trabajo, el régimen profesional de seguridad social, así como el principio de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Además, en lo que respecta a la conciliación, el preámbulo de la directiva insta a los Estados miembros a adoptar reglamentaciones flexibles sobre la jornada laboral y sobre el permiso parental que puedan solicitar tanto los padres como las madres, y a la creación de instalaciones accesibles para cuidado de los niños y las niñas y a la asistencia a personas dependientes. Al mismo tiempo, en el art. 16, la directiva prevé el mismo grado de protección para el trabajador padre que ejerce su derecho al permiso de paternidad que lo que tradicionalmente se le concedió a la mujer, declarando que los Estados miembros deben proteger al padre trabajador frente al despido motivado por el ejercicio de tal derecho y garantizar el derecho a reintegrarse en su puesto de trabajo o a uno equivalente.

También es de destacar las aportaciones de la Directiva 2010/41 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

Fundamental, a mi entender, es el nuevo Acuerdo marco sobre permiso parental que pasa a aplicarse mediante la Directiva 2010/18 UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 (deroga la anterior Directiva 96/34), que debe ser utilizado como punto de referencia para todas las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral que se aprueben por parte de las autoridades públicas.

En el Acuerdo marco que, entre otras cuestiones, amplía la duración mínima del permiso, que pasa de tres a cuatro meses, se indica que la conciliación «es un derecho fundamental que debe garantizarse plenamente en cada texto de la Unión (se reconoce su carácter transversal) y que los Estados miembros deben fomentar tanto en el sector público como privado modelos de bienestar empresarial que exijan el derecho a la conciliación. Al mismo tiempo, se indica que el reto demográfico es de gran relevancia y que, para afrontarlo, las políticas de conciliación son necesarias teniendo en cuenta lo siguiente:

- Es fundamental que las mujeres tengan garantizado el derecho a un empleo compatible con el ejercicio de otros derechos «así como el derecho a ser madres, sin que se les penalice por ello»;
- La regulación del permiso parental «además de garantizar la igualdad de género y el acceso de la mujer al empleo, debe permitir que los padres asuman sus responsabilidades para con sus hijos»;
- El permiso parental «tiene beneficio a largo plazo para el desarrollo de los hijos».

Por todo lo anterior, en el Acuerdo marco se establece como mandato a los Estados miembros:

- que las políticas públicas, incluidas las relativas al permiso parental, deben estar siempre orientadas a la equidad en términos de derechos individuales igualmente accesibles para hombre y mujeres, «con objeto de animarles a una mejor conciliación entre la vida familiar y la vida laboral, en el mejor interés de sus hijos»;
- «es preciso adoptar políticas familiares que faciliten una vuelta al trabajo “gradual y suave”» dado que esta reincorporación a la actividad laboral tras un permiso parental «puede ser una situación difícil y estresante para el padre y para el niño»;
- en relación con lo anterior, se defienden también medidas como el fomento del teletrabajo, el trabajo en casa y el trabajo inteligente, con la finalidad de que las políticas de conciliación «no impongan una carga adicional a los empleados»;

En general, puede afirmarse que las recientes reformas normativas de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida personal, familiar y profesional van orientadas a conseguir el objetivo de la corresponsabilidad de mujeres y hombres frente a sus responsabilidades familiares.

El Acuerdo marco ha tenido un desarrollo deficiente en el Estado español. A este respecto, cabe destacar y valorar muy positivamente el proyecto de Ley de Empleo Público Vasco (el texto ya ha sido enviado al Parlamento), en el que se equiparan los permisos de parentalidad de las dos personas que integran la pareja con independencia de su sexo (esto permite que los progenitores varones tenga un mínimo de 16 semanas

de permiso), configurándose los permisos como intransferibles y remunerados al 100 %.³²

Finalmente, y para acabar este epígrafe, es necesario tener en cuenta que las medidas de conciliación deben ir más allá de las tradicionales y deben superar el ámbito familiar. Así, se pueden establecer alternativas como la creación de los bancos de horas (suponen el trabajo durante más horas algunos días para poder disfrutar de algún día libre para cubrir necesidades de conciliación, pero no implican trabajar menos ni cobrar menos), la flexibilidad horaria, creación de servicios de guardería o de desconexión del trabajo (por ejemplo, gimnasios) dentro de la empresa o con acuerdos con establecimientos cercanos, posibilidad de vacaciones flexibles, uso de videoconferencias para evitar la inversión innecesaria de tiempo en traslados (también reduce costes a la empresa), etc.

Las empresas, en suma, están integradas por grupos humanos muy diversos en diferentes estadios vitales, y las medidas de conciliación deben ir orientadas no solo a conciliar la vida laboral con la familiar, sino también con la personal en general. Aquellas prersonas trabajadoras que no tienen familia a su cargo también tienen necesidades vitales que deben ser respetadas, como la manifestación del libre desarrollo de la personalidad (uno de los fundamentos del orden político y la paz social, según el art. 10.1 CE).

V. El principio de igualdad de género como criterio legislativo y de interpretación

Para terminar, retomo lo apuntado en el punto II de este trabajo: la existencia de la discriminación de género (como punto de partida) y la necesidad de superación de esa discriminación (punto de llegada), para lo cual es necesario un proceso en que todos los poderes públicos deberán intervenir.

Esta intervención debe realizarse partiendo de la interrelación de varios preceptos constitucionales.

El primero de ellos es el art. 14 CE, que recoge el principio de igualdad ante la ley y no discriminación, al decir que *los españoles son iguales*

³² El texto completo del proyecto se puede consultar en su versión en español en http://www.euskadi.eus/contenidos/proyecto_ley/py_ley_21/es_py_ley/adjuntos/proyecto%20de%20ley%20del%20empleo%20publico%20de%20euskadi.pdf.

delante de la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación ninguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

El segundo de ellos recoge el principio de igualdad material, reflejado en el art. 9.2. CE de la siguiente manera, al indicar que *corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

Ambos preceptos tienen carácter transversal y se proyectan sobre la acción de los poderes públicos, y el segundo es especialmente interesante, ya que establece un encargo a los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y no una mera proclamación formal. Se trata de un principio de igualdad efectiva que supone el reconocimiento público de una insatisfacción derivada de la constatación de que las desigualdades en el mundo no se eliminan por el simple hecho de que se diga así en un texto normativo, sino que para que esto suceda es necesario que se articulen los medios precisos para corregir las situaciones de discriminación.

La igualdad formal se conecta con el principio de igualdad ante la ley (igualdad material), en el sentido de que debemos tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual, y esa diferencia de trato debe tener por finalidad conseguir para todos y todas unas mejores condiciones de vida, y para evitar desigualdades hacen falta políticas activas orientadas a favorecer a los grupos discriminados, con el fin de situarlos en una posición final de equiparación a los no discriminados.³³

Por otro lado, es necesario atender también a la normativa internacional que vincula al Estado español, ya que el art. 10.2. CE *establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*, por lo que nos proporcionarán criterios hermenéuticos, especialmente en relación al principio de igualdad y en cuanto a las políticas en concreto, un sentido de actuación positiva para superar la discriminación de género.

³³ Esa es la finalidad de las medidas de discriminación positiva que son de aplicación a la cuestión de género, entre otras.

Entre la normativa internacional se encuentran las disposiciones del Derecho comunitario a las que se ha hecho referencia a lo largo de este texto, pero también diversos convenios de la OIT con relación a los derechos laborales de la mujer, como es el caso del Convenio 100 de igualdad de remuneración, el Convenio 111 sobre discriminación en el empleo y ocupación, el Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares o el Convenio 183 sobre protección de la maternidad, entre otros.

En suma, este conjunto de preceptos constitucionales y textos internacionales deben ser tenidos en cuenta por todos los poderes públicos a la hora de concretar las políticas públicas sobre la mujer en el ámbito laboral y, por supuesto, también por el Poder Judicial a la hora de resolver las dudas interpretativas en aspectos que puedan afectar a la discriminación de género en el ámbito laboral.

En lo que se refiere a la actuación de los tribunales en materia de género, debe hacerse referencia a la técnica de «juzgar con perspectiva de género»³⁴ que, como indica Lousada, supone la aplicación del mandato del art. 117 CE, al estar los jueces y juezas sometidos al imperio de la Ley. Lo indicado supone que se deban aplicar los arts. 9.2 y 14 CE y otro tipo de normas tanto estatales como internacionales (la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y violencia doméstica o la LO 3/2007 de 22 de marzo de igualdad efectiva de mujeres y hombres, entre otras).

Juzgar con perspectiva de género es una labor judicial que, según Glòria Poyatos,³⁵ supone realizar una labor judicial que conlleva:

- La utilización de criterios de comparación hipotética para verificar si, en una situación dada, un hombre habría sido tratado de la misma manera en que lo ha sido una mujer.
- Atender a la situación de marginalidad real o potencial o de victimización secundaria en la que se puede encontrar una mujer para valorar su conducta.

³⁴ LOUSADA AROCHENA, J. F., «Aplicación de la perspectiva de género en la jurisdicción social», Jornadas del CGPJ sobre la impartición de justicia con perspectiva de género, Madrid, 2016.

³⁵ Ver nota 1.

- Integrar el valor de igualdad de los sexos en la aplicación de una norma evitando los efectos perversos de la norma que no haya atendido a ese valor.

En suma, se trata de interpretar y aplicar las normas jurídicas de tal forma que el criterio hermenéutico a utilizar debe ser el de garantizar la mayor protección de los derechos humanos desde el punto de vista del género.

Tecnología y relaciones laborales: cambios en la jornada y en el lugar de trabajo. Aportaciones del Derecho Comunitario y comparado¹

FERRAN CAMAS RODA

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y director de la cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía de la Universidad de Girona

1. Marco de situación de los efectos de la tecnología en las condiciones de trabajo

1. Las tecnologías de la información y la comunicación como teléfonos inteligentes (*smartphones*), tabletas, ordenadores portátiles u otro tipo de computadores conectados a bases de datos, están afectando como nunca había sucedido anteriormente nuestros comportamientos individuales, sociales y laborales. Un elemento central de estas tecnologías es la aceleración de las innovaciones que traen consigo, mucho mayor que revoluciones tecnológicas precedentes.²

De hecho, en el mundo de las tecnologías con incidencia directa en nuestra cotidianeidad vital y empresarial se abre paso ya la denominada como el Internet de las Cosas (*Internet of Things*), es decir, la dotación a objetos, productos o servicios de la posibilidad de estar conectadas a internet, a través de dispositivos específicos o plataformas varias que las relacionan con sus usuarios, así, por ejemplo, paquetes, palés o contenedores pueden disponer de sensores, trasmisores o etiquetas de iden-

¹ Ponencia presentada a las XXIX Jornades Catalanes de Dret Social, sobre «Nuevas tecnologías y relaciones laborales», Barcelona, 8 y 9 de marzo de 2018. Más información en: <http://www.iuslabor.org/>.

² *Transformation numérique et vie au travail. Rapport établi par M. Bruno Mettlin à l'attention de Mme. Myriam El Khomri, Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social*, septiembre de 2015 : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf>

tificación por radiofrecuencia que permiten a una empresa rastrear sus movimientos a través de la cadena de suministro.³

Pero otro de rasgos de las tecnologías de la información y la comunicación es su efecto disruptivo, es decir, la rapidez formidable con la que se expanden en sus usuarios.⁴ Dejando al margen el uso que podamos hacer de las tecnologías de la información y la comunicación mencionadas (teléfonos inteligentes, tabletas, etc.), para uso particular o laboral dentro de la empresa, debe confirmarse que ya, en la Unión Europea, un 17 % de los trabajadores las utilizan para trabajar fuera de las instalaciones de la empresa,⁵ es decir, el propio uso de estas tecnologías para ese número de trabajadores es un factor esencial para no realizar su trabajo en el entorno físico empresarial.

En efecto, el uso de medios telemáticos está trastocando las coordenadas clásicas de «espacio-tiempo» en la delimitación de la prestación de trabajo. Como señala el informe de la Organización Internacional del Trabajo y Eurofound, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*,⁶ las tecnologías de la información y la comunicación habilitan al trabajador para trabajar desde cualquier lugar donde necesiten hacerlo y en el momento que convenga o sea necesario; se habla de que tal vez en poco tiempo se pueda datar un futuro en el que todos puedan trabajar remotamente, aunque del dicho al hecho puede haber un trecho, no tanto por la capacidad tecnológica para llevarlo a cabo, sino

³ Una explicación sobre las tecnologías y su influencia en los campos de la física, digitales y biología, de la denominada «cuarta revolución industrial» puede verse en SCHWABB, K., *La cuarta revolución industrial*, Debate, 2016 (p. 29 y ss.). También puede verse una explicación pormenorizada de Internet de las Cosas en DEL REY GUANTER, Salvador (dir.) y TENA PLANAS, Guillermo (coord.), *Proyecto Technos. Internet of Things y su impacto en los Recursos Humanos y en el Marco Regulatorio de las Relaciones Laborales*, Instituto Cuatrecasas, Wolter Kluwer España, SA, 2017, pp. 243-244.

⁴ Véase *Transformation numérique et vie au travail*, ya citada.

⁵ MESSENGER, J., VARGAS, O., GSCHWIND, L., BOEHMER, S., VERMEYLEN, G., WILKENS M., *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Joint ILO-EUROFOUND Report, 2017, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1658en.pdf [última consulta: 13 de febrero de 2018], p. 1.

⁶ MESSENGER, J., VARGAS, O., GSCHWIND, L., BOEHMER, S., VERMEYLEN, G., WILKENS M., *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, op. cit., p. 1. Véase un comentario de este informe en DEL REY GUANTER, Salvador (dir.) y TENA PLANAS, Guillermo (coord.), *Proyecto Technos. Internet of Things y su impacto en los Recursos Humanos y en el Marco Regulatorio de las Relaciones Laborales*, op. cit., pp. 243-244, en el que se expresa que la delimitación del tiempo de trabajo por la presencia del trabajador en un lugar determinado y por un espacio temporal acotado se diluye.

porque también puede haber otros condicionantes que maticen que todo el mundo pueda trabajar de forma remota, entre otras razones, por el rasgo básico humano asociado a la necesidad de las personas de encontrarse con otras, cara a cara.⁷

2. Lo que puede afirmarse es que la revolución digital afecta a todos los trabajadores, tanto en cuanto a los métodos de trabajo y de organización como también con relación a las coordenadas del espacio de trabajo y el tiempo en el que se presta. Es posible que aquellos trabajos que implican una creación física o la confección de un producto en una cadena determinada puedan resultar no tan afectados por la realidad del *working anytime, anywhere*, por lo general más visible en ambientes de trabajo orientados a resultados,⁸ pero, por lo general, las tecnologías telemáticas influyen en todo tipo de trabajadores. Para empezar, en los que podríamos denominar como teletrabajadores, es decir, aquellos que disponen de la capacidad para trabajar determinadas horas desde casa con equipamiento digital; los trabajadores móviles, que con la utilización de las tecnologías de información y la comunicación no requieren estar presentes en los locales empresariales; los trabajadores autónomos, entre los que pueden contarse tanto casos específicos de teletrabajadores como también autoempleados que simultáneamente producen en su propia casa y utilizan las tecnologías para hacer la propia difusión y venta de sus productos.

En España, las encuestas o estudios realizados muestran una sobre-representación en el uso de computadoras de los trabajadores autónomos (casi el 25 % trabaja con aquellas). Por el contrario, la implantación de colectivos de trabajadores asalariados con dispositivos digitales que trabajen fuera de la empresa, ya sea como teletrabajadores, ya sea como trabajadores móviles, es reducido, ya que solo se cuenta el 6,7 % de los empleados frente al 17 % de la Unión Europea que se ha comentado anteriormente. Entre las razones que lo explicarían se cuenta la derivada de la propia cultura laboral, que como sucede en nuestro país está caracterizada por un alto nivel de presentismo, y no orientada primariamente a la consecución de objetivos en muchos lugares de trabajo. En todo caso, el porcentaje más elevado de teletrabajadores o trabajadores mó-

⁷ MESSENGER, J., VARGAS, O., GSCHWIND, L., BOEHMER, S., VERMEYLEN, G., WILKENS M., *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, op. cit., p. 3.

⁸ *Idem*, p. 10.

viles con tecnología de trabajo fuera del centro de trabajo se da entre los trabajadores del conocimiento o empleados altamente cualificados, a menudo en posiciones directivas, sobre todo en el sector de los servicios, particularmente de las tecnologías, los servicios financieros y los servicios en general, seguidos por la administración pública.⁹

3. El uso de las tecnologías digitales promueve este tipo de prestaciones de servicios que pueden servir para relanzar la eficacia del trabajo, mayor productividad, eliminación o reducción de los desplazamientos a las instalaciones empresariales, mayor autonomía y flexibilidad en la organización del trabajo, y concretar de menor manera la conciliación de la vida laboral y familiar. De hecho, en este último sentido, conforme a las encuestas realizadas en España respecto a esta cuestión, en el año 2013 se constató que el 70.9 % de los empleadores encuestados informaron que, entre las principales razones para aplicar políticas de trabajo flexible, eran motivaciones sociales, especialmente la mejora del equilibrio entre la vida laboral y familiar.¹⁰

Pero el reverso a estas oportunidades también contiene varias desventajas, así, por ejemplo, para aquellos trabajadores móviles que ejecutan sus servicios fuera de los locales o sedes empresariales con dispositivos digitales de geolocalización, puede constituir un problema el conocimiento constante por el empleador del lugar en el que se localiza el trabajador, así como también por los cambios o giros en sus cometidos laborales que puede suponer el hacer depender sus objetivos de la ubicación en la que puede hallarse. La geolocalización en función de sistemas GPS es un factor más en la trazabilidad del trabajo,¹¹ es decir, de los movimientos, pausas, rendimiento, resultados de los encargos del trabajador, que tienen indudables efectos laborales.

Varias han sido las sentencias que han resuelto cuestiones en las que se encontraban involucrados dispositivos de GPS, en primer lugar la del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 3 de octubre de 2017,¹²

⁹ MESSENGER, J., VARGAS, O., GSCHWIND, L., BOEHMER, S., VERMEYLEN, G., WILKENS M., *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, op. cit., p. 18.

¹⁰ En el informe *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work* se hace referencia en concreto a la encuesta llevada a cabo por IDC en 2013, op. cit., 9.

¹¹ MURO, Ignacio: «Trazabilidad del trabajo: el futuro ya está aquí», en: <https://economistasfrentealacrisis.com/trazabilidad-del-trabajo-el-futuro-ya-esta-aqui/>

¹² Véase en la página web del Poder Judicial (apartado Jurisprudencia): <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&referen>

que resuelve el despido de un comercial por falta muy grave consistente en la comisión de faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo, al imputársele que a partir de una hora determinada del mediodía no realice visita alguna y apenas desempeñe actividad laboral de ningún tipo, complementado por el hecho de haberse detectado que no había iniciado nunca su trabajo antes de las 8,40 h am. La sentencia considera acreditado el despido con la base del informe elaborado por la empresa en función de la geolocalización del actor. En todo caso, el trabajador no cuestionó ni en la instancia ni en sede de recurso de suplicación la licitud de la prueba de geolocalización utilizada por la empresa para llevar a cabo el registro y seguimiento de su actividad laboral, lo que deja sin respuesta que hubiera sucedido en sentido contrario, es decir, si se hubiera impugnado en función de la utilización del GPS como sistema de control o fin de la jornada, como mecanismo de seguimiento de las actividades del trabajador, o en cuanto a dispositivo que puede tenerlo controlado incluso fuera de su horario laboral. En este sentido, se defiende que la adopción de un sistema tecnológico como el de la geolocalización puede estar amparado en el art. 20.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores como medida de vigilancia y control del trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones laborales, aunque adoptando las medidas necesarias para llevarlo a cabo, como dotarle de la información necesaria para ello, o como también se ha propuesto, respetando la imposibilidad de recoger datos relativos a la localización de un empleado fuera del horario de trabajo, por lo que deberá existir algún método para que el trabajador pueda desactivar el dispositivo de Internet de las Cosas después de su tiempo efectivo de trabajo.¹³

Caso aparte fue lo resuelto por la STSJ de Andalucía (Granada), Sala de lo Social, 18/09/2017 (rec. 770/2017), en el que no se pronuncia en un caso de no desactivación del GPS, sino todo lo contrario, por la falta de activación de un gestor GPS por una trabajadora móvil conforme a las órdenes que en dicho sentido le había trasladado la empresa. De hecho, el TSJ valida la decisión extintiva empresarial por incumplimiento continuado y reiterado de la obligación de la trabajadora de activar el dispositivo GPS de seguimiento y control de rutas e inicio y fin de jornada, así

ce=8173816&links=%221908%2F2017%22&optimize=20171023&publicinterface=true

¹³ DEL REY GUANTER, Salvador (dir.) y TENA PLANAS, Guillermo (coord.), *Proyecto Technos. Internet of Things y su impacto en los Recursos Humanos y en el Marco Regulatorio de las Relaciones Laborales*, op. cit., p. 246.

como por la omisión del deber de atender las peticiones de explicaciones de la empresa de por qué no activaba dicho dispositivo. Tampoco en este caso es cuestionada la utilización de este sistema de geolocalización, que indica la posición del dispositivo en cada momento durante la jornada laboral, así como el tratarse de un mecanismo que calcula el rendimiento del trabajador y establece los objetivos que debe cumplir. La sentencia valida, en todo caso, que la empresa pueda despedir en función de la falta de colaboración del trabajador en la activación del dispositivo electrónico.

4. Junto a lo anterior, las tecnologías digitales coadyuvan a la prolongación de la horas de trabajo, el solapamiento entre el trabajo retribuido y la vida personal (es decir, la creación de interferencias entre el trabajo y el hogar), y en general, una intensificación del trabajo.¹⁴

Los estudios que se han realizado sobre esta cuestión alertan del efecto que las tecnologías digitales tienen respecto al aumento de horas de trabajo, a diferencia de los que trabajan en la empresa, que trabajan menos horas que aquellos. Así, en el informe *Working anytime, anywhere*, se expresa que en España, el 19 % de los trabajadores que trabajan en las instalaciones empresariales no trabajan más de 40 horas a la semana, mientras que así lo hacen el 24 % de los que trabajan en casa y el 33 % en otras localizaciones.¹⁵

La capacidad de las tecnologías de superar el entorno empresarial físicamente para trabajar, y hacerlo en cualquier momento, explicarían ese aumento de horas empleadas en el trabajo. Ahora bien, también incluso de los trabajadores que ejercen sus labores en los locales empresariales, es un factor de mayor dedicación laboral la disponibilidad que las tecnologías atribuyen al empleado para realizar gestiones relacionadas con el trabajo fuera de su jornada laboral contractual, empezando ya por la propia conectividad de aquel a través de las tecnologías para tratar asuntos propios de sus funciones (en España, el 68 % de los trabajadores confirman que reciben correos electrónicos o llamadas telefónicas más allá de las horas normales de trabajo¹⁶).

¹⁴ MESSENGER, J., VARGAS, O., GSCHWIND, L., BOEHMER, S., VERMEYLEN, G., WILKENS M., *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, op. cit., p. 1.

¹⁵ *Idem*, p. 21.

¹⁶ *Ibidem*, p. 23.

En todo caso, el aumento de horas suplementarias de trabajo, detectado particularmente por los estudios realizados a quienes no trabajan total o parcialmente en las instalaciones empresariales, en virtud del uso a distancia de las tecnologías digitales, no es retribuido, y es de carácter informal, es decir, no suele resultar computado, plasmado en documento, servicio o registro alguno, dejándose en manos del trabajador el control del tiempo que puede dedicar a asuntos relacionados con su trabajo. Al margen de cómo conceptuar o configurar los modos de conectividad relacionados con asuntos laborales, a los efectos de medir el tiempo de trabajo, sino solo centrando la óptica en el aspecto técnico, las continuas innovaciones llevarían a pensar que sería sencillo hacerlo, dada la trazabilidad que tiene el uso de servidores, redes, teléfonos inteligentes u ordenadores»,¹⁷ pero también los propios avances del proceso de Internet de las Cosas, supone una mayor posibilidad de determinar el tiempo de trabajo utilizado con equipamientos digitales. A tal efecto, los datos suministrados por cada elemento o equipo conectado a internet, de forma debidamente especificada por su uso, no solo pueden servir para saber el tiempo de su utilización, sino que pueden realizar determinaciones cuantitativas de conductas, derechos u obligaciones laborales, que aparecen actualmente en la legislación de forma genérica, de tal manera que pueden acabar especificándolos o graduándolos desde una perspectiva cuantitativa.¹⁸

En todo caso, la consecuencia de ello es que la digitalización lleva consigo, entre otros efectos, una tendencia hacia el trabajo en todo momento y en todo lugar, ejecutándolo más que de forma flexible, de modo elástico,¹⁹ lo que implica necesariamente el propio espacio de vida personal y privada del trabajador. Lo cierto es que las tecnologías de la información y la comunicación han tenido un impacto simultáneo en la esfera privada y en la de trabajo, afectando a todas las gestiones de vida

¹⁷ Así lo dice, en relación al sector tecnológico, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. Luz, PÉREZ del PRADO, D., *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica*, informe realizado a instancias de la Fundación para el Diálogo Social, diciembre de 2017, p. 57.

¹⁸ DEL REY GUANTER, Salvador (dir.) y TENA PLANAS, Guillermo (coord.), *Proyecto Technos. Internet of Things y su impacto en los Recursos Humanos y en el Marco Regulatorio de las Relaciones Laborales*, op. cit., p. 280.

¹⁹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. Luz, PÉREZ DEL PRADO, D., *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica*, op. cit., p. 21.

ordinarias que se llevan a cabo cotidianamente, pero, sin duda alguna, la intersección entre los ámbitos laboral y personal es uno de los efectos más rotundos.

En este marco, el principio de la conciliación de la vida laboral y familiar resulta especialmente alterado por el impacto de las tecnologías digitales, hasta el punto de poder llegar a ser irreconocible. Resulta oportuno destacar en este momento que las encuestas realizadas muestran que en el ámbito europeo hay un porcentaje más elevado de hombres trabajando con tecnologías fuera del centro de trabajo (54 % frente al 36 % de mujeres), aunque el porcentaje de mujeres es más elevado en el teletrabajo desde casa (57 %) que, en general, en el teletrabajo/móviles fuera de la empresa (34 %, siendo los varones el sexo sobrerrepresentado en esta última categoría).²⁰ De entrada, se da la explicación a la importante presencia de mujeres teletrabajadoras a la estrategia de estas de combinar el trabajo retribuido con su familia u otras responsabilidades personales. Esto sería una prueba de que la cuestión de género es importante en relación con el uso laboral de las tecnologías fuera de la empresa. El trabajo con tecnologías fuera del ámbito empresarial estaría siendo remodelado por los roles de género y los modelos de trabajo y familia.²¹ Así, los hombres trabajan más con tecnologías fuera del centro de trabajo porque ellos trabajan más horas, pero, simultáneamente, esto les lleva a deducir de esas horas el tiempo de conciliación. Las mujeres parecería que no acceden adecuadamente a la categoría de trabajadores móviles por la división social del trabajo entre el retribuido y el que no lo es;²² pero, además, su presencia como teletrabajadoras no les evita tampoco tener que trabajar más horas, como se ha visto anteriormente.

A ello se le suman otros factores de presión derivados de nuevos modelos de organización social que no deben ser pasados por alto, particularmente, los relacionados con la liberalización de horarios comerciales, que incorpora nuevas estrategias de ejecución de la prestación de servicios de forma constante en cualquier franja diurna o nocturna, también en festivos de disfrute común, que cada vez quedan más aparca-dos; así como también la propia exigencia social de que determinados servicios, como los tecnológicos, funcionen las 24 horas del día, lo que

²⁰ MESSENGER, J., VARGAS, O., GSCHWIND, L., BOEHMER, S., VERMEYLEN, G., WILKENS M., *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, op. cit., p. 18.

²¹ *Idem*, p. 19.

²² *Ibidem*, p. 20.

requiere, en última instancia, de sujetos que supervisen y controlen cómo se presta el servicio también 24 horas. En este sentido, es de interés el informe elaborado en 2017 por Luz Rodríguez y D. Pérez, en el que se señala cómo, en el sector productivo de las tecnologías, se están incorporando en los nuevos contratos la obligación de trabajar bajo el turno 24 ´ 7 en caso de que sea necesario, frente a los contratos antiguos que preveían jornada y horarios estables». ²³ Esta cláusula supone una disponibilidad total a la empresa, una vez finalizada la jornada laboral, de respuesta inmediata en caso necesario para atender las incidencias que se produzcan, lo que sin duda tiene un fuerte impacto en la vida personal de los trabajadores. ²⁴

A los trabajadores con estas cláusulas les sería de aplicación la doctrina vertida por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 21 de febrero de 2018, en el asunto C518/15, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Laboral Superior de Bruselas, en el conflicto entre el municipio de Nivelles y el Sr. Matzak. El órgano judicial belga pregunta en esencia al Tribunal Europeo si el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empleador, el Ayuntamiento de Nivelles, en un plazo de ocho minutos, plazo por tanto que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse «tiempo de trabajo» conforme al art. 2 de la Directiva 2003/88. ²⁵

Para responder a esta cuestión, el TJUE parte de la base de que el objetivo de la Directiva 2003/88 es garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores, de manera que puedan disfrutar de periodos mínimos de descanso y de periodos de pausa adecuados. De ahí, que los periodos de guardia a los efectos de si son o no tiempo de trabajo deban pasar el filtro de aquel objetivo.

²³ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. LUZ, PÉREZ del PRADO, D., *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica*, op. cit., p. 36.

²⁴ *Idem*, p. 36.

²⁵ El art. 2 establece que «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1) *tiempo de trabajo*: todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales; 2) *periodo de descanso*: todo periodo que no sea tiempo de trabajo».

Para empezar, el TJUE señala que de la jurisprudencia sobre el art. 2 de la Directiva 2003/88 se desprende que el factor determinante para la calificación de «tiempo de trabajo», es el hecho de que el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de este para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad. Por lo tanto, estas obligaciones, que impiden que los trabajadores afectados elijan su lugar de estancia durante los periodos de guardia deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones, es decir, cumplen con uno de los requisitos que el art. 2 conceptúa como propios de un «tiempo de trabajo». Ahora bien, el TJUE añade que no ocurre lo mismo en la situación en la que el trabajador efectúa una guardia según el sistema de guardia localizada, que implica que esté accesible permanentemente sin que, no obstante, deba estar presente en el lugar de trabajo. Como desarrolla el Tribunal, en estos casos, «aunque esté a disposición de su empresario en la medida en que debe estar localizable, en esta situación el trabajador puede administrar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus intereses personales. En estas circunstancias, solo debe considerarse “tiempo de trabajo” en el sentido de la Directiva 2003/88, el tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicios».

Delimitados de esta manera el régimen de guardias con presencia física, de las guardias localizadas, el TJUE se fija en el caso concreto (recuérdese que a lo atribuido al trabajador podría definirse como unas guardias localizadas, pero con una condicionalidad de presencia en el puesto de trabajo de ocho minutos), y recuerda que «según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los conceptos de “tiempo de trabajo” y de “periodo de descanso”, en el sentido de la Directiva 2003/88, constituyen conceptos de Derecho de la Unión que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva, que es establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores». Esto le sirve para observar que la obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario y la restricción que, desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos, limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador que se encuentra en la situación del Sr. Matzak de dedicarse a sus intereses personales y sociales. Eso hace diferente la situación de guardia de este empleado de la de las guardias localizadas, es decir, de estar simplemente a disposición de un empresario a los efectos de que este pueda localizarle. Ante

esta constatación, el TJUE resuelve que el concepto de «tiempo de trabajo», establecido en el art. 2 de la Directiva 2003/88, debe interpretarse en el sentido de que «se aplica a una situación en la que un trabajador tiene la obligación de permanecer en su domicilio durante el periodo de guardia, de estar a la disposición del empresario y de poder presentarse en su lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos».

5. Además del impacto que los efectos de la revolución digital tienen sobre el tiempo de trabajo, acarreado una confusión entre las esferas laboral, personal y familiar de los trabajadores, un factor importante que está emergiendo es que, en función de la disolución progresiva del tiempo de trabajo de muchos trabajadores, el uso de las tecnologías es un factor de aumento de la carga de trabajo a realizar.²⁶ El uso de las tecnologías permite una organización del trabajo basada en la realización de proyectos u objetivos, pero eso suele ir acompañado de una intensificación del trabajo para los trabajadores tecnológicos o digitales que ejercitan su labor fuera de la empresa, lo que, a fin de cuentas, también acaba afectando a la conciliación con su vida privada. Con respecto a estos trabajadores que pueden realizar tareas fuera de su horario laboral, y por tanto, dentro de su esfera temporal y física personal pueden estar realizando acciones relacionadas con su trabajo, se deberían conjugar medidas para vincular la carga que asumen con el tiempo de trabajo de que disponen.

Ahora bien, ello puede no ser suficiente para aquellos empleos, oficios o encargos laborales, realizados dentro de la empresa (pero también fuera, por ejemplo, personal de limpieza de calles), pero en el marco de un horario determinado, cuyos trabajadores están experimentando también una intensificación de su carga laboral en virtud de las posibilidades abiertas por las tecnologías con que se les dota para el cumplimiento de su trabajo. Como se ha afirmado, la intensificación del trabajo permitido por la transformación digital pone en cuestión, para ciertos oficios en determinadas empresas, la medición de la carga de trabajo por el tiempo de trabajo,²⁷ es decir, la dependencia de la carga y cumplimiento de objetivos del tiempo que se dispone para llevarlos a cabo, que

²⁶ *Transformation numérique et vie au travail...*, *op. cit.*, p. 18 y ss.

²⁷ *Transformation numérique et vie au travail...*, *op. cit.*, p. 18 y ss. Se ha subrayado por la doctrina que el informe pone relación directa entre el tiempo de trabajo con la determinación de la carga de trabajo y recalca su importancia en cuanto a la buena articulación entre vida privada y profesional, por ejemplo, en CIALTI, Pierre-Henri, «El derecho a al desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?», en *Temas Laborales*, n.º 137/2017, p. 171.

puede resultar desproporcionada o excesiva. La transformación digital no puede suponer una robotización de la persona. Si la referencia a un horario laboral se constituyó históricamente como medida de la carga de trabajo a realizar por el trabajador en sus franjas, que tenía por objeto protegerlo y no llevarle a ejecutarlo más allá de aquel, las tecnologías digitales también podrían ser una oportunidad para lograr una medición fiel de la carga de trabajo que puede ser asumida.²⁸

6. Ante este proceso de transformación laboral, la primera cuestión a plantear es cómo debe afrontarla el Derecho del Trabajo.

Por un lado, se está observando que en determinados sectores, como el de alto rendimiento en equipos digitales y electrónicos como es el tecnológico, las normas que regulan el tiempo de trabajo, sean las de origen legal, sean las de origen convencional, son irrelevantes, en el sentido de que apenas se aplican, dejándose sobre todo su ejecución al «arreglo individual».²⁹ La conclusión que se sigue es que el tipo de legislación que actualmente regula la jornada laboral y la determinación del horario de trabajo estarían desfasadas respecto de este tipo de empresas.³⁰

Junto a lo anterior, se dice también que el hecho de que las innovaciones tecnológicas afecten de forma importante a lo que se considera como tiempo de trabajo, es un factor para considerar al tiempo de trabajo con otras coordenadas con las que ha sido visto hasta ahora, lo que sumado al hecho de que los mismos dispositivos tecnológicos puedan hacer una medición exacta de las unidades temporales en los que se presta el trabajo, dentro y fuera de la empresa, también obliga a que las normas jurídicas establezcan una mínima claridad en ese solapamiento. De ahí las iniciativas sobre el derecho a la desconexión³¹ que pasan a comentarse a continuación.

En todo caso, antes de analizar los principales conflictos que sobre el tiempo de trabajo están presionando a la normativa española, considero que deberían mantenerse las reglas básicas sobre limitaciones al

²⁸ *Transformation numérique et vie au travail...*, op.cit., p. 18 y ss.

²⁹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. LUZ, PÉREZ del PRADO, D., *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica*, op. cit., p. 36.

³⁰ *Idem*.

³¹ DEL REY GUANTER, Salvador (dir.) y TENA PLANAS, Guillermo (coord.), *Proyecto Technos. Internet of Things y su impacto en los Recursos Humanos y en el Marco Regulatorio de las Relaciones Laborales*, op. cit., p. 244).

tiempo de trabajo que aún están en nuestra normativa, particularmente con relación a los límites de jornada y descansos. Se ha visto como las tecnologías de la información y la comunicación tienden a considerar un trabajo en todo lugar y tiempo, sin fin, y eso es justamente lo que se elimina cuando se instituye la limitación de la jornada como derecho básico en la conformación del Derecho del Trabajo. Una jornada permanente no responde a una jornada de trabajo, ya que esta deja de existir. Los límites propios de la jornada, basados en sus pausas, sus descansos diarios, semanales y anuales, deben seguir presidiendo la óptica a asumir respecto de la afectación de las tecnologías en la prestación de trabajo.

Ahora bien, el proceso de transformación digital también puede ser una oportunidad para adoptar, tal como insistía el informe francés Meetling, que ya se ha reseñado, una posición pragmática consistente en limitar las adaptaciones a aquello que sea necesario para el éxito de la transición digital.³² La legislación debería asumir la inclusión de la tecnología digital en los procesos de trabajo, que cada vez superarán la noción de trabajar en un puesto de trabajo específico. Por ello, la ley laboral debe plantearse la utilización de las tecnologías en las empresas más allá del objetivo que actualmente les ampara para la vigilancia y control de la actividad del trabajador, que puede abarcar desde la ejecución específica del trabajo, los valores de rendimiento, la carga laboral, e incluso al amparo del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, al imponer al trabajador dispositivos que pueden suponer una fuente de conocimiento para el empresario de sus habilidades o predicciones de su futuro para su valía laboral. La óptica del Derecho del Trabajo debe tener como finalidad que el uso de las tecnologías en la empresa no roboticen a la persona, y en todo caso, le garanticen sus periodos de descanso y de conciliación de la vida personal y laboral.

Lo que queda por plantearse, también, es que estos ámbitos, cada vez menos compartimentados o estancos, también están influidos por un proceso de cambios sociales, detectado en el hecho del interés de muchos trabajadores en que no solo se les reconozca un periodo de descanso desconectado o al margen del trabajo, sino que tengan disposición sobre en qué momento utilizarlo. Además de disponer de un periodo de descanso, en el que afrontar su vida personal y familiar, lo importante está pasando a ser que el trabajador tenga un margen de decisión sobre cuándo llevarlo a cabo.

³² *Transformation numérique et vie au travail...*, op. cit., p. 8.

A esa línea tenderían algunas iniciativas detectadas en el ámbito europeo, por ejemplo, el Libro Blanco Trabajar 4.0, que se plantea impulsar una ley «que permita elegir la jornada laboral». Esta tendrá carácter experimental, una vigencia inicial de dos años y su aplicación se limitará a determinados entornos laborales. Los trabajadores obtendrían el derecho a modificar la duración de su jornada, respetando ciertos plazos y requisitos. En caso de que una empresa quiera ampliar su jornada más allá de lo previsto por la normativa vigente, podrá hacerlo, siempre y cuando un convenio colectivo tuviera bien una «cláusula de descuelgue», bien se llegara a un correspondiente acuerdo de empresa o a un acuerdo de los trabajadores afectados, y las empresas aceptasen que dicha modificación sea evaluada.

En el ámbito español, cabe traer a colación que el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del 14 de febrero de 2018,³³ aprobó con modificaciones la Proposición no de Ley del grupo parlamentario Socialista, por la que se insta al Gobierno a la puesta en práctica de un Plan contra la Explotación Laboral.³⁴ En dicha iniciativa, el Congreso insta al Gobierno a garantizar que «la jornada de trabajo se efectúe respetando los límites legales o pactados, bien en el convenio colectivo, bien en el contrato de trabajo, y promoverá, previo diálogo con los interlocutores sociales, las medidas que posibiliten que las necesidades adicionales de producción de las empresas se atiendan haciendo una utilización racional del tiempo de trabajo, compatible con la conciliación personal, familiar y personal, y favoreciendo la creación de nuevos puestos de trabajo».

2. La regulación de un derecho a la desconexión

Como se ha dicho anteriormente, está habiendo en el ámbito europeo diversos impulsos, de carácter legislativo unos, de carácter convencional otros, para desligar en la medida de lo posible el tiempo de trabajo de la esfera personal de los trabajadores, cuando la delimitación de ambos aparece cada vez como más difícil con el uso de las tecnologías de la

³³ *BOCG*. Congreso de los Diputados, serie D, n.º 297: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-297.PDF.

³⁴ Publicada en el *BOCG*. Congreso de los Diputados, serie D, n.º 11, de 12 de septiembre de 2016.

comunicación y las aplicaciones de internet que conllevan, como el correo electrónico. En el trasfondo de esta cuestión también se encontrarían razones de salud laboral, por el incremento del estrés profesional que un uso anormal de las tecnologías puede provocar en el trabajador. De hecho, la Conferencia Internacional del Trabajo se ha hecho eco de los estudios realizados que ponen en relación cómo la necesidad de mirar el correo electrónico todo el tiempo genera mucho estrés para los trabajadores y frustra sus periodos de descanso.³⁵

La innovación en este ámbito ha sido la Ley francesa n.º 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, relativa a la modernización del diálogo social y a la protección de las trayectorias profesionales, que en el marco dado por la negociación colectiva sobre igualdad profesional entre mujeres y hombres y la calidad en el trabajo, incluye, en su art. 55, con el epígrafe *Adaptation du droit du travail à l'ère du numérique*, un nuevo apdo. 7.º del art. 2242-8 del Código de Trabajo, en el que se recoge un «derecho a la desconexión» del trabajador.

Ese derecho se incluye en el marco de un deber de negociarlo colectivamente, es decir, el precepto expresa literalmente (en traducción libre mía), que «las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión es la puesta en práctica por la empresa de dispositivos de regulación del uso de herramientas digitales, con el fin de garantizar el respeto de los tiempos de descanso y permisos, así como la vida personal y familiar». Y añade, «a falta de acuerdo, el empleador elaborará una carta, tras consultar al Comité de empresa o, en su defecto, del delegado de personal. Esta carta definirá aquellas modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión y deberá prever, además, la implementación para los trabajadores y el personal de gestión y de dirección, de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de las herramientas digitales».

Por tanto, lo que hace el precepto es establecer un deber de negociación colectiva sobre el derecho a la desconexión, cuya falta de acuerdo en tal sentido abocará a que sea el empleador el que tenga que elaborar una Carta (la cual, se debe hacer, en todo caso, en empresas de más de 50 trabajadores). Por lo tanto, la ley lo que hace es remitir la de-

³⁵ Informe de la CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 107 reunión, *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo.*, Oficina Internacional del Trabajo, 2018. Página web de la Organización Internacional del Trabajo : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf

terminación de las modalidades del derecho a la desconexión a la negociación colectiva de empresa, en el marco de la obligación anual de negociar. En caso de no alcanzar un acuerdo, el empresario elaborará unilateralmente la Carta o estatuto mencionado.³⁶ De hecho, según la legislación francesa, la negociación obligatoria viene dada por la existencia de delegados sindicales en las empresas de más de 50 trabajadores; en las restantes, ya no se tratará de una negociación obligatoria. Para justificar la extensión del derecho a la desconexión, determinada doctrina advierte que, aunque las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión quedan pendientes de concretarse en un acuerdo colectivo, el titular del derecho a la desconexión es el conjunto de los trabajadores, dado su vínculo con el derecho a la salud en el trabajo: la obligación de seguridad y salud que corresponde al empresario y que implica establecer medidas de prevención, incluso en materia de desconexión, no desaparece, y podría incentivar al empresario a tomar iniciativas.³⁷

En todo caso, de resultas del precepto que se está analizando, el derecho a la desconexión se reconoce a los asalariados que utilizan tecnologías de la información y la comunicación, con el fin de que su uso no les interfiera en sus periodos de descanso.³⁸ Además, en la Carta a elaborar por el empleador, se deberán incluir acciones que incentiven que los trabajadores usen sus herramientas digitales de modo razonable.

El derecho a la desconexión según este precepto, cuyo ejercicio dependerá del modo en que sea acordado colectiva o empresarialmente, se centra en la no disposición, total o parcial, con tecnologías digitales a efectos laborales, durante determinados periodos en la vida del trabajador. En todo caso, si bien la legislación francesa reconoce un derecho a la desconexión, no lo hace respecto a un deber en tal sentido, cuando a tal efecto se ha advertido que el derecho a la desconexión es una corres-

³⁶ CIALTI, Pierre-Henri «El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?», en *Temas Laborales*, n.º 137/2017, p. 175.

³⁷ *Idem*.

³⁸ Para Cialti, la remisión de la ley a la negociación colectiva de la determinación de las modalidades del pleno ejercicio del derecho a la desconexión es importante en materia de descansos: conduce a no reprochar al trabajador por no contestar una solicitud durante su descanso (véase CIALTI, Pierre-Henri, «El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?», en *Temas Laborales* n.º 137/2017, p. 178).

ponsabilidad del trabajador y del empleador que implica igualmente un deber de desconexión.³⁹

Junto a la anterior iniciativa, en el ámbito español hay que traer a colación el convenio colectivo del grupo de empresas AXA Seguros, cuyo art. 14 recoge el «derecho a la desconexión digital». El precepto empieza por autojustificar su regulación en el hecho de que el fenómeno de la «interconectividad digital» está incidiendo en las formas de ejecución del trabajo, de forma que el desarrollo de los empleos se desplaza a entornos externos a las clásicas unidades productivas como las empresas, los centros y los propios puestos de trabajo. En consecuencia, admite por las partes que el lugar y el tiempo de trabajo se diluyen en favor de una realidad más compleja en la que impera la «conectividad permanente», lo que afecta al ámbito personal y familiar de los trabajadores. Por esa razón, el precepto expresa que «las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los correos o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo».

Por lo que se está viendo, en España, la negociación colectiva va a ser la fuente que va a jugar un papel esencial en esta materia,⁴⁰ en función de la toma de conciencia por la empresa de los riesgos que suponen la posibilidad de estar permanentemente conectados, que por lo visto en AXA Seguros tiene que ver más con la quiebra del principio de conciliación de la vida laboral y personal o familiar que con las propias de seguridad y salud.

En todo caso, las iniciativas tratadas en este apartado no hacen otra cosa que reflejar los retos sobre el tiempo y el lugar de trabajo a los que se enfrenta el mercado de trabajo derivados del uso de las nuevas tecnologías. Un rasgo que se ha visto es el deseo de muchos trabajadores y trabajadoras de conciliar su trabajo y su vida personal y familiar, y por lo tanto, no se entrometan las tecnologías mientras las gozan.

³⁹ *Transformation numérique et vie au travail...*, op. cit., p. 21.

⁴⁰ AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, CRISTÓBAL RONCERO, Rosario, «Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el Derecho a la desconexión tecnológica», en *El futuro del trabajo que queremos*, Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2017, p. 340.

En todo caso, esta iniciativa del derecho a la desconexión pone al descubierto que muchas de las desventajas detectadas con la integración de las tecnologías en la prestación de trabajo no son exclusivamente por los efectos que estas conllevan por sí mismas, sino que pueden ser debidas también a la falta de unos dispositivos (también en términos de regulación), que limiten su campo de acción. Me refiero a que lo que se ha comprobado sobre las capacidades de la transformación digital para quebrantar la línea divisoria entre lo que es tiempo de trabajo o no, llevando a inmiscuirse el trabajo en la esfera de la vida personal del trabajador, entre lo que es o no es lugar de trabajo conforme a lo que siempre ha sido reconocido, sobre la mayor presión de la carga de trabajo y de los rendimientos o resultados a obtener, puede ser causa también de la falta de sistemas que, amparados por la legislación, establezcan unos límites en cada uno de estos campos. Aquí es donde debe pensarse que, si se habla en términos de horas de trabajo que pueden superar los marcos previstos por un horario determinado en un puesto de trabajo específico, puede resultar de interés la computación y su plasmación informativa (llámese registro o de otra manera), para los trabajadores y las empresas.

3. Debate sobre el registro de la jornada de trabajo

La falta de una obligación empresarial de registrar la jornada ordinaria de los trabajadores ha resultado consolidada tras tres sentencias del Tribunal Supremo, la de 23 de marzo y 20 de abril de 2017, y la última de ellas, de 20 de diciembre de 2017 (rec. 2016/2016),⁴¹ que recoge de forma condensada la doctrina principal sobre esta cuestión.

a) A partir de la interpretación literal del art. 35.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que establece que «a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día [...]», el Tribunal Supremo sostiene que el registro impuesto por el precepto se refiere exclusivamente a las horas extras. En este marco, se desarrolla el precepto anterior declarando que la expresión «la jornada...

⁴¹ Puede consultarse en la página web del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8262105&links=%221044%2F2017%22&optimize=20180119&publicinterface=true>.

se registrará día a día» hace referencia a la necesidad de establecer un registro donde se anote, asiente o apunte, pues este es el sentido propio del término «registrará», pero la obligación del empresario de anotar (registrar) se extiende solo a las horas extraordinarias realizadas, para lo que se apuntará el número de horas trabajadas cada día y se dará copia de esos apuntes al trabajador a final de mes, según que los pagos sean mensuales o tengan otra periodicidad.

b) La finalidad de registrar las horas extraordinarias es el control de la realización de horas extraordinarias para evitar excesos con los que se sobrepasen los límites que establece, pero no para implantar un control de la jornada ordinaria, registro al que no obliga en el art. 34 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y sí se impone, en cambio, en otros supuestos especiales (contratos a tiempo parcial, en función de aquella misma legislación, y trabajadores móviles, de la marina mercante y de ferroviarios, según la reglamentación sobre jornadas especiales de trabajo).

c) En su *obiter dicta*, el Tribunal Supremo hace un reconocimiento expreso que de lege ferenda convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias, pero confirma que *lege data* esa obligación no existe por ahora y además, «los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante una condena genérica que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto no se trata simplemente, de registrar la entrada y salida, sino del desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte».

3.1. El planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE por la falta de un deber empresarial de registrar la jornada diaria efectiva de trabajo

Pese a esa línea de jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, el conflicto en cuestión no está cerrado en función de la iniciativa adoptada por la Audiencia Nacional en su Auto de 19 de enero de 2018, de elevar varias cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ante la petición de varios sindicatos de que, en función de la

normativa comunitaria, se declarase la obligación de un banco de implantar un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de la plantilla.⁴²

Partiendo que dicha obligación no puede declararse con arreglo a la normativa vigente, conforme ha resuelto el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional decide elevar varias cuestiones prejudiciales para atender la sujeción de aquella al derecho comunitario, en virtud de varias justificaciones, cuyas principales directrices serían las siguientes:

a) El Auto advierte del elevado número de horas extraordinarias que se hacen en España sin registrar, lo cual se debería, como al efecto se deriva de varios informes de las autoridades laborales, de que no es posible conocer con exactitud el número de horas ordinarias de trabajo realizadas. Además, según estos estudios, el hecho de que las horas extraordinarias sean de carácter voluntario para los trabajadores no es suficiente para garantizar que, a partir del momento en que se hace una, las posteriores sean debidamente computadas, ya que el sistema de cálculo de las realizadas es más complejo que esto, por una parte, porque las horas extraordinarias son la diferencia entre el total de horas trabajadas en un cierto periodo y el número de horas ordinarias para ese periodo (así, hasta que no finaliza el periodo de cómputo no pueden conocerse si se hacen horas extraordinarias ni cuántas se han hecho, siendo necesario para ello restar del total de horas trabajadas durante el periodo el número de horas que forman la jornada máxima del periodo);⁴³ segundo, porque esa jornada ordinaria puede ser distribuida irregularmente a lo largo del año, de hecho, en determinadas circunstancias la empresa puede distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo (art. 34.2 de la LET); y tercero, porque incluso horas trabajadas por encima de la jornada ordinaria no tendrán

⁴² Véase en la página web del Poder Judicial : file:///D:/DIGITALIZACIÓN%20ECONOMIA/AUTO%20AN%20repetido.pdf.

⁴³ De ahí que se defienda que el registro, conforme había sido admitido en sentencias precedentes, debería referirse a la totalidad de las horas trabajadas y no solamente a las horas extraordinarias, porque el registro solo de estas sería incoherente con el sistema descrito. Véase en DE SANTOS SÁNCHEZ, Víctor, «Control del tiempo de trabajo. Tratamiento en la negociación colectiva. Jurisprudencia de los Tribunales españoles y de la UE. Aplicación en la empresa», *Tiempo de Trabajo. XXIX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Madrid, 10 de noviembre de 2016. Edición preparada por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Colección Informes y Estudios. Serie de Relaciones Laborales. N.º 112. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, p. 272.

que ser contadas como tales, si se han compensado con descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización (art. 35.2 LET).

b) Según la Audiencia Nacional, de la interpretación que se da a los arts. 34 y 35 respecto de la falta de registro de la jornada diaria del trabajador a tiempo completo, resulta en la práctica que este carece de un medio probatorio útil y objetivo para acreditar la realización de horas por encima de su jornada ordinaria; que además, los representantes de los trabajadores también quedan imposibilitados para comprobar si el tiempo efectivamente trabajado por los trabajadores supera o no la jornada necesaria, y si se respetan los descansos semanales y diarios entre jornadas; y finalmente, que tampoco existe ningún instrumento para que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social controle si los trabajadores superan o no la jornada ordinaria, o han dado su consentimiento a prestar horas extraordinarias.

En este contexto, la Instrucción 1/2017, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, complementaria a la Instrucción 3/2006, de 21 de marzo, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias,⁴⁴ asume la doctrina del Tribunal Supremo sobre la ausencia de una imposición normativa a la empresa para que registre la jornada ordinaria, si bien expresa que, pese a ello, el control del tiempo de trabajo —la jornada— «siempre ha sido y sigue siendo posible, más aún por tratarse de una de las contraprestaciones básicas del contrato de trabajo»; en este sentido, «la mera ausencia de registro de la jornada de trabajo no hace claudicar la función de control que tiene encomendada la Inspección de Trabajo y Seguridad Social». Es cierto que el control de la jornada y la detección de incumplimientos a los arts. 34 y 35 sigue siendo función esencial de la Inspección, pero la falta de un instrumento registral complica sobremanera sus funciones, más en un contexto en el que las tecnologías borran los límites clásicos en materia de horas y lugar de trabajo. Como se ha encargado de recordar la comisión de la Conferencia Internacional del Trabajo que ha evaluado el cumplimiento de las normas sobre tiempo de trabajo en este 2018, la puesta en práctica de un registro eficaz del tiempo de trabajo es uno de los medios más importantes para controlar el cumplimiento de la ley en relación con el tiempo de trabajo y la remuneración de las horas extraor-

⁴⁴ Véase en la página web de C.E.F. - Laboral-Social : http://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/Circular_5_017_Instruccion_1_2017_ITSS.pdf.

dinarias, y que ello es de gran ayuda para que los inspectores hagan cumplir las disposiciones relativas al tiempo de trabajo.⁴⁵

En todo caso, como resultado de las motivaciones precedentes, la Audiencia Nacional constata que el Derecho interno no garantizaría la efectividad del cumplimiento de los mandatos relativos a la ordenación del tiempo de trabajo previstas en los arts. 3, 5, 6 y 22 de la Directiva 2003/88 CE, ni con carácter general en materia de prevención de riesgos laborales, por el art. 4.1 de la Directiva 1989/391, privando a los representantes de los trabajadores de las fuentes de conocimiento necesarias para poder ejercer de forma eficaz las facultades que el art. 11.3 de la Directiva 1989/391 les encomienda.

Con esa base, la Audiencia Nacional eleva tres cuestiones prejudiciales, cuyo objetivo viene a ser el siguiente:

1. En primer lugar, la Audiencia Nacional le pregunta al TJUE si a través los arts. 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, el Estado español ha adoptado las medidas necesarias para garantizar la efectividad de las limitaciones de la duración de la jornada de trabajo y del descanso semanal y diario que establecen los arts. 3, 5, y 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 para aquellos trabajadores a tiempo completo que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios.

Estos preceptos de la Directiva 2003/88 atribuyen a los Estados miembros la necesidad de garantizar un periodo mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada periodo de 24 horas; de que los trabajadores disfruten, por cada periodo de siete días, de un periodo mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, y finalmente, en virtud del art. 6, a que se limite la duración del tiempo de trabajo semanal, así como que la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada periodo de siete días.

En atención a esta pregunta específica, considero que el hecho de no disponer del registro de la jornada de trabajo en régimen diario no

⁴⁵ Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo, 107 reunión, 2018, *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, 2018. Página web de la Organización Internacional del Trabajo: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf.

tiene por qué ser, por esa exclusiva razón, una falta en la disposición de medidas necesarias para hacer cumplir los límites de la jornada y de los periodos de descanso, ya que otros medios sí pueden llevar a considerar acreditadas aquellas medidas, como la existencia de una inspección que también se encarga de velar por el cumplimiento de las medidas (aunque de forma harto difícil por la falta del registro mencionado), o la imposición de sanciones si se detecta la existencia de incumplimientos a esas normas vinculantes, amén de las que puedan contenerse en la negociación colectivas.

2. En segundo lugar, la Audiencia Nacional le dirige al TJUE la cuestión siguiente: el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y los arts. 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, en relación con los arts. 4.1, 11.3 y 16.3 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional interna como son los arts. 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, de los que, según ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial consolidada, no cabe deducir que resulte exigible para las empresas el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a jornada completa que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias, y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?

En resumen, la pregunta dirigida al TJUE pretende saber si la normativa española sobre jornada establecida en el art. 34 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y las horas extraordinarias, en el art. 35 de dichas normas, que no imponen un registro de la jornada diaria efectiva de trabajo, vulnera preceptos de la Directiva sobre descanso diario, semanal y la duración máxima del tiempo de trabajo semanal (principalmente, arts. 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88), añadiendo en esta cuestión prejudicial la vulneración de lo dispuesto en el art. 22 de dicha Directiva. En este precepto se prevé la posibilidad de que el Estado miembro no aplique aquellas limitaciones siempre que, entre otras condiciones, el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo con dicho carácter. Es decir, de una lectura literal se da a entender por el art. 22, que, en caso de exceptuar la aplicación de los límites a la jornada, ello podrá hacerse siempre que el empresario lleve registros actualizados.

En las sentencias del TS que han validado la falta de una obligación de llevar un registro, se ha argumentado que la normativa europea citada permite inaplicar los términos de la jornada máxima, requiriendo que el trabajador preste su consentimiento, sobre el que se informará a la autoridad competente y obligando a que «el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que realicen un trabajo de este tipo», tenor literal del que se deriva, según el TS, «que la obligación de llevar a registros actualizados solo se impone en los casos en que no se aplican las limitaciones del art. 6 sobre la duración de la jornada. Esta disposición es reiterada por el art. 22 de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003», lo que le lleva a concluir que, en relación a supuestos de jornada ordinaria, la normativa examinada no impone la necesidad de llevar un registro cuando no se sobrepase la jornada máxima.

De hecho, podría entenderse que las normativas europeas aludidas, incluyendo las aportadas por la Directiva 89/391/CE (arts. 4.1 11.3 y 16.3), tendrían su correspondiente trasposición en la normativa interna española, sin que de dichos preceptos requieran por sí mismos la existencia de un registro de la jornada diaria.

3. La tercera cuestión prejudicial tiene por objeto conocer si el mandato perentorio derivado de la normativa europea de limitar la duración de la jornada de todos los trabajadores en general, se asegura para los trabajadores ordinarios con una normativa interna que no hace exigible el establecimiento de un sistema de registro.

En concreto, la pregunta está formulada en los siguientes términos: ¿debe entenderse que el mandato perentorio dirigido a los Estados miembros, establecido en art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y los arts. 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, en relación con los arts. 4.1, 11.3 y 16.3 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, de limitar la duración de la jornada de todos los trabajadores en general, se asegura para los trabajadores ordinarios con la normativa nacional interna, contenida en los arts. 34 y 35 ET, de los que, según ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial consolidada, no cabe deducir que resulte exigible para las empresas el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a jornada completa que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias, a diferencia de los trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?

Se trata de una cuestión de enjundia, ya que vincula los límites de la duración de la jornada de trabajo con la necesaria existencia de un registro.

La razón de ello es que las limitaciones a la duración de una jornada (léase, la duración máxima diaria, semanal y los periodos de descanso), derivan de la necesidad de garantizar la seguridad y la salud del trabajador.

De hecho, la actual Directiva 2003/88 trae su origen de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que respondía, como al efecto reiteraba el TJUE al interpretarla, a la conexión directa entre la duración y la distribución del tiempo de trabajo y descansos con la materia de seguridad y salud laboral.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de noviembre de 1996 confirma esa vinculación directa entre seguridad y salud laboral y descansos, así como con la imposición de limitaciones sobre tiempo de trabajo, trabajo nocturno, por turnos y horas extraordinarias. Curiosamente, en aquella resolución anuló del contenido de la Directiva el establecimiento del domingo como periodo mínimo de descanso, ya que no se demostró por el legislador la conexión de esta disposición con la mejora de las condiciones de seguridad y salud del trabajador. Ahora bien, con respecto a los restantes aspectos del tiempo y organización del trabajo contenidos en la Directiva, el máximo Tribunal europeo admitió su relación con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, tanto porque así resulta confirmada por la legislación social nacional e internacional en esta materia como por el hecho de que la acción legislativa de la Comunidad no puede limitarse solo «a los supuestos que impliquen justificaciones científicamente demostradas» sobre aquella conexión.

Con esa base jurídica, considero que la falta normativa de un sistema de registro sí cuestiona los derechos de limitación de jornada, y derivado de ello, sí podría afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores. La combinación de la evolución del proceso tecnológico en el ámbito laboral con la falta de un instrumento mínimo en el cómputo de la jornada laboral, son aceleradores de la realización de horas más allá de los límites fijados por aquella, en muchos casos de carácter no remunerado, y con ello, en la presencia de grados de sobrecarga psicológica que no garantizan la salud de los trabajadores.

Es posible que la sentencia de la Audiencia Nacional debiera haber circunnavegado más por la triple vinculación entre la falta de un registro,

el trabajo más allá de los límites de jornada, y la afectación consiguiente de la seguridad y la salud de los trabajadores, más cuando aún no está científicamente demostrado esto último. En todo caso, estudios que se han encargado de valorar la ausencia de un registro de la jornada en aquellos países donde si existe un mecanismo parecido, como es el suizo que después se comentará, señalan que casi el 90 % de los empleados altamente cualificados que trabajan de forma flexible sin registrar su tiempo de trabajo hacen más horas que las estipuladas en su contrato de trabajo, en comparación con solo el 75 % de quienes registran sus horas de trabajo y el 57,6 % de las que tienen horas fijas, de lo que resulta que dejar de lado el registro del tiempo de trabajo conduce, ante todo, a una extensión más o menos voluntaria de la carga de trabajo y, luego, a aumentar el trabajo no remunerado. Es lo que se ha venido en llamar «la puesta en peligro del interesado por sí mismo».⁴⁶

3.2. La importancia de un registro de las horas trabajadas de forma efectiva por el trabajador

La cuestión del registro del tiempo de trabajo es objeto de atención en el ámbito internacional. En 2018, la Conferencia Internacional del Trabajo ha realizado el Informe titulado Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo, en el que valora la aplicación de los Convenios 1 y 30 que establecen que deben llevarse registros de las «horas extraordinarias» trabajadas. En todo caso, es de interés destacar que la comisión encargada de analizar esta cuestión, ha considerado que, aunque estos Convenios solo exigen que se lleve un registro de las horas extraordinarias, «ello necesariamente implica que deban registrarse también las horas normales».⁴⁷ A juicio de la comisión, se trataría de que las normas sobre jornada, descansos y otras disposiciones sobre trabajo nocturno, se viesan acompañadas de «herramientas fiables para registrar su aplicación»

⁴⁶ Véanse estos datos en el artículo de opinión de STADTMÜLLER, Klaus, «La loi sur le travail protege la santé: faits versus idéologie», *Le Temps*, 22 de enero de 2018: <https://www.letemps.ch/opinions/loi-travail-protege-sante-faits-versus-ideologie>.

⁴⁷ Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo 107ª Reunión, 2018: *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo, 2018. Página web de la Organización Internacional del Trabajo : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf.

y que permitan el examen de dicha información por los empleadores, los trabajadores y sus representantes y los inspectores del trabajo. En este sentido, la comisión que se ha encargado en el seno de la Conferencia Internacional de analizar el grado de cumplimiento de los convenios de la OIT en materia de tiempo de trabajo, entiende que los empleadores deberían aprovechar las oportunidades que ofrecen las nuevas tecnologías para registrar los periodos de trabajo y de descanso, como los programas informáticos de registro del tiempo, que ofrecen la posibilidad de controlar el tiempo de trabajo de formas más precisas, fiables, sencillas y productivas».⁴⁸

En nuestro entorno, resulta sumamente de interés conocer el debate que se ha instalado en Suiza sobre el registro del tiempo de trabajo. A diferencia del caso español, en Suiza sí existe la obligación empresarial de registrar el tiempo de trabajo, cuyo fundamento histórico ha sido la finalidad de proteger la seguridad y la salud en el trabajo. En todo caso, ante los cambios sobrevenidos en el mundo profesional y que el trabajo se efectúa cada vez más fuera del marco de las instalaciones empresariales y con horarios fijos, el legislador suizo ha considerado necesario adaptar la ley sobre registro del tiempo de trabajo para poder conciliar mejor el trabajo y la vida familiar.

Por esa razón, en virtud del art. 46 de la Ley de Trabajo, modificada en el año 2015, desarrollada por el art. 73 de la Ordenanza sobre dicha legislación, se han establecido tres tipos diferentes de registro:

a) Un registro de carácter sistemático, pensado para los trabajadores que no disponen de autonomía en la fijación de su tiempo de trabajo. Este sistema registra el inicio y fin de cada fase de trabajo, así como las pausas y periodos de compensación superiores a media hora. También computa documentalmente los días de descanso compensatorio. En función de la ley antedicha, toda empresa debe disponer de este sistema si no adopta alguno de los otros dos regímenes.

b) Un registro simplificado de la jornada laboral, pensado para los trabajadores, que pueden determinar ellos mismos una parte significativa de sus horarios de trabajo (al menos el 25 % de este horario). El siste-

⁴⁸ Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo, 107 reunión, 2018, Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, 2018. Página web de la Organización Internacional del Trabajo: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf.

ma registra únicamente el total de horas trabajadas por día. Para aplicar este registro, es necesario que la empresa adopte un acuerdo por escrito con la representación legal de los trabajadores; en aquellas que no disponen de esta representación, aquellas que cuentan con menos de cincuenta trabajadores, es igualmente posible acordar colectivamente este régimen con los trabajadores.

c) Finalmente, la renuncia al registro de la jornada de trabajo es posible para los trabajadores que disponen de una gran autonomía en su trabajo y pueden fijar ellos mismos su horario laboral (como mínimo la mitad de su tiempo de trabajo), y donde el salario anual bruto supera los 120.000 euros. Esta posibilidad debe estar prevista en un convenio colectivo. En este caso, el convenio colectivo debe prever medidas particulares para garantizar la protección de la seguridad y la salud en el trabajo y asegurar el respeto a la duración del descanso fijada por ley: según el informe sobre esta modificación, se pueden tener en consideración dos mecanismos de protección suplementarios, un servicio interno encargado de las cuestiones relativas a la jornada laboral y el derecho de revocar la declaración de renuncia individual.

En consecuencia, de una legislación en la que ya se establecía un registro universal, se ha pasado a otra, de carácter más flexible, en la que se posibilitan determinadas excepciones a dicho régimen, en primer lugar, el de los trabajadores, que pueden determinar parte de su horario, y por otro, la posibilidad de una renuncia a que se les registre. En todo caso, los valedores de esta modificación normativa señalaron que los criterios para el registro del tiempo de trabajo estaban definidos de tal manera que el principio de la obligación de registrar la jornada laboral se mantenía para la mayor parte de los trabajadores.⁴⁹

En todo caso, las críticas a esta reforma, o las tendencias que se pronuncian aún más para dotar de mayor flexibilidad a este régimen, se centran en el hecho de que «si se abandona el registro de las horas de trabajo, el límite entre el tiempo de trabajo y el tiempo libre se tornaría cada vez más borroso y el trabajo suplementario no remunerado sería la

⁴⁹ DÉPARTEMENT FEDERAL DE L'ÉCONOMIE, DE LA FORMATION ET DE LA RECHERCHE DEFR. SEC-RÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE SECO, *Rapport explicatif. Révision de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1) – enregistrement de la durée du travail (nouveaux articles 73a et 73b OLT 1 : nouvelles modalités applicables à l'enregistrement et de la durée du travail)*, octubre de 2015.

regla».⁵⁰ Por tanto, desde una postura absolutamente contraria a la española, en la que no hay registro, se afirma que la falta de esta obligación empresarial supone, en el fondo, renunciar a la sujeción obligatoria del tiempo de trabajo y la superación de muchas disposiciones sobre descansos, ya que no habría manera de hacerlos cumplir. De hecho, la línea entre el trabajo y el ocio tiende a desvanecerse aún más, y por eso se insiste en los estudios realizados que ello supondría ir hacia una multiplicación de las horas extras no pagadas. Al final, las disposiciones en cuestión perderían su función protectora.⁵¹

La normativa española adolece de un mecanismo de registro del tiempo de trabajo que resulta imprescindible para controlar la aplicación de la normativa protectora sobre la jornada de trabajo. En todo caso, ante el avance de las nuevas tecnologías, la cuestión tal vez no esté tanto en establecer «el» registro de la jornada efectiva diaria de trabajo, asumiendo franjas fijas desde el inicio hasta el final del horario establecido, sino en establecer «un sistema de registro» que atienda tanto a las horas dedicadas al trabajo en la empresa, como las ejecutadas fuera de él por el uso de tecnologías móviles.

Conclusiones

A modo de síntesis, en este artículo se han abordado las siguientes temáticas, con la inclusión de propuestas correspondientes de carácter jurídico:

1. Se ha estudiado cómo el uso de las tecnologías de información y comunicación, así como el nuevo Internet de las Cosas, está trastocando las coordenadas clásicas de «espacio-tiempo» en la delimitación de la prestación de trabajo, lo cual afecta de una forma u otra a todos los trabajadores. En todo caso, quienes más expuestos están a estas realidades son principalmente los teletrabajadores, los trabajadores móviles y, de forma especial en nuestro país, los trabajadores autónomos.

⁵⁰ DORSEMAGEN, Cosima, KRAUSE, Andreas, LEHMANN, Mara, PEKRUHL, Ulrich, *Les horaires de travail flexibles en Suisse. Evaluation des résultats d'un sondage représentatif auprès de la population active suisse*, Secrétariat d'Etat à l'économie, 2012 : <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/27889.pdf> [última consulta: 19 de febrero de 2018].

⁵¹ *Idem*.

Las ventajas que acompañan a las tecnologías digitales, como la eficacia del trabajo realizado, van de la mano de otras que empiezan a emerger en sede judicial, como la atribución de dispositivos de geolocalización de los trabajadores, pero también, de forma muy visible, la prolongación de las horas de trabajo, el solapamiento entre el trabajo retribuido y la vida personal y, en general, una intensificación del trabajo. A ello se suman factores de cambio social que pueden agravar estos problemas, como son la liberalización de los horarios comerciales o las cláusulas contractuales detectadas en determinados sectores sobre la disponibilidad total del trabajador. Este tipo de cláusulas podrían estar incluidas como tiempo de trabajo, conforme a la doctrina establecida por la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 21 de febrero de 2018, en el asunto C518/15.

En todo caso, este trabajo ha llamado la atención sobre el impacto que la revolución digital está teniendo en el aumento de la carga de trabajo. En este sentido, se ha defendido que la transformación digital no suponga una robotización de la persona. Para ello, se aboga porque las tecnologías digitales sirvan para medir fielmente la carga de trabajo que puede ser asumida por el trabajador.

2. En todo caso, ante los efectos de las tecnologías, este escrito está por el mantenimiento de las instituciones básicas de protección de los derechos del trabajador con relación al tiempo de trabajo, adaptando en todo caso lo necesario ante la transición digital que se está viviendo, donde el principio de conciliación de la vida laboral y personal debe ser una referencia. Ahora bien, lo que también se plantea es que esos dos ámbitos, cada vez menos compartimentados o estancos, también están siendo influidos por un proceso de cambios sociales, detectado en el hecho del interés de muchos trabajadores en que no solo se les reconozca un periodo de descanso desconectado o al margen del trabajo, sino que tengan disposición sobre en qué momento utilizarlo. Además de disponer de un periodo de descanso, en el que afrontar su vida personal y familiar, lo importante está pasando a ser que el trabajador tenga un margen de decisión sobre cuándo llevarlo a cabo.

3. Una de las iniciativas que está teniendo más empuje deriva de la que ha propuesto la legislación francesa sobre el Derecho a la desconexión, y admitida en nuestro país por algunos acuerdos empresariales.

Lo que se ha concluido del estudio del derecho a la desconexión es que pone al descubierto que muchas de las desventajas detectadas con

la integración de las tecnologías en la prestación de trabajo no son exclusivamente por los efectos que estas conllevan por sí mismas, sino que pueden ser debidas también a la falta de unos dispositivos (también en términos de regulación), que limiten su campo de acción. Me refiero a que lo que se ha comprobado sobre las capacidades de la transformación digital para quebrantar la línea divisoria entre lo que es tiempo de trabajo o no, llevando a inmiscuirse el trabajo en la esfera de la vida personal del trabajador, entre lo que es o no es lugar de trabajo conforme a lo que siempre ha sido reconocido, sobre la mayor presión de la carga de trabajo y de los rendimientos o resultados a obtener, puede ser causa también de la falta de sistemas que, amparados por la legislación, establezcan unos límites en cada uno de estos campos. Aquí es donde debe pensarse que, si se habla en términos de horas de trabajo que pueden superar los marcos previstos por un horario determinado en un puesto de trabajo específico, puede resultar de interés la computación y su plasmación informativa (llámese registro o de otra manera) para los trabajadores y para las empresas.

4. Finalmente, se ha analizado la cuestión de la falta de un deber empresarial de registrar la jornada diaria efectiva del trabajador, y se ha hecho un análisis detallado de la cuestión prejudicial elevada por la Audiencia Nacional ante el TJUE sobre si dicha ausencia en los arts. 34 y 35 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores se opone a la normativa europea. En este trabajo, de las tres preguntas elevadas ante el Tribunal Europeo, se ha atendido particularmente la tercera de ellas, para defender la necesidad de introducir algún tipo de registro, ya que al no disponer de dicha medida, se estaría vulnerando la legislación europea de limitaciones a la duración de la jornada, que derivan de la necesidad de garantizar la seguridad y la salud del trabajador. La falta normativa de un sistema de registro sí cuestiona los derechos de limitación de jornada y, derivado de ello, sí podría afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores. La combinación de la evolución del proceso tecnológico en el ámbito laboral con la falta de un instrumento mínimo en el cómputo de la jornada laboral son aceleradores de la realización de horas más allá de los límites fijados por aquella, en muchos casos de carácter no remunerado y, con ello, en la generación de grados de sobrecarga psicológica que no garantizan la salud de los trabajadores.

El último apartado del trabajo se dedica a analizar la cuestión del registro de horas en el ámbito internacional, dedicándose una atención especial a aquellos países que, como Suiza, parten de una realidad

opuesta a la nuestra, ya que sí cuentan con un régimen de registro de la jornada. Las tendencias en aquel país sobre la flexibilidad en dicho registro para determinados trabajadores con disposición horaria por utilizar tecnologías móviles, están abriendo muchas críticas por los resultados en términos de prolongación de las horas trabajadas y su no remuneración en muchos casos. Esta situación me sirve para acabar concluyendo que, desde el otro polo, debe reconocerse que la normativa española adolece de un mecanismo de registro del tiempo de trabajo que resulta imprescindible para controlar la aplicación de la normativa protectora sobre la jornada de trabajo. Ahora bien, ante el avance de las nuevas tecnologías, la cuestión no está en establecer «el» registro de la jornada diaria de trabajo, con franjas fijas horarias, sino en establecer un sistema de registro que atendiese tanto las horas dedicadas al trabajo en la empresa, como a las ejecutadas fuera de ella.

La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso

ANA C. SALAS VELASCO

Magistrada. Titular del Juzgado Social n.º 3 de Sabadell

1. Presentación

En líneas generales podríamos decir que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación son las que giran en torno a tres medios básicos: la informática, la microelectrónica y las telecomunicaciones; pero no solo lo hacen de forma aislada, sino que, lo que es más significativo, de manera interactiva e interconexionada, lo que permite conseguir nuevas realidades comunicativas. (Cabero, 1998: 198).

En la actualidad asistimos a un uso generalizado de las tecnologías de la información y la comunicación, de forma que estamos ante un modelo social de comunicaciones personales que se va modificando a gran velocidad, como demuestra el hecho de que en la comunicación se realice a través del teléfono móvil, ya sea a través de aplicaciones como WhatsApp o a través de las redes sociales como Facebook, Twitter o Instagram.

Consecuencia de ello es la incorporación de instrumentos y herramientas de comunicación en las organizaciones empresariales, de forma que las relaciones laborales se desarrollan utilizando medios electrónicos o digitales y que, en supuestos de conflicto, sea necesario aportar la información que se contiene en dichos medios, ya sea en instrumentos de generación, almacenamiento o tratamiento de la información digital (*software*, servidores informáticos, archivos digitales, etc.) o en sistemas de comunicación (correo electrónico, SMS, aplicaciones de mensajería instantánea, etc.).

Es por ello que se estima necesario conocer tanto las características de la prueba electrónica o digital, a los efectos de su admisión como fuente de prueba, como el soporte probatorio o medio de prueba ade-

cuado para su aportación al procedimiento, para, finalmente, poder establecer su eficacia probatoria.

En primer lugar, debemos facilitar la definición de prueba electrónica; así se ha señalado¹ que la prueba electrónica consiste en la *aportación al procedimiento de la información que se obtiene a partir de un dispositivo electrónico o medio digital que permite adquirir convencimiento sobre hechos controvertidos, bien mediante el convencimiento psicológico, bien al fijar este hecho como cierto atendiendo a una norma legal*.

En el concepto de prueba electrónica se incluyen no solo textos electrónicos, sino también imágenes, audio y video.

2. Prueba electrónica y medios de prueba. Previsión legal

Ni la Ley Reguladora de Jurisdicción Social (en adelante LRJS) ni, como norma supletoria, la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) hacen referencia a la prueba electrónica. La regulación legal únicamente se refiere a la aportación de los medios electrónicos como medio de prueba, y así, se reconoce como medio probatorio la reproducción de la palabra, de la imagen, del sonido y de archivo o reproducción de datos (art. 90.1 LRJS y art. 299.2 LEC), siendo en los arts. 382 y 383 de la LEC donde se regula la práctica y valoración de los medios de prueba audiovisuales, y en el art. 384, los medios de prueba informática.

Ahora bien, el art. 202.3 de la LEC admite que se puedan aportar otros medios de prueba no expresamente reconocidos, condicionando su admisión a que a través de ellos se pueda obtener certeza sobre hechos relevantes. Son los medios que Carlos Hugo Preciado califica de medios de prueba innominados.²

De la regulación legal se desprende que cabe admitir como fuente de prueba aquellos medios o instrumentos que contengan información

¹ Carolina Sanchís Crespo, «La prueba en soporte electrónico». *Las tecnologías de la información y de la comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011 de 5 de julio*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

² Carlos Hugo Preciado Doménech. «Nuevas formas de prueba basadas en las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)». Documento electrónico y prueba digital: Proposición y práctica Ilícitud de estas pruebas por vulneración de derechos fundamentales. *Monográfico XXI Jornadas de Otoño de Derecho Social. Actum Social 2018* n.º 131 (pp. 11 a 56).

necesaria para la resolución del objeto del procedimiento, incluidas las nuevas fuentes de prueba que proporciona la tecnología de la información y la comunicación, y ello considerando que se deben aportar al procedimiento mediante medios de prueba recogidos en los arts. 299.2, 382 y 384 de la LEC. o por cualquier otro medio que permita obtener certeza sobre los hechos relevantes para el procedimiento, siendo el/la juzgador/a o la Sala, en única instancia, quien determinará su naturaleza y la clase de medio de prueba de que se trate (art. 87.2 LRJS).

No obstante, cumplido lo anterior, la admisión de la prueba requiere del cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 90.1 LRJS, es decir, que se aporte por medio de soporte adecuado, poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos.

Obligaciones relevantes cuando hablamos de prueba electrónica, pues dada su naturaleza, será necesario tener algunas cautelas.

La prueba electrónica, o fichero en el que se contiene la información es una prueba inmaterial que debe aportarse «por medio de soporte adecuado»; de forma que el soporte que quede unido al procedimiento será siempre una copia del fichero. En definitiva, el valor probatorio que se puede reconocer a la prueba electrónica dependerá de la autenticidad e inalterabilidad de la información que se contenga en el fichero electrónico y no del soporte en que se aporte al procedimiento.³

A estos efectos, cabe aclarar que la fuente de prueba será, en su caso, el fichero electrónico que contiene la información, y el medio probatorio por el que se aporta dicha información al procedimiento será el soporte material de la misma.

Finalmente, para establecer el valor probatorio del fichero electrónico como fuente de prueba, pues como se ha manifestado es prueba inmaterial y, además, carece de las características de perdurabilidad e inalterabilidad de otras pruebas, por ejemplo del documento, pues la información que en ella se contiene es fácilmente manipulable y puede incluso ser eliminada sin que, además, resulte fácil detectar las modificaciones que se han podido realizar en el fichero original; actuación que puede llevarse a cabo no solo por su creador, sino también por terceros, si no se establecen medidas de seguridad.

³ José M.^a Anguiano Jimenez. «La prueba electrónica en Banca digital. El soporte duradero». Ricardo Oliva Leon y Sonsoles Valero Barcelo, coords., *Juristas con futuro*. Colección Desafíos legales, E-book. Septiembre 2016 ISBN-978-84-617-4743-6.

Estas características de la prueba electrónica comporta que, para verificar la integridad y la veracidad de la información que se contenga en archivos electrónicos, resulte necesario acudir a otros elementos de convicción instrumentales, como el reconocimiento judicial y pericial (arts. 353 y 356 LEC) o el informe pericial informático, en el que se habrá realizado el análisis de equipos o dispositivos de almacenamiento (335 LEC), o incluso a través del interrogatorio/testifical (301 y 360 LEC).

De esta forma, y a los efectos de acreditar un hecho relevante que sea controvertido, una parte puede proponer el acceso a diferentes fuentes de prueba electrónica, como, por ejemplo, el contenido de página web, o el perfil personal publicado en una red social por una de las partes, o bien solicitar el acceso a la información que se contiene en una tableta o en un teléfono móvil, pero será necesario que se aporte al procedimiento mediante un medio probatorio que permita dejar constancia de la práctica de la prueba y del resultado de la misma en el procedimiento (art. 383 LEC), y ello sin perjuicio de los problemas de veracidad e integridad de la información que se aporte ya comentados.

Huelga decir que lo manifestado hasta ahora no resulta de aplicación al documento electrónico, fuente de prueba que se encuentra regulada en la Ley 59/2003 de 19 de diciembre, de firma electrónica y que está recogido como medio de prueba documental en los arts. 318 y 326.3 LEC.

Ahora bien, según dispone el art. 8 de la Ley 59/2003 de 19 de diciembre, de firma electrónica, para que podamos calificar a un archivo de datos como documento electrónico, será necesario que los datos estén firmados electrónicamente.

En numerosas ocasiones se aporta al procedimiento la información digital que se contiene en diferentes archivos electrónicos mediante medios de prueba que carecen de los requisitos legales para ser considerada como documento electrónico. Así, se pretende que se reconozca valor de prueba documental, y se califica de documento electrónico, la mera transcripción de textos de correos electrónicos, o de contenido de conversación de WhatsApp..., cuando estos archivos carecen de firma electrónica, por lo que en ningún caso resultará de aplicación el art. 326.3 LEC, sino, y en todo caso, el art. 384 LEC, por lo que deberán ser valorados conforme a las reglas de sana crítica.

3. Proposición de prueba electrónica

De conformidad con el art. 87.2 LRJS, la prueba debe proponerse en el acto de juicio oral y tendrá por objeto los hechos que hayan sido objeto de controversia.

Ya se ha indicado que si bien cabe la proposición de prueba electrónica, la misma deberá ser aportada al procedimiento por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del juzgado los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos. (art. 90.1 LRJS).

El problema se plantea cuando se propone la práctica de prueba electrónica en un soporte inadecuado, pues con toda probabilidad se estimará que carece de valor probatorio. Sirva como ejemplo el supuesto resuelto por Sentencia de 28.1.2016 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec. 4577/2015), en la que se niega valor probatorio a la impresión de una conversación de mensajería instantánea por teléfono — mensajes WhatsApp— sin haber practicado prueba que permita apreciar su autenticidad y veracidad.

En este caso, parece que hubiera sido recomendable acreditar la autoría de los mensajes y, en su caso, aportar el instrumento en el que se encuentra almacenada la información, a efectos de solicitar reconocimiento judicial de la misma aportando la transcripción del mensaje, con la finalidad de dejar constancia en el procedimiento (art. 353 LRJS).

4. Admisión y práctica de prueba electrónica

Realizada la propuesta de prueba electrónica, procederá su admisión cuando cumpla los requisitos de art. 90.1 LRJS con relación a los arts. 382 o 384 LEC, es decir, cuando esta sea pertinente, útil y cumpla con la legalidad. Pero no podemos olvidar que una de las características de esta fuente de prueba es su carácter intrusivo, pues en gran parte de las ocasiones contiene datos personales y que el acceso de terceros a estos datos afecta a derechos fundamentales que son objeto de protección por el art. 18.4 de la Constitución Española.

El art. 24.2 de la Constitución reconoce el derecho a la prueba en un proceso judicial, es decir, a utilizar los medios de prueba pertinentes para articular la defensa y formar la convicción del juzgador, pero el ejercicio de este derecho debe limitarse a la práctica de prueba lícita, es

decir, a aquella que no se haya obtenido o se haya incorporado al proceso con vulneración de derechos fundamentales, según dispone el art. 11.1 LOPJ.

En la jurisdicción social, el art. 90.2 LRJS dispone la inadmisión de prueba cuando se hubiera obtenido con vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, estableciendo un incidente sobre ilicitud de prueba, mediante interposición de recurso de reposición frente a su admisión, que deberá resolverse en acto de juicio oral.

La admisión de prueba electrónica en acto de juicio plantea no pocos problemas, pues contiene datos de carácter personal que pueden afectar, entre otros, al derecho a la intimidad, al derecho a la protección de datos personales, al derecho a la vida privada, y es necesario resolver el carácter de licitud o ilicitud de la misma en el mismo momento de su proposición.

La mayoría de los conflictos en materia de admisión de prueba se dan en supuestos en los que el empleador ha ejercido el poder sancionador basándose en información obtenida tras la intervención de los medios tecnológicos o de los instrumentos de comunicación puestos a disposición del trabajador como herramienta de trabajo. Medios en los que el empleado habrá almacenado información ajena a la empresa, que puede ser incluso de carácter personal, y a la que ha accedido el empleador para configurar las causas de despido.

La colisión entre el poder de vigilancia y control del empresario reconocido en el art. 20.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET) como expresión en la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución, y la afectación que su ejercicio puede comportar respecto a los derechos fundamentales del trabajador conlleva, siguiendo doctrina del Tribunal Constitucional,⁴ hace que debamos proceder

⁴ Por todas STC 106/1996 de 12 de junio. Fundamento jurídico 5.º «[...] este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven “el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito —modulado por el contrato pero en todo caso subsistente— de su libertad constitucional” (STC 6/1988, fundamento jurídico 8.º). Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación solo se producirá “en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva” (STC 99/1994, fundamento jurídico 4.º). Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada (SSTC 20/1990, 171/1990 y 240/1992, entre otras muchas), que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental aquí en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo [...]».

a una adecuada ponderación de las circunstancias que concurran en cada caso a través del test de proporcionalidad, en el que la obtención de la prueba debe superar: a) el juicio de idoneidad (debe ser adecuada para conseguir el objetivo propuesto), b) el juicio de necesidad (que no exista prueba alternativa y sea la medida más moderada) y c) el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (que sea equilibrada o proporcional, que se deriven de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes en conflicto).

No obstante, no cabe olvidar que la obtención y aportación de la prueba electrónica al procedimiento deberá respetar la normativa reguladora de la protección de datos personales, en concreto el Reglamento 2016/679 UE sobre protección de las personas físicas en el tratamiento de datos personales y la libre circulación de los mismos y la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales, pues, en el supuesto de que no se cumplan los requisitos legalmente previstos, la prueba se calificará como ilícita y no será admisible.

Es decir, aun cuando el tratamiento de datos pueda resultar en principio lícito, por estar amparado en la Ley de protección de datos personales, será necesario informar al trabajador previamente tanto del ejercicio de control de uso de los medios e instrumentos puestos a su disposición como de la finalidad del mismo.⁵

En consecuencia, si bien el art. 24.2 CE reconoce el derecho de las partes a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, no cabe olvidar que deberán cumplir los requisitos intrínsecos a la actividad probatoria, es decir, que esta resulte pertinente y necesaria, y que, además, sea lícita, debiendo hacer especial referencia al art. 11.1 LOPJ y art. 90.2 de la LRJS a efectos de prueba ilícita.

Como ya se ha señalado, tanto la proposición como la práctica de prueba se realizan en el acto de juicio oral, por lo que, siguiendo la regulación prevista en el art. 90.2 LRJS, procederá resolver en el propio acto de juicio oral las cuestiones que se planteen sobre la ilicitud de prueba.

Así, cabe la posibilidad de que, en fase de proposición de prueba o incluso una vez practicada la prueba electrónica, se cuestione su validez al apreciar que se ha obtenido con vulneración de derechos fundamentales, o que sea el juzgador quien, de oficio, aprecie su vulneración.

⁵ STC 29/2013 de 11 de febrero y 39/2016.

En ese caso, procederá poner de manifiesto la cuestión a efectos de que las partes hagan alegaciones, con la posibilidad de práctica de diligencias. Y se resolverá sobre la admisión o inadmisión de la prueba. Y, en el supuesto de que finalmente se admita la prueba propuesta, se interpondrá recurso de reposición que se planteará y resolverá oralmente en acto de juicio, sin perjuicio de que, en el supuesto de que sea desestimado, la parte pueda reproducir la impugnación de la prueba en el recurso que proceda contra la sentencia.

De conformidad con lo señalado se estima que procederá la inadmisión de la prueba electrónica propuesta cuando se hubiera obtenido con vulneración de derechos fundamentales de forma evidente, como, por ejemplo, cuando se aporte un archivo con grabación de imágenes del empleado en el centro de trabajo sin que este hubiese sido informado del tratamiento de datos personales y la finalidad de su captación (Reglamento 679/2016 y LO 3/2018 de protección de datos); pero, en cambio, procederá admitir la prueba propuesta cuando de las alegaciones de las partes se pueda desprender que la prueba se ha obtenido de forma legítima, y para resolver sobre la ilicitud o no de su obtención sea necesaria su aportación al procedimiento, a los efectos realizar la debida ponderación de derechos mediante el juicio de proporcionalidad, como por ejemplo, en supuestos en los que los trabajadores han sido informados del posible control de medios electrónicos puestos a su disposición y del uso limitado de los mismos a sus obligaciones laborales; sin perjuicio de analizar la licitud de la prueba en sentencia.

5. Supuestos de prueba electrónica analizados por los Tribunales en la jurisdicción social

Los Tribunales han analizado la admisión de la prueba electrónica en procedimientos de impugnación de despido o sanción, es decir, en supuestos en que el empleador ejerce el poder disciplinario.

En estos supuestos han entrado en colisión el derecho a la prueba (art. 24.2 CE) y la protección de datos personales (art. 18.4 CE), debiendo resolver sobre la licitud o ilicitud de la prueba (arts. 11.1 LOPJ y 90.2 LRJS).

En concreto, se hará referencia a supuestos en que se aporta al procedimiento prueba de: a) grabación de imagen y sonido, b) datos de geolocalización, c) datos que se obtienen tras examen de medios infor-

máticos o instrumentos de comunicación de titularidad empresarial, d) mensajes de correo electrónico y e) datos publicados en redes sociales.

a) Grabación de imagen y sonido

Es relevante señalar que para que la prueba de captación y archivo de imagen o de voz, o de cualquier dato personal, sea admisible en el proceso laboral, será necesario que el empleador cumpla con la normativa reguladora de la protección de datos personales, el Reglamento 2016/679 UE y la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de protección de datos, informando al trabajador no solo de la instalación de cámaras, sino de la concreta finalidad de las mismas.

El Tribunal Constitucional ha analizado la aportación al procedimiento de la captación de imagen de los empleados durante la jornada laboral desde la perspectiva de afectación al derecho fundamental a la protección de datos.

En diferentes procedimientos ha señalado que la captación y grabación de imagen constituye un tratamiento de datos personales y que el derecho a la protección de datos, del art. 18.4 CE es un derecho autónomo que «persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y su destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho del afectado[...]. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin».⁶

En la actualidad, y con relación a la admisión de la prueba de grabación de imagen, debemos considerar la doctrina que se contiene en la Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9.1.2018, caso López Ribalda y otras contra España.⁷ En esta sentencia se resuelve que la videovigilancia secreta de cajeras en un supermercado español supone archivo y tratamiento de datos personales y vulnera el derecho a la vida privada —art. 8 CEDH—. El TEDH estima que la medida adoptada no era proporcional e incumplía el art. 5 Ley Orgánica de protección de datos, tras valorar la doctrina de Tribunal Constitucional que se contiene en las sentencias 186/00, 29/13 y 39/16. Si bien es necesario puntualizar

⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 144/1999, de 22 de julio, n.º 292/2000, de 30 de noviembre y n.º 29/2013, de 11 de febrero.

⁷ Recurrida no obstante ante la Gran Sala y pendiente de sentencia.

que la valoración que realiza el TDUE en esta sentencia citada no coincide con la Sentencia n.º 39/2016 de 3 de marzo, en la que se declaró prueba lícita la captación de imagen permanente como forma de control de actividad, constando que las trabajadoras no habían sido informadas de dicha actuación admitiendo como suficiente una información de carácter genérico de grabación de imagen en centro de trabajo⁸.

Asimismo, y con relación a la grabación de voz, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a la afectación del art. 18.3 CE en la Sentencia n.º 114/1984 de 29 de noviembre, en la que se resolvió que la grabación de conversación de otros atenta al derecho a secreto de comunicaciones, pero la grabación de conversación con otro no atenta al derecho fundamental.

Por otro lado, también se analizó la instalación de sistemas de captación y grabación de sonido en centro de trabajo, en la Sentencia n.º 98/2000 de 10 de abril, considerando que audición continuada e indiscriminada de las conversaciones constituía una vulneración de art. 18.1 CE.

Valoración de la prueba. Como ya se ha señalado, la LRJS no establece su naturaleza ni su tratamiento. La LEC recoge la reproducción de imagen como medio de prueba en art. 382, estableciendo su libre valoración,» «según las reglas de la sana crítica».

El Tribunal supremo estimó en sentencias de 16.6.2011 (RJ 2011\7266) y de 26.11.2012 (RJ 2013\357) que la prueba de grabación de imagen no resulta hábil a efectos revisorios, pues la LRJS reconoce únicamente valor revisorio a la prueba documental y no se reconoce valor de documento a la prueba electrónica, a diferencia de lo que ocurre en el Código Penal cuyo art. 26 dispone que «A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica».

⁸ Sentencia que contiene un importante voto particular del magistrado Fernando Valdés Dal-Ré al que se adhirió la magistrada Adela Asua Batarrita. Y en el que se afirma «[...] estimo que la recta aplicación de un derecho fundamental como el garantizado en el art. 18.4 CE hubiera comportado, como en el pasado fue argumentado con solvencia jurídica y mesura interpretativa, declarar que no hay una habilitación legal expresa para la omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales; y que tampoco es dable situar su fundamento en el mero interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia».

b) Geolocalización

En la actualidad las organizaciones empresariales utilizan las tecnologías de la información y de la comunicación no solo para optimizar recursos o para conseguir una mejor organización empresarial, sino también como medio de control de la actividad de los empleados.

Uno de estos medios de control, es la obtención de los datos de geolocalización del empleado mediante la instalación en el vehículo de empresa o en un dispositivo móvil de un sistema que permite determinar la ubicación del vehículo y del trabajador en todo momento.

No cabe duda de que es una medida de control que afecta al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y al derecho al respeto a la vida privada (art. 8 CEDH).

La medida ha sido analizada por los tribunales y ha dado lugar a pronunciamientos judiciales de distinto signo según las circunstancias del caso.

Así, cabe citar la Sentencia de Tribunal Superior de Asturias de 3.10.2017 (rec. 1908/2017), en la que se admite como prueba los datos obtenidos a través de la geolocalización, sin que se cuestionara su licitud, y en la que se analizaba un supuesto en el que se había informado al empleado tanto de la instalación de la medida de control en la tableta como de su finalidad de control de visitas a clientes, de forma que el sistema solo entraba en funcionamiento cuando se utilizaba la herramienta de trabajo.

Y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 19.10.2017 (rec. 1149/2017), en la que se inadmite como prueba los datos obtenidos por GPS, al no constar que el trabajador hubiera sido informado y hubiese consentido el tratamiento de datos personales —solo se le indicó que el dispositivo era para garantizar la seguridad y la coordinación en el trabajo—, estimando vulnerado el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE) —datos correspondientes a uso de vehículo fuera de jornada y en periodo de incapacidad temporal—.

No cabe duda de que estamos ante un medio de prueba electrónico, con independencia de que se aporte al procedimiento en soporte papel, pues como ya hemos indicado, debemos atender a la fuente de prueba en la que se encuentra la información y no al medio por el cual se deja constancia de la información, en consecuencia resultará de aplicación el art. 384 LEC, y se valorará conforme a las reglas de sana crítica.

Además de la geolocalización, existen nuevas formas de control de la actividad que desarrollan los empleados. En concreto nos referimos a las etiquetas de control por radiofrecuencia, cuya función es controlar no

solo el acceso a las instalaciones de la empresa, sino también la actividad del empleado durante la jornada de trabajo. Estos nuevos sistemas permiten identificar al empleado, registrar datos y transmitir la información a distancia, y no cabe duda de que afecta a la intimidad y a la privacidad de datos personales, sin que resulte posible justificar el control permanente de la persona del trabajador, por lo que no superaría el juicio de proporcionalidad.

c) Medios informáticos de titularidad empresarial

Actualmente el empresario facilita medios informáticos o de telefonía como instrumentos de trabajo, y puede adoptar las medidas de vigilancia y control de la actividad desarrollada por los empleados, según prevé el art. 20.3 TRLET.

Esta actividad de supervisión puede afectar al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE) y, en ocasiones, al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), por lo que resulta necesario que el empleador respete la dignidad del empleado (art. 10 CE) y el derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) aplicando las garantías previstas en el art. 18 de la CE en el ejercicio de sus derechos.

Como se ha venido indicando, la fuente de prueba es la información que se contiene en el ordenador y el medio de prueba que se aporta al procedimiento es la copia impresa de dicha información. Es habitual que se aporte informe de perito informático en el que se expone tanto la forma en que se ha obtenido la información como las actuaciones realizadas para garantizar la autenticidad e inalterabilidad de la información que se aporta al procedimiento para, finalmente, analizar los datos hallados en el ordenador.

Para valorar la licitud o ilicitud de la prueba es necesario considerar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional dictada al efecto.

En primer lugar, y en relación a la doctrina del TEDH, cabe citar:

Sentencia TEDH de 3.4.2017, asunto Copland contra Reino Unido, en la que se resuelve que la recogida y el almacenamiento de información personal relativa a correo y navegación por internet de un trabajador sin su conocimiento vulnera su derecho al respeto de su vida privada. Se estima que la licitud de la prueba dependerá de la existencia de directrices de la empresa sobre el uso de material informático, pues si no existe tolerancia de uso personal, el trabajador carece de expectativa razonable de confidencialidad.

Sentencia TEDH de 5.9.2017, asunto Barbulescu contra Rumanía, resuelve un supuesto en el que la empresa realiza un control de uso de internet y accede a los mensajes enviados por el trabajador mediante mensajería instantánea —cuenta Yahoo Messenger— y despide al trabajador basándose en la información que obtiene, y resuelve que dicha prueba es ilícita, ya que supone violación de art. 8 CEDH pues *«las instrucciones de una empresa no pueden anular el ejercicio de la privacidad social en el puesto de trabajo. El respeto de la vida privada y de la confidencialidad de las comunicaciones continúa imponiéndose, incluso si estas últimas pueden ser limitadas en la medida de lo necesario»*.

Sentencia TEDH de 22.2.2018, asunto Libert contra Francia, en la que se analiza un supuesto en el que una empresa pública francesa permite el uso de ordenador con fines personales, y realizada consulta en un ordenador de un empleado se revela el almacenamiento de archivos pornográficos y falsos certificados llevados a cabo en beneficio de terceros. En este caso, el TEDH considera lícita la prueba, pues la ley sustantiva permitía al empleador abrir los archivos en el ordenador de trabajo del empleado, diferenciando «archivos personales» de «archivos privados», justificando la intervención porque estaba destinada a garantizar la protección de los derechos de los demás.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional analizó en Sentencia n.º 170/2013, de 7 de octubre, un supuesto en el que el empleador accedía a ficheros informáticos donde quedaban registrados los correos privados del trabajador, y estimó que la obtención de prueba no afectaba a los derechos fundamentales del trabajador, al recogerse en el Convenio Colectivo la prohibición o sanción por el uso de herramientas informáticas o correo electrónico para uso particular. Aun cuando la actuación se realice sin previo aviso al empleado, sobre la base de que «en el presente supuesto no podía existir una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por el trabajador a través de la cuenta de correo proporcionada por la empresa y que habían quedado registradas en el ordenador de propiedad empresarial».

Cabría interpretar que, según doctrina del Tribunal Constitucional, se permitiría a la empresa acceder al correo electrónico del empleado; excepcionando la exigencia de autorización judicial respecto a la injerencia en el correo (art. 18.3 CE), más lo cierto es que el Tribunal Supremo —Sala Penal—, rechazó esta interpretación en Sentencia de 16.6.2014 (rec. 2229/2013), si bien estimó que los mensajes de correo electrónico, una vez abiertos por su destinatarios, pasan a ser ficheros de datos y no

forman parte de las comunicaciones propiamente dichas, siendo de aplicación el derecho a la intimidad —art. 18.1 CE—.

Tras la Sentencia de TEDH de 5.9.2017, asunto *Barbulescu contra Rumania*, parece que ya no resulta posible admitir como prueba los datos obtenidos como consecuencia de la intervención del ordenador y acceso a datos personales sin haber advertido previamente al empleado del control del uso de los medios informáticos puestos a su disposición, al ser prueba ilícita.

Finalmente, cabe hacer referencia a la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 8.2.2018 (rec. 1121/15), en la que se declara lícita la prueba obtenida por la empresa tras acceder a mensajes de carácter personal del empleado que habían sido enviados o recibidos a través de la cuenta de correo corporativo, cuando la empresa había prohibido el uso personal del correo y había informado al empleado de la posibilidad de control y vigilancia de uso.

d) Mensajes de correo electrónico

Según la definición que se realiza en el art. 2 h) de la Directiva 58/2002/CE sobre privacidad de las comunicaciones electrónicas, el correo electrónico es «todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que este acceda al mismo».

Es habitual que las partes aporten en su ramo de prueba la impresión de mensajes de correo electrónico, que se numeran junto a la prueba documental. Pero lo cierto es que un correo electrónico no tiene la consideración procesal de documento salvo que estemos ante un documento electrónico, es decir, que esté firmado electrónicamente.

La aportación de correos electrónicos como prueba de hechos que resultan relevantes a efectos de resolver las cuestiones objeto de debate, da lugar a diferentes situaciones que procede analizar.

En primer lugar, debemos aclarar que, en el supuesto de que se reconozca la prueba o que esta no se hubiere impugnado, estaremos ante hechos no controvertidos y procederá valorar la información que se contengan en el texto aportado según sana crítica, como dispone el art. 384 LEC.

Pero en ocasiones, será necesario acreditar no solo la autoría, sino también la veracidad e integridad del texto que se aporta, y para ello se deberá aportar la información que se contiene en el correo electrónico en soporte adecuado, es decir, procederá aportar la cabecera del correo

electrónico en la que se identifican el ID de mensaje, datos de emisión del mensaje (fecha y hora) y de recepción, datos de emisor y receptor y dirección IP; no se debería aportar únicamente la impresión del texto «visible» y, además, considerando que la prueba electrónica es inmaterial y carece de las características de perdurabilidad e inalterabilidad, se estimaría necesario utilizar otros medios de prueba a efectos de acreditar el hecho que se pretende.

Respecto a la valoración de la prueba aportada, partimos de considerar que el correo electrónico es una prueba electrónica y, en consecuencia, estamos ante una prueba de libre valoración (art. 384.3 LEC), sin que su aportación al procedimiento mediante impresión papel altere su naturaleza.

No obstante, cuando el correo electrónico incorpore firma electrónica, resultará de aplicación el art. 326.3 de la LEC y se le reconocerá valor y eficacia de prueba documental. En este caso, nos podremos encontrar con correos electrónicos a los que se reconozca los efectos probatorios del documento público o administrativo previsto en los arts. 319 y 326 LEC, sin perjuicio de que deberán aportarse al procedimiento en la forma prevista en los arts. 267 y 268 LEC, y desplegarán la fuerza probatoria que se reconoce a documento público o privado, según el caso.

En el supuesto de que se impugne un correo electrónico con firma electrónica, procederá aplicar lo previsto en el art. 3 de la Ley de firma electrónica al cual remite el art. 326.3 LEC. En este caso, cabe diferenciar si estamos ante firma electrónica avanzada o firma electrónica reconocida.

En el caso de estar ante una firma electrónica reconocida, tan solo deberemos asegurarnos de que el prestador del servicio de certificación ha cumplido los requisitos establecidos en la ley.

Pero si estamos ante firma electrónica avanzada y se impugna la eficacia probatoria del correo, la parte deberá aportar prueba complementaria que permita acceder a los datos contenidos en los dispositivos electrónicos utilizados para la comunicación, bien sean del emisor o del receptor del mail, o podrá solicitar el acceso a los servidores donde queda constancia de huellas del origen y del destinatario en el momento de recepción y de entrega.

Todo ello sin perjuicio de que se pueda aportar prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación de que se trate.

Finalmente, y para el supuesto de que no se pudiera acreditar la autenticidad e integridad del correo electrónico, la prueba se valorará según sana crítica.

Ahora bien, si se impugna un correo electrónico que carece de firma electrónica, estaremos ante un bloque de texto enviado por internet, y nunca se tendría la plena certeza para dictaminar que este es auténtico e íntegro.⁹

Ello comporta que sea de aplicación la Ley 59/2003 de firma electrónica, y al carecer de los elementos necesarios para que el mensaje aportado pueda calificarse como documento electrónico, no resultará de aplicación el art. 326 de la LEC; así se resuelve en Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23.4.2014 (rec. 447/2014), en la que se estima que no es posible hablar de documento electrónico cuando el que se aporta carece de firma.

La cuestión no resulta baladí, pues la prueba electrónica no tiene reconocido el valor probatorio de la prueba documental, y tampoco está reconocida como prueba hábil a efectos revisorios en la LRJS. Y si bien la doctrina judicial ha analizado si el correo electrónico resulta medio de prueba hábil a efectos revisorios, lo cierto es que no existe unidad de criterio, pues no cabe olvidar que según el art. 193 b) LRJS, solo cabe solicitar revisión de hechos declarados probados a la vista de pruebas documentales y periciales practicadas.

La consecuencia de todo ello es relevante, pues siguiendo el criterio de la Sentencia de 8.10.2016 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (rec. 2993/15), solo cabe concluir que un correo electrónico, sin firma electrónica, constituye un testimonio documentado y carece de valor de prueba documental a efectos revisorios.

e) Información que se contiene en redes sociales

En la actualidad se utilizan las redes sociales como forma de relación personal. Es una forma de comunicación dirigida a un amplio grupo de destinatarios, en la que se comparten opiniones y consideraciones personales en un entorno tan amplio como quiera el usuario.

Pues bien, también las publicaciones en redes sociales han tenido consecuencias en las relaciones laborales, pues se ha estimado la existencia de incumplimientos laborales basados en las publicaciones que

⁹ Javier Rubio Alamillo. «El correo electrónico como prueba en procedimientos judiciales». Diario *La Ley* n.º 8808, sección práctica forense 21.7.2016, sección ciberderecho. *La Ley* 5737/2016.

los empleados habían hecho en la redes, aportando como prueba de los incumplimientos la impresión de la publicación en las mismas.

Así, procede citar la STSJ de Castilla León, Valladolid, de 30.4.2014 (rec. 491/14), en la que una empleada subió a la red imágenes en las que se veía caer al suelo a dos empleadas provocando comentarios de distintos usuarios —estaríamos ante ofensas virtuales o divulgadas por escrito a través de red social—.

En estos supuestos, procederá analizar si la obtención de prueba afecta al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), y la licitud o ilicitud de la prueba dependerá de la forma en que se haya obtenido la información. Si estamos ante una exposición voluntaria por parte del trabajador/a de datos personales —imágenes, comentarios, opiniones., etc.— y se accede a ellas «en abierto», no se estima vulnerado el derecho.

Respecto a la forma en que procede aportar la información al procedimiento, esta podrá realizarse mediante reconocimiento judicial —cibernavegación en acto de vista— o bien contenido de página web a través de su impresión —con garantías de que lo que se reproduce es lo que constaba publicado en la fecha en que se captura la imagen—.

El problema se plantea como consecuencia de que no es posible garantizar la veracidad de la información que se aporta, siendo necesario que se acredite tanto la autoría como la integridad del contenido, por lo que serán necesario medios de prueba instrumental.

6. A modo de conclusión

Cabe señalar que la incorporación de la prueba electrónica al procedimiento laboral plantea no pocos problemas de orden práctico.

La falta de previsión legal origina que se produzca una situación de inseguridad jurídica, no solo por la falta de previsión legal respecto a regulación de la prueba electrónica, sino incluso por el desconocimiento de lo que se considera «soporte adecuado» cuando se aporta alguna de las nuevas fuentes de prueba, o incluso el valor probatorio que tiene y, si en su caso, resulta hábil a efectos revisorios.

Ciertamente, la tecnología evoluciona a gran velocidad, así como el modelo social de comunicaciones, sin que el legislador haya introducido las modificaciones legales necesarias para trasladar al procedimiento la información que se contiene en los medios e instrumentos tecnológicos.

En la actualidad, son los Tribunales los que resuelven de forma casuística los diferentes conflictos que se plantean en sede judicial, pero ello no constituye una solución a los problemas que plantea la admisión y práctica de la prueba electrónica

En atención a la regulación actual, se considera que, en aplicación de art. 90 LRJS, no solo es necesario que se aporte al procedimiento en soporte adecuado, sino que, además, su práctica requerirá la práctica de otros medios de prueba que permitan garantizar su autenticidad e integridad. Sin olvidar que, dado el carácter intrusivo de la prueba electrónica, en cuanto supone recabar datos personales de los ciudadanos, para que sea admitida, se deberá acreditar que se ha obtenido conforme lo preceptuado en el Reglamento 2016/679 UE y la Ley 3/2018 de protección de datos, y en todo caso, mediante procedimientos que garanticen los derechos fundamentales, pues, en otro caso, se inadmitirá.

Alegada la ilicitud de una prueba por vulneración de derechos fundamentales, procederá analizar si en el caso concreto la prueba se ha obtenido vulnerando derechos fundamentales, procederá resolver sobre la pertinencia de la prueba propuesta, y considerando el derecho a la defensa que integra la tutela judicial efectiva, se concederá la palabra a las partes a efectos de alegaciones. Si procede realizar juicio de proporcionalidad en la afectación/limitación de derecho fundamental, se debe practicar la prueba impugnada, y solo en el supuesto de que se aprecie de forma evidente la vulneración de derecho fundamental, procederá inadmitir la prueba propuesta.

Bibliografía consultada

Carlos H. Preciado Domènech. « Nuevas formas de prueba basadas en las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)». Documento electrónico y prueba digital: Proposición y práctica. Ilícitud de estas pruebas por vulneración de derechos Fundamentales. *Actum Social* n.º 131. Monográfico *XXI Jornades de outono de Dret Social*, 17 y 18 de noviembre de 2017.

Miquel Falguera Baró. «Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal. *Trabajo y derecho* n.º 22. Sección Estudios, octubre 2016. Wolters Kluwer (a destacar: 4. Revisión de hechos probados en recurso a través de «documento digital»).

- Concepción Morales Vállez. *La prueba electrónica en el proceso laboral y el control de los medios tecnológicos por el empresario*. Ed. Sepin. SP/DOCT/19747.
- Javier Rubio Alamillo. «El correo electrónico como prueba en procedimientos judiciales». Diario *La Ley* n.º 8808, sección practica forense 21.7.2016, sección ciberderecho. *La Ley* 5737/2016.
- Roberto Luis Ferrer Serrano. «Videovigilancia e información personal de los trabajadores. A propósito de los criterios fijados por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2016 y su reciente recepción jurisprudencial». Aranzadi BIB 2018\5498.
- Alejandra Selma Penalva. «La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n.º 39, 2014.
- VV. AA. *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, Juristas con futuro, libro electrónico, septiembre de 2016.
- VV.AA. *Empresa y prueba informática*. Xavier Abel Lluch, Núria Ginés Castellet (coords.). Bosch, 2006.
- Sonia Puig Faura. «La prueba electrónica: sus implicaciones en la seguridad de la empresa». Tesis doctoral.

Evolución de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo tras las recientes Sentencias del TJUE en materia de contratación

SEBASTIÁN MORALO GALLEGO

Magistrado Sala IV TS

Diego Porras, tiene vida propia...

Desde las anteriores Jornadas, SSTSJ de todos los colores

Nos ceñimos al ámbito del orden social:

- Aplican en todo tipo de CTs, (TSJCyL/Valladolid 26/12/2017, rec. 1985/2017).
- Excluyen formativos (TSJPV 14/3/2017, rec. 458/2017).
- Incluyen contrato de relevo (STJA/Málaga 12/7/2017, rec. 993/2017)
- Extienden a ETTs (TSJPV 6/6/2017, rec. 909/2017).
- Limitan su aplicación a interinos, y lo niegan a CT por obra y eventuales (TSJC 27/11/2017, rec. 5656/2017).
- Niegan eficacia horizontal Directivas (TSJ Andalucía/Málaga 16-11-2016, rec.1539/2016)
- Aceptan eficacia horizontal, art. 21 de la Carta Derechos Fundamentales UE, discriminación, vincula a particulares (TSJ Asturias 27/12/2017, rec. 2549/2017).
- Consideran que es cuestión nueva en suplicación que no puede apreciarse de oficio (STJC 20/2/2017, rec. 7013/2017)

Diego Porras, ¿penúltimo capítulo??

Tienen cuentas pendientes TJUE, por orden de intervención (s.e.u.o):

- C-574/16 Grupo Norte. Contrato relevo temporal (TSJ Galicia).
- C-677/16. Montero Mateos. Interino por vacante (JS 33 Madrid).C-212/17.
- Rodríguez Otero. Contrato relevo temporal (TSJ Galicia) = Grupo Norte. C-96/17.
- Vernaza Ayovi. (JS 2 Terrassa). EBEP, readmisión en despido improcedente fijos/temporales. Otro aspecto Diego Porras.
- C-619/17. Diego Porras, ...el de toda la vida (TS).
- C-29/18; C-30/18; C-44/18. Cobra. (TSJ Galicia). Extinción obra o servicio por finalización de la contrata.

Grupo Norte y Montero Mateos. Vista celebrada 9/11/2017.

Conclusiones Abogado General, 20/12/2017.

Vernaza Ayovi, conclusiones AG 25/1/2018.

El caso Diego Porras. 14/9/2016

- Interina desde 2003. Y desde 2005 en sustitución plaza liberada sindical.
- El 30/9/2012 se reincorpora la trabajadora liberada y se extingue el contrato de interinidad.
- Cuestión prejudicial TSJ Madrid:
 - 1º El concepto condiciones de trabajo incluye la indemnización CT?
 - 2º TJUE resuelve conjuntamente. ¿El CT tiene derecho a la misma indemnización que el CI que se extingue por causas objetivas? ¿Se ajusta nuestro art. 49.1.c ET a la Directiva?

Directiva 1999/70

Cláusula 4. Principio de no discriminación

- Por lo que respecta a las *condiciones de trabajo*, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores *fijos comparables* por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un *trato diferente por razones objetivas*.

Cláusula 5. Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva.

1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada, los Estados introducirán una o varias de las siguientes medidas:
 - a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales.
 - b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada.
 - c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.
2. Los Estados determinarán en qué condiciones:
 - a) se considerarán «sucesivos»;
 - b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.

Cláusulas 4 y 5

- La 4, el TJUE es claro en este extremo, afecta únicamente:
 - Diferencias de trato entre temporales/indefinidos.
 - Que se encuentren en una situación comparable.
- No están incluidas, diferencias de trato entre distintos tipos de temporales.
- La 5... ¿puede dar juego en la comparación entre temporales?

TJUE indemnización 20 días

Cláusula 3.^a Directiva:

- Es de duración determinada si el final del contrato determinado por *condiciones objetivas* tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado.
- Art. 49. 1.º, c) ET:
Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización...12 días.

Condición trabajo/empleo

1º STS 22/7/13. rec.1380/2012

- Condición trabajo. Vigente relación laboral.
- Condición empleo. Extinción.(indemnización)
- Directiva solo abarca condiciones trabajo.

2º STJUE : El concepto «condiciones de trabajo» incluye la indemnización a pagar a un trabajador por finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.

3º Las conclusiones AG de 20/12/2017, mucho más rotundas

Casi... STS 28-3-2017, rec. 1664/2015

- InF. Cobertura vacante. 20 d = despido objetivo.
- No es Diego Porras (ni se menciona).
- No es un despido objetivo, forma.
- Cambio doctrina, porque InF NO es temporal:
 - Incluso lo reconoce EBEP, art. 8 y 11.1
 - Supone fraude de ley, a diferencia temporal.
 - Por eso es insuficiente indemnización 49.1 c) ET.
 - Supuesto comparable. Despido objetivo:
 - No porque sea despido objetivo.
 - Sino porque es asimilable a circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato.

Auto TS CP.- 25/10/2017, rcud. 3970/2016. I

Presupuestos de partida:

- 1º Cláusula 4. Evitar discriminación temporales/fijos. No entre temporales. Cláusula 5, podría valer para evitar diferencias entre temporales como mecanismo para su efectivo cumplimiento.
- 2º Despidos y extinción por causa objetivas, son aplicables por igual a indefinidos y temporales (*aunque en la práctica...*)
- 3º Ninguna duda de que la situación de la trabajadora era comparable a la de un trabajador fijo en cuanto se refiere a sus funciones y requisitos.
- 4º Elemento de comparación para la indemnización, cuando la extinción se produce por el cumplimiento de la finalidad del contrato temporal, reincorporación de la trabajadora sustituida.
- 5º No existe, en realidad, elemento alguno de comparación. Porque el fijo comparable no verá nunca extinguido el contrato por esa causa.
- 6º La indemnización de 20 días por causas objetivas es la misma con independencia de que el contrato extinguido sea temporal o indefinido.

Auto TS CP.- 25/10/2017, rcud. 3970/2016. II

Consideraciones:

- 1º Los 20 d, por causas objetivas afectaría igual a temporal y a indefinido.
- 2º Resulta difícil apreciar la diferencia de trato desde esa perspectiva, de aquí las dudas que suscita la STJUE al afirmar la existencia de un trato desigual por entender que la indemnización de 20 días está exclusivamente establecida en la ley nacional para los trabajadores indefinidos.
- 3º La literalidad de la conclusión de la STJUE permite llegar al resultado de que el interino habría de percibir 20 días, tanto si su contrato se extingue por reincorporación titular, como si, antes de dicha finalización, se extingue, por ejemplo, por la decisión de la empresa justificada en la concurrencia de causas económicas.

- 4º Esa conclusión del fallo de la STJUE arrastra consecuencias mucho más amplias en el ordenamiento jurídico español, puesto que las otras dos modalidades de contratación temporal, obra y eventual, tienen aparejada una indemnización de 12 días cuando la extinción se produce por finalización del contrato.
- 5º Si se interpreta que la STJUE conduce a que todos los trabajadores temporales tienen indemnización igual a la de los despidos objetivos (20 días), aun cuando la extinción se produzca por la válida finalización del contrato, nos hallamos ante la afirmación de que el legislador nacional ha de tratar todas las causas extintivas del mismo modo, aun cuando algunas de ellas afecten de modo exclusivo a la contratación temporal.

Auto TS CP.- 25/10/2017, rcud. 3970/2016. III

Dilema:

- 1º La extinción de un contrato temporal por cumplimiento de su finalidad, ¿debe llevar aparejada una indemnización?... Y... debe establecerse de forma análoga a las demás causas de extinción de los contratos de trabajo? .
- ¿La cláusula 4 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de interinidad para sustituir a otro trabajador, cuando tal extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido, y sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causas legalmente tasadas?.
- 2º El TS considera que debe agotar también otros posibles puntos de aproximación a la cuestión.
- El dilema no surgiría de una diferencia de trato en relación con trabajadores indefinidos, sino en la eventualidad de que la ley nacional hubiera adoptado una medida para evitar o sancionar la utilización de contratos de duración determinada y hubiera excluido a los trabajadores interinos.
 - La cláusula 5 persigue imponer límites a la utilización sucesiva de contratos temporales.
 - Para cumplirla, el derecho español , dos medidas: a) conversión indefinido fraudulentos o superen un determinado periodo; b) indemnización 12 días.

- En ese contexto, es correcta la exclusión de la interinidad de la indemnización de 12 días??, si se este mecanismo es uno de los elegidos por la ley nacional como instrumento adecuado para hacer frente a abusos en el uso de la temporalidad.

Auto TS CP.- 25/10/2017, rcud. 3970/2016. IV

- STJUE señala que las diferencias de trato entre temporales no están incluidas en clausula 4.
- De lo que ahora se trata el legislador nacional, que opta por indemnización 12 días como disuasión CT, clausula 5, ¿puede diferenciar entre las distintas modalidades contractuales?
- En ese marco, el TJUE ha rechazado puedan mantenerse un régimen jurídico diferente entre dos categorías de personal (el laboral y el estatutario) -STJUE de 14 septiembre 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C-184/15 y C-197/15
- Cabe considerar que interinidad confluyen dos trabajadores respecto de un único empleo, lo que no sucede en otros CTs. Justificaría pérdida de un empleo, no se produce tal reducción de la plantilla en el caso del interino.
- ¿Estaría justificada la exclusión del contrato de interinidad?

En definitiva...cuestiones:

- 1º ¿La cláusula 4 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de duración determinada por interinidad, cuando tal extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido, y, por el contrario, sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causa legalmente tasadas?.
- 2º Para el caso de ser negativa la respuesta a la cuestión primera, ¿se enmarca dentro del ámbito de la cláusula 5 del Acuerdo Marco una medida como la establecida por el legislador español, consistente en fijar una indemnización de 12 días por año trabajado, a percibir por el trabajador a la finalización de un contrato temporal aun cuando la contratación temporal se haya limitado a un único contrato?
- 3º De ser positiva la respuesta a la cuestión segunda, ¿es contraria a la cláusula 5 la exclusión de los interinos de la indemnización 12 días.

Trámite de urgencia... ya lo han denegado.

Asunto Grupo Norte. Relevo

Cuestiones TSJ Galicia:

- 1 ¿Deben considerarse “situaciones comparables” la extinción por “circunstancias objetivas” ex art.49.1 c) ET y la derivada de “causas objetivas” ex art.52 ET, y por tanto la diferencia indemnizatoria en uno y otro supuesto constituye una desigualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos, prohibida ?
- 2 Contrato relevo. Estaría justificada la NO indemnización cuando el empresario opta libremente porque tal contrato de relevo sea de duración determinada?
- 3 De entenderse que no hay una justificación razonable , ¿la desigualdad de trato en la indemnización , constituye una discriminación de las prohibidas en el art.21 de la Carta, resultando contraria a los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión?

AG Grupo Norte

1º Condiciones de trabajo/empleo?:

- Lo decisivo es que estén ligadas a su relación laboral con su empresario (ap. 39).
- Las distintas versiones lingüísticas emplean fórmulas que se corresponden con la expresión condiciones de trabajo o empleo. No caben dos enfoques distintos. La distinción no es compatible con los objetivos del Acuerdo y con el sistema general del Derecho laboral europeo (ap.40).
- Finalidad es la igualdad temporales/indefinidos, no cabe interpretación restrictiva (ap.41).
- Interpretación conjunta condiciones trabajo/empleo, (ap.42).
- En definitiva, el acuerdo marco es aplicable a las indemnizaciones (ap.43).

- Reitera que la clausula 4 no es de aplicación a las diferencias entre contratos temporales (ap.45)

2º Comparabilidad temporales/fijos en la indemnización

- Solo sin son situaciones comparables podría haber discriminación (ap.46) desempeño ocupación similar, conforme la naturaleza del trabajo, condiciones formación y laborales (ap.47), de lo que no hay duda (ap.48).
- Pero...no es suficiente que globalmente se encuentren en una situación comparable desde todos los puntos de vista, para sostener que hay discriminación en la indemnización. Lo decisivo es si se encuentran en una situación comparable también (precisamente) respecto a la indemnización y, especialmente, respecto a la circunstancia que da lugar a tal indemnización (ap. 49).
- Hay prestaciones que son iguales fijos/temporales (ap. 54), pero no la indemnización que es una compensación por la pérdida del empleo (ap.55), a tal efecto no es la misma situación por la previsibilidad perder el empleo (ap.56).
- Para un temporal es previsible, ha participado en el acuerdo (sic), (ap. 58); para un fijo son expectativas frustradas (ap. 60) y eso no pasa en el contrato de relevo (ap.61) .

3º Justificación de la diferencia de trato:

- Los temporales y fijos no están en situación comparable respecto a la indemnización (ap.65).
- El TJUE admite como razones objetivas para la diferencia, tanto las tareas desempeñan unos y otros, como los objetivos legítimos de política social cada Estado, vinculadas a circunstancias concretas y no desproporcionada (ap.68), lo cumple el contrato de relevo (ap. 69/70), los posibles abusos no desvirtúan (ap.73).

Conclusión:

La cláusula 4, debe interpretarse:

NO supone discriminación temporales, el hecho de que, al finalizar sus contratos de trabajo por expiración realizado la obra o haberse producido el acontecimiento acordado, no les corresponda indemnización o sea inferior que a los trabajadores cuyos contratos de dura-

ción determinada o de duración indefinida, se extinguen como consecuencia de una decisión del empresario por una causa objetiva.

En lo que hace al art. 21 Carta

- El principio igualdad de trato o los artículos 20 y 21 de la Carta NO pueden exigir que la indemnización deba tener la misma cuantía.
- Subyace, eficacia horizontal...
- En el presente asunto puede no examinarse la cuestión controvertida de si este principio general del Derecho o las citadas disposiciones de la Carta despliegan efectos directos en un litigio entre un trabajador y su empleador privado —es decir, en una relación jurídica horizontal—, ya que el principio general de igualdad de trato del Derecho de la Unión no conduciría a un resultado diferente del que se obtiene al aplicar el principio especial de no discriminación de la cláusula 4.

Asunto Montero Mateos. C-677/16

Cuestión prejudicial:

- Cláusula 4, ¿debe interpretarse en el sentido de que la extinción interinidad vacante ...por vencimiento del término...constituye una razón objetiva que justifica que no tenga indemnización, mientras que para un fijo comparable despedido por una causa objetiva 20 días?.
- Conclusión, la misma. Grupo Norte.

Las conclusiones apuntan:

- 1º Una rectificación en toda regla, para decir que los 12 días del 49 ET, respetan la Directiva.
- 2º Excluir de tal indemnización a los CT que no sean obra ó servicio y eventuales.
- 3º Incluir a los interinos???????????
- 4º Eficacia horizontal?????

Que puede pasar:

- TJUE:
 - Se ratifique, 20 días.
 - Se rectifique, 12 días es conforme a Directiva.
 - Incluya/excluya a los interinos por sustitución.
 - Extienda/ (se) Desentienda, otro temporales, relevo, etc..
- Como quedan los interinos por vacante???:
- Indefinidos no fijos. 20 d. STS 28/3/2017.
- ¿Es aplicable a interinos por vacante??.

EBEP readmisión temporales. C-96/17. Asunto Vernaza Ayovi

Art. 96.2 EBEP, readmisión fijos en despidos disciplinarios improcedentes.

Conclusiones Abogada General 25/1/2018

- 1º Sobre condiciones de trabajo/empleo, reitera lo ya dicho.
 - 2º Son trabajadores “comparables” porque quedan dentro del EBEP.
El término de comparación no es con el ET que no prevé readmisión fijos (ap.65).
 - 3º El examen de la comparabilidad no puede limitarse a comparar de forma general, global, la situación de los temporales y fijos. Lo decisivo es si se encuentran en una situación comparable también y precisamente en relación con el objeto del litigio de que se trate (ap. 71).
 - 4º Aquí está la clave de la diferencia con Diego Porras.
 - En DP se trata de indemnización.
 - Aquí de readmisión.
 - EBEP readmisión temporales.
- Hay que preguntarse cual es el objeto, la finalidad, que se persigue con la indemnización y con la readmisión para los fijos. Es comparable para los temporales???:
 - Indemnización por extinción relación laboral NO.Readmisión, SI., Cual es la su finalidad?. (ap.72):
 - a) Corregir una actuación ilegal grave del empleador.

- b) Satisfacer expectativas legítimas del trabajador de que su relación laboral continúe a lo largo de su período normal de duración.
- En ninguno de ambos aspectos hay diferencias fijos/temporales (ap.73).
 - Hay justificación?. (ap.80-89)..peculiaridades sector público son las mismas.. el despido ilegal no cambia el estatuto del temporal, no justifica la no readmisión..la diferente regulación ET no justifica.
 - Discriminación, el resultado es el mismo Clausula 4 Directiva, que de arts. 20 y 21 Carta.

CONCLUSIÓN: Supone una discriminación de los temporales EBEP.

Embarazo y despido colectivo. STJUE 22/2/2018. Porrás Guisado.C-103/16

- La situación: Directiva 92/85.Trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo lactancia.
- Directiva 98/59 despidos colectivos por motivos NO inherentes a la persona del trabajador.
- En consideración al riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora embarazada a interrumpir voluntariamente su embarazo.
- Protección preventiva: procede establecer una prohibición de despido de estas trabajadoras (ap.61)
- La protección en concepto de reparación, aun cuando dé lugar a la readmisión de la trabajadora despedida y al abono de la retribución dejada de percibir a causa del despido, no puede sustituir a la protección de carácter preventivo (ap.64)
- Con el fin de garantizar la protección de las trabajadoras embarazadas.... contra el riesgo de despido, los Estados miembros no pueden limitarse a establecer únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando no esté justificado (ap.65)
- No se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora con motivo de un despido colectivo.

- Sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, ... si se indican los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido.
- Se opone a una normativa nacional que no prohíbe con carácter preventivo el despido de una trabajadora ... y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.
- No se opone a una normativa nacional que, no establece prioridad de permanencia o recolocaciónsin que se excluya la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección.

Profesores asociados. La normativa legal

- Art.48.LOU. Las universidades podrán contratar personal docente e investigador en régimen laboral, a través de las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario que se regulan en esta Ley.
- Las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario son las que se corresponden con las figuras de Ayudante, Profesor Ayudante Doctor, Profesor Contratado Doctor, Profesor Asociado y Profesor Visitante.
- El régimen de las indicadas modalidades de contratación laboral será el que se establece en esta Ley y en sus normas de desarrollo; supletoriamente, será de aplicación lo dispuesto en el ET.
- Art. 53 LOU La contratación de Profesores Asociados se ajustará a las siguientes reglas:
 - a) El contrato se podrá celebrar con especialistas de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad profesional fuera del ámbito académico universitario.
 - b) La finalidad del contrato será la de desarrollar tareas docentes a través de las que se aporten sus conocimientos y experiencia profesionales a la universidad.
 - c) El contrato será de carácter temporal y con dedicación a tiempo parcial.
 - d) La duración del contrato será trimestral, semestral o anual, y se podrá renovar por períodos de igual duración, siempre que se siga acreditando el ejercicio de la actividad profesional fuera del ámbito académico universitario.

STJU 13/3/2014, asunto Márquez Samohano C-190/13

- Incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE .
- No se opone a una normativa nacional que permite a las universidades renovar sucesivos contratos, sin límite duración y prórrogas de dichos contratos, si están justificados por una razón objetiva,
- Están justificadas por la necesidad de confiar a «especialistas de reconocida competencia» para que éstos aporten sus conocimientos y experiencia profesionales.
- Las mera circunstancia de una necesidad recurrente o permanente de las universidades no permiten excluir la existencia de una razón objetiva.
- Aunque cubren una necesidad permanente de las universidades, en tanto que el profesor asociado ejecuta tareas bien definidas que forman parte de las actividades habituales de las universidades.
- Sigue siendo temporal, en la medida en que se considera que este profesor retomará su actividad profesional a tiempo completo cuando se extinga su contrato.
- En cada caso concreto, dicho órgano judicial del Estado Miembro haya de comprobar que se den efectivamente las circunstancias que, con arreglo a la indicada normativa, puede celebrarse y renovarse el contrato de profesor asociado.

STS 1/6/2017, rcud.2890/2015

- No ha podido comprobarse, de manera fehaciente, que las necesidades docentes cubiertas estuvieran relacionadas con la actividad específica que la normativa universitaria tiene establecida para cada modalidad contractual utilizada.
- No solo se deberá acreditar el desempeño de una actividad profesional, sino también que esta guarde relación directa con las actividades docentes fijadas en la convocatoria y que se haya desempeñado durante un lapso de tiempo más o menos amplio que le confiera al candidato la condición de «profesional de reconocido prestigio».

- Cuando la actividad docente está absolutamente desvinculada de la actividad profesional, se desvirtúa la esencia de esta modalidad contractual
- Fraude de ley :
 - 1º Necesidades docentes regulares y estructurales no estaban ligadas a los objetivos propios de la contratación utilizada.
 - 2º No realizaba actividad profesional ajena a la Universidad.
- Disp. Ad. 15.^a ET. Encadenamiento de contratos. Excluye LOU

STS 22/6/2017, rcud.3047/2015

- Dos requisitos exigidos:
 - a) Desarrolle una actividad profesional fuera de la Universidad.
 - b) No cubra necesidades permanentes y duraderas de la Universidad.
- Al inicio, ejercía una actividad profesional fuera de la Universidad, cesó y lo puso en conocimiento. Falta requisito.
- Aun considerando la singular regulación LOU, se ha de respetar la legislación laboral, lo dispuesto en el artículo 15 del ET.
- Causa de la temporalidad debidamente justificada. No es posible cubrir necesidades permanentes.
- No puede haber ningún espacio exento a la obligación de cumplimiento de la normativa de la UE y de la regulación española.

STS 15/2/2018, rcud. 1089/2016

- En marco de la docencia universitaria, las modalidades de contratación tienen un sistema y régimen jurídico propio.
- El profesor asociado siempre va a cubrir una enseñanza necesaria y permanente del centro docente, en el ámbito de la formación teórica y práctica, conducente a la obtención de los títulos universitarios.
- Se hace necesario examinar cada supuesto en concreto. Las circunstancias concurrentes permiten sostener que la contratación bajo tal modalidad no se ajusta a aquella finalidad y, al estar desvirtuada, se aleja de su justificación objetiva.

- El actor mantiene una actividad extraacadémica que justificaría la celebración y renovación de sus contratos como profesor asociado.

Eficacia horizontal Directiva

- SSTs 8/6/2016 y 17/10/2016, solo se ha producido en cuatro ocasiones SSTJUE:22/11/2005, asunto «Mangold».
 - 19/01/2010, asunto «Kücükdeveci».
 - 13/Septiembre/2011, asunto «Prigge».
 - 19/04/2016, asunto «Dansk Industri».
- Todas ellas referidas al principio general de no discriminación por razón de edad, art. 21.1 Carta.

STJUE 19/04/2016, asunto Dansk Industri, C-441/14

- Litigio entre particulares: una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede ser invocada contra dicha persona (ap. 30).
- Pº Interpretación conforme: el órgano nacional debe interpretar Directiva con la finalidad de alcanzar el resultado que persigue (ap. 31).
- Límite: no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del derecho nacional (ap. 32).
- Pero si se discute «no discriminación por razón edad», Directiva 2000/78, vincula a los particulares (aps. 35 y 36).
- En este ámbito, si no es posible la interpretación conforme, dejar inaplicada norma interna que es contraria (ap.43).

Parte dispositiva asunto Dansk Industri

- Incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, cuando aplica las normas de su derecho nacional, interpretarlas de manera que puedan aplicarse de conformidad con dicha directiva.

- Si tal interpretación conforme es imposible, dejar inaplicados, en caso necesario, cualesquiera preceptos del derecho nacional que sean contrarios al principio general de no discriminación por razón de la edad.
- Ni los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al derecho de la Unión reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del derecho de la Unión pueden hacer que se cuestione dicha obligación.

Directiva 2000/78

Art. 1. La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

Art 2. 1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el art. 1.

- a) Existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el art. 1.
- b) Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas.

Art. 21 Carta. 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Prueba digital ilícita y calificación del despido: la constatación judicial de la vulneración de derechos fundamentales no puede suponer otra cosa sino la nulidad

EUSEBI COLÀS-NEILA

Profesor agregado interino (contratado doctor).

Grup de recerca en Dret del Treball i de la Seguretat Social (greDTISS).

Universitat Pompeu Fabra

ESTELA YÉLAMOS BAYARRI

Abogada ejerciente (Riba Vidal Abogados).

Profesora asociada de Derecho Procesal. Grup de Recerca en Dret processal

(ReDePro). Universitat Pompeu Fabra

I. La prueba digital es cada vez más frecuente y potencialmente vulneradora de derechos fundamentales

La incorporación al proceso de fuentes de prueba¹ en soportes no tradicionales (no analógicos, o digitales) es cada vez más frecuente en los tribunales. Lo es, sencillamente, porque este tipo de soportes han venido a sustituir en la realidad no judicial a los tradicionales documentos en soporte papel, de modo que, en el escenario del procedimiento, del orden que sea, las partes tratan, cada una desde su particular versión de los hechos, de plasmar o acreditar esa realidad que convive con las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (en adelante, TIC).

¹ La doctrina procesal distingue entre fuentes de prueba, en un plano extrajudicial, y medios de prueba, situados en el escenario del proceso. CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, (trad. de N. Alcalá-Zamora y Castillo), Depalma, Buenos Aires, 1982 (2.ª ed.), pp. 67 y ss. La fuente es un concepto «extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso», y los medios probatorios «están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso». SENTÍS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1979, pp. 9-27.

Durante muchos años, la ley procesal parecía ajena a las TIC y si quiera mencionaba entre los medios de prueba ese tipo de fuentes de prueba. La jurisprudencia de los distintos órdenes jurisdiccionales tenía que cubrir las lagunas legales basándose en el derecho a utilizar todos los medios pertinentes para la defensa (art. 24 CE),² como tantas veces ocurre cuando el legislador se queda rezagado ante determinados cambios sociales.

El orden jurisdiccional social y, concretamente, los procesos por despido son el campo abonado para la proposición, admisión, práctica y valoración de ese tipo de pruebas. Y también en el ámbito que nos ocupa, el orden laboral, los tribunales han tenido que admitir como medio de prueba determinadas pruebas no reguladas expresamente en la ley procesal laboral, como ocurrió en su momento con la aportación al proceso laboral de un mensaje de WhatsApp. Las sentencias debieron dilucidar si bastaba con aportar a los autos un «pantallazo» de los mensajes contenidos en una conversación con esta herramienta, o si eran exigibles mecanismos adicionales.³

2 Pioneras de esta «línea aperturista» son las siguientes sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo. La STS (1) de 25.05.1945 reconoció valor probatorio a las reproducciones fotográficas siempre que se demostrara la autenticidad del original y la fidelidad de la copia. La STS (1) de 30.11.1992 (rec. 1991/1992), dijo que «la falta de atención de nuestros legisladores a estos estados de progreso científico (refiriéndose a las cintas magnéticas, vídeos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual del pensamiento humano) no significa que la Jurisprudencia permanezca estática y pasiva, en razón a la labor de hacer el Derecho más próximo y útil a los hombres por su adecuación a la realidad histórico social presente y complementación del Ordenamiento Jurídico (arts. 1-6; y 3 del Código Civil)». Por último, en la STS (1) de 02.12.1996 (rec. 660/1993), se admitió la aportación cintas magnetofónicas, bien como instrumentos que se someten a la inspección personal del Juez, o bien como documentos privados. En el ámbito penal, destacan las sentencias de la Sala Penal del Tribunal Supremo, de 17 de abril de 1989 y de 16 de enero de 1995. Todas ellas sistematizadas por Niño Estébanez, R., «La prueba audiovisual e informática en el proceso civil. Referencia a la firma electrónica», en J. PICÓ I JUNOY y X. ABEL LLUCH (coords.), Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 122 y ss.

3 La STSJ de Galicia de 28.01.2016 (rec. 4577/2015) considera que el WhatsApp «no solo es un medio de prueba válido, pese a no contemplarse en la LJS, sino que ya ha tenido plasmación normativa». No basta, sin embargo, con la copia del «pantallazo», sino que, a los efectos de su consideración como documento en el ámbito del proceso, requiere el Tribunal la aportación de la transcripción de la conversación y la comprobación, por un notario o por el secretario judicial, de que esta se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes. Sin embargo, no es un tema pacífico. Así, la SSTSJ Catalunya de 16.10.2015 (rec. 4071/2015, ECLI:ES:TSJCAT:2015:9256) parece dar validez al «pantallazo» sin exigir mecanismo adicional: «Asimismo aporta varios folios en los que se reflejarían 'pantallazos' de su teléfono móvil y en el que consta una conversación a través de 'WhatsApp' con el

El siguiente dato incontestable es que las TIC son potencialmente vulneradoras de derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, el secreto de las comunicaciones o la protección de datos, entre otros.⁴ La doctrina ha conseguido alcanzar un cierto consenso en la inexistencia de un determinismo tecnológico,⁵ de modo que hoy se entiende que las TIC no son malas o buenas de por sí, sino que dependen del uso que se haga de ellas. De hecho, las TIC pueden ser una poderosa herramienta para el ejercicio del derecho de huelga, la publicidad de las acciones colectivas, etc., aunque también pueden utilizarse, y de hecho se utilizan, como herramienta de control empresarial. En estos casos, los derechos fundamentales del trabajador, que deberían operar como límite de este control, pueden llegar a sufrir serias afectaciones.

II. Debate sustantivo y procesal en torno a la prueba ilícita

Nuestro sistema procesal denomina a estas pruebas que han sido obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos fundamentales, pruebas ilícitas (con esos términos se expresa, por ejemplo, el art. 11 LOPJ).⁶ Se planteará en muchos procesos laborales por despido un do-

teléfono que consta es propiedad del demandado [...] Pues bien, en la Sala entendemos, que atendida la dificultad probatoria del demandante, y ante la existencia de la conversación de 'WhatsApp' con el demandado procede modificar el hecho declarado probado segundo[...].»

⁴ Hubo ocasión de analizar el tema en COLÁS-NEILA, E., *Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia. Las comunicaciones electrónicas en la empresa como estudio de caso*, Albacete, Bomarzo, 2012.

⁵ Ello a pesar del debate suscitado en la década de los sesenta del siglo pasado, como hace ver NEFFA, J. C., «Nuevas tecnologías informatizadas y sus efectos sobre el trabajo humano en las empresas», en VV.AA., *El Derecho y las nuevas tecnologías* (Separata de la *Revista de Derecho Industrial*, 33), Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 866-867. Entre nosotros, en sentido similar, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «Avances tecnológicos y derechos fundamentales. Los riesgos del progreso», en VV.AA., *Derechos fundamentales y nuevas tecnologías*, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2003, p. 35.

⁶ El legislador en ocasiones induce a confusión, pero la prueba ilícita no es la prohibida por la Ley, sino la obtenida y practicada con vulneración de derechos fundamentales, pues «el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible». PICÓ I JUNOY, J., «Alcance de la prueba ilícita en la LEC», *Revista de Derecho Procesal*, 3-4, 2007, p. 124.

ble debate en torno a la prueba ilícita. En primer lugar, y de forma previa, la prueba de que pretende valerse el empresario puede vulnerar los derechos fundamentales del trabajador despedido. Dicho de otro modo, si es o no una prueba ilícita, ponderando los diferentes derechos fundamentales en juego. Las respuestas dadas por los tribunales como resultado de esta ponderación no ofrecen soluciones unívocas, ni siempre suficientemente satisfactorias, incluida la interpretación que hace el garante supremo de los derechos fundamentales en nuestro sistema.⁷ Hasta el punto de que, como se advierte, la jurisprudencia nacional puede ser contraria a normativa europea.⁸ Pero sobre estas cuestiones no podemos detenernos, a pesar de lo complejo y trascendente para los derechos fundamentales del trabajador de este primer estadio de análisis.

En segundo lugar, y en un plano más procesal, tiene lugar la discusión sobre las consecuencias que debe tener la constatación de la ilicitud de una prueba de la causa del despido, partiendo de la base de que esa sea la única prueba de que dispone el empresario de los hechos imputados en la carta de despido: la calificación del despido como despido improcedente (por entender que la causa del despido no queda acreditada) o como despido nulo (por haberse vulnerado justamente los derechos del trabajador). Este trabajo se centra en esta segunda cuestión.

⁷ Véase, por ejemplo, APARICIO TOVAR, J., «Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica», *Revista de Derecho Social*, 64, 2013, pp. 135 y ss. Se analiza la STC 170/2013, que resuelve un asunto en el que se entregó a un notario un teléfono móvil y un ordenador de la empresa que utilizaba el trabajador, descubriéndose que desde su cuenta se enviaban correos electrónicos transmitiendo informaciones confidenciales sobre las actividades productivas. La sentencia justifica el despido con base a la prohibición absoluta del uso privado del correo electrónico de la empresa, lo que merece la crítica del autor pues «lo que en cada caso se decida que corresponde a la buena fe no podrá estar en desacuerdo con dichos mandatos constitucionales». Justamente la buena fe y las expectativas que pueden tener las partes de la relación laboral nos llevan a la solución contraria, pues un uso razonable del ordenador profesional para uso personal es «un uso general y socialmente admisible». Véase COLÁS-NEILA, E., «Elementos para la construcción de una teoría general sobre el uso y control del correo electrónico corporativo», en M. R. Alarcón Caracuel y R. Esteban Legarreta (coords.), *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 204.

⁸ PRECIADO DOMÈNECH, C. H., «La vídeo vigilancia en el lugar de trabajo y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal ¿Es acorde la doctrina del TC y del TS con el Derecho de la UE?», *Revista de Derecho Social*, 77, enero de 2017, pp. 175 y ss. Sostiene el autor (p. 191) que de una aceptable distinción entre los supuestos en que con indicios racionales de existencia de hechos ilícitos, sustracción de dinero de la caja, que podían justificar la grabación no informada, la jurisprudencia del TS y del TC ha pasado a aceptar de forma generalizada la grabación para fines indeterminados y al uso sistemático como prueba, sin informar previamente al trabajador y sin pasar el filtro jurisdiccional del art. 90.4 LRJS.

Antes de plantear nuestra propuesta, es necesario analizar el panorama legislativo, jurisprudencial y doctrinal sobre el binomio prueba digital ilícita y calificación del despido. El legislador laboral y el procesal laboral no parecen haber tomado partido por una u otra solución, aunque cada tesis trata de ver en el texto legal una confirmación de sus teorías, claro está. En la doctrina y la jurisprudencia tampoco es una cuestión pacífica, quizás por la falta de solución legal clara al respecto.

III. El insoslayable dato legal. Tratamiento procesal de la prueba ilícita

a) Previsiones orgánicas

Es obligado citar el art. 11.1 LOPJ, norma que regula, en cualquier orden jurisdiccional, la ilicitud de la prueba. Dispone el precepto: «*No surtirán efecto* las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». Esta norma es esencial en la materia que estamos tratando, y su dicción literal es el argumento más recurrente para los defensores de la tesis de la improcedencia del despido. Sin embargo, paradójicamente, los autores ven en los términos «directa o indirectamente» utilizados por el legislador la acogida de nuestro sistema a la tesis de la «*fruit of the poisonous tree doctrine*» o doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita, argumento utilizado por los defensores de la tesis de la nulidad del despido. Se hacen necesarias, pues, dos aclaraciones: ni el art. 11.1 LOPJ acoge la doctrina de los frutos del árbol envenenado,⁹ ni, como tendremos ocasión de ver, la expresión elegida

⁹ PICÓ I JUNOY aclara cuál es el origen de este precepto. Debemos partir de la doctrina fijada en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, que advertía que en aquel caso «la hipotética lesión de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución Española no podría imputarse — con carácter directo e inmediato— a las resoluciones judiciales, sino a los actos extraprocesales» [...] «el acto procesal podrá haber sido o no conforme a Derecho, pero no cabe considerarlo como atentatorio, de modo directo, de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución». Con la mención a «directa o indirectamente», el legislador ha pretendido recoger, de manera no muy afortunada, dice el profesor, la anterior doctrina constitucional. «Es ineficaz todo elemento probatorio para cuya obtención se haya infringido directamente un derecho fundamental (ejemplo, la inviolabilidad del domicilio o la integridad física o psíquica de las personas), así como también la ineficacia del medio de prueba a través del cual se intenta dar entrada en el proceso a dicho elemento probatorio, ya que ello supone indirectamente conculcar otros derechos fundamentales.»

por el legislador («no surtirán efecto»), implica que el despido tenga que calificarse necesariamente como improcedente.

b) Legislación procesal laboral

Descendiendo al orden jurisdiccional laboral, la admisibilidad de las TIC como medio de prueba la encontramos en la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, art. 90, que dispone en el apdo. primero: «Las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos».¹⁰

El apdo. 2 dispone que: «No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Esta cuestión podrá ser suscitada por cualquiera de las partes o de oficio por el tribunal en el momento de la proposición de la prueba, salvo que se pusiese de manifiesto durante la práctica de la prueba una vez admitida. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso,

PICÓ I JUNOY, J., «Prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil», en X. ABEL LLUCH y J. PICÓ I JUNOY (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Bosch Editor, Barcelona, 2006 (versión digital). Añadimos que justamente la STC 114/1984, de 29 de noviembre, tiene origen en un pleito laboral, donde se discutía sobre la validez en un proceso por despido disciplinario de una grabación hecha sin el consentimiento de un interlocutor.

¹⁰ Siendo la Ley de Enjuiciamiento Civil norma Supletoria, habrá que distinguir entre distintos medios de prueba electrónicos y sus reglas de valoración. Los documentos regulados en los arts. 382 a 384 de la LEC, si incorporan firma electrónica, tienen el mismo valor que una firma manuscrita, siempre que se basen en un certificado reconocido y haya sido producida por un dispositivo seguro. En cambio, las palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes, a los que se refiere el art. 90 de la LRJS, serán valoradas según la sana crítica (art. 382.3 LEC). Además, mientras en el caso de los documentos electrónicos se aplica el art. 94 de la LRJS, la reproducción de la palabra, imagen o sonido se realiza una vez que se han practicado el resto de las pruebas (art. 300 LEC). MUNÍN SÁNCHEZ, L. M., «Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba», en L. MELLA MÉNDEZ y P. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS (dirs.), *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: Estudios desde el Derecho Español y comparado*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 342.

se practicarán las diligencias que se puedan practicar en el acto sobre este concreto extremo, recurriendo a diligencias finales solamente cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada. Contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y en su caso de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore la misma, solo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, se dará traslado a las demás partes y se resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia».

Esta suerte de incidente sobre la ilicitud de la prueba es similar al que se prevé en el art. 287 LEC. Constituyen ambos un posicionamiento del legislador español por uno de los posibles sistemas de tratamiento procesal de la prueba ilícita. El sistema procesal debe decidir cuándo debe plantearse judicialmente la ilicitud de una prueba: si en el momento de la admisión, en su práctica o en el momento de dictar sentencia.

El mencionado debate, en el orden jurisdiccional penal, atendiendo a las fases propias del proceso penal, tiene una enorme enjundia. Se traduce en la discusión acerca de si la prueba ilícita debe debatirse ya en instrucción (en ese caso, el art. 11.1 LOPJ se convierte en una regla de exclusión probatoria, propia del sistema anglosajón) o bien en el momento de la valoración de la prueba (en ese caso, el art. 11.1 LOPJ se configura como una norma de valoración probatoria, lo que defiende la tesis germánica).¹¹

¹¹ Los sistemas que parecen haber acogido la primera de las alternativas son el sistema brasileño y el portugués (sin previsión normativa específica), y el italiano y el federal de Estados Unidos (con previsión normativa específica). Por el contrario, el belga, el francés y el alemán optan por un tratamiento de la ilicitud en el seno mismo del proceso. Armenta Deu, T., *La prueba ilícita. Un estudio comparado*, Marcial Pons, Madrid, 2011 (2.^a ed.), pp. 133 y ss. La solución dada en el sistema procesal penal español depende de cada tipo de procedimiento. Como expone la autora en las páginas 147 y siguientes, el procedimiento ordinario difiere en la resolución final del pronunciamiento sobre la ilicitud, el abreviado regula el repetido pronunciamiento en el mismo inicio del juicio, como cuestión previa, y el procedimiento ante el tribunal del jurado prescribe resolver sobre la exclusión probatoria entre las cuestiones previas y antes de constituir el tribunal del jurado.

Los argumentos a favor de una u otra concepción se sistematizan en PICÓ I JUNOY, J., «Problemas de denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal», en J. M. ROCA MARTÍNEZ (dir.), *El proceso penal en ebullición, II Memorial Profesor Serra Domínguez*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 177 y ss. El autor, tras exponer los principales argumentos de una y otra tesis, adopta una solución intermedia: si el juez instructor se percató de la ilicitud clara y precisa

Este esquema no puede trasladarse al proceso laboral (tampoco al civil), pero sí se plantea en ambos si la decisión sobre la ilicitud debe ser previa al juicio o no. A pesar de lo que tanto la LEC como la LRJS disponen, acerca de que «no se admitirán» las pruebas ilícitas, necesariamente deberá abrirse en el momento de la admisión ese incidente contradictorio del art. 90.2 LRJS y el art. 287 LEC.¹² Una vez admitida la prueba ilícita, puede «impugnarse» a través del incidente contradictorio que regulan esos dos preceptos. Ambos prevén que pueda discutirse en el momento de la proposición de la prueba (en el caso del procedimiento civil ordinario, ello tiene lugar en la audiencia previa), pero admite también el legislador que, en ocasiones, la ilicitud se plantea en el momento de la misma práctica, hasta después (el art. 90.2 LRJS asume que, excepcionalmente, habrá que acudir a las diligencias finales sobre este extremo). Dicho de otro modo, el valor superior de los derechos fundamentales debe conducir a la máxima sanción aplicable, la inadmisibilidad, aunque ese mismo valor obliga a controlar la apreciación de la ilicitud en cualquier momento procesal posterior.¹³ Ambas normas de procedimiento, la laboral y la civil, permiten una reproducción de la cuestión sobre la ilicitud en el recurso contra la sentencia, como no puede ser de otra forma.

Por último, en los casos en que el Juez advierta la ilicitud en el momento de dictar sentencia, deberá decidir si debe o no tomar en consideración la prueba ilícita para dictar sentencia o bien convocar el incidente contradictorio para que las partes puedan debatir sobre esa cuestión. Parece que lo más respetuoso con los derechos de las partes es la segunda opción.¹⁴

del elemento de la investigación, debería eliminarla: si existen dudas, debería evitar la exclusión para evitar frustrar una actividad probatoria válida.

¹² «[...] no es posible que el tribunal pueda soslayar el incidente de ilicitud e inadmitir de oficio y ablimine una prueba por ilícita, como puede hacer al inadmitir una prueba por impertinente o inútil». ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Bosch Editor, Barcelona, 2005, p. 359

¹³ Se propone entonces una solución ecléctica. Si la ilicitud aparece clara antes de la admisión de la prueba, el juzgador debe inadmitirla, sin perjuicio de la oportuna protesta. Si le ofrece dudas, no admitirla podría vulnerar el derecho fundamental a la prueba, por lo que deberá admitirla sin perjuicio de ulterior protesta. Y si en sentencia el juzgador decide la ilicitud de la prueba, se decidirá el litigio como si no la hubiese admitido, abriéndose en todo caso la posibilidad de recurso. LOUSADA AROCHENA F., «La prueba ilícita en el proceso laboral», *Revista Doctrinal Aranzadi social*, 11/2006, parte Estudio (versión digital).

¹⁴ PICÓ I JUNOY, J., «Prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil», en X. ABEL LLUCH y J. PICÓ I JUNOY (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, op. cit., (versión digital). Las

Siguiendo con el análisis de la LRJS, el apdo. 3 del art. 90 LRJS regula un supuesto de prueba anticipada, y el apdo. 4 y siguientes establecen mecanismos interesantes, justamente, para evitar la ilicitud de las pruebas de las que pretende valerse una parte en el proceso laboral.¹⁵ En el caso aquí analizado, el empresario, para acreditar la causa del despido. Si el sistema de autorización judicial de estas pruebas se aplica correctamente, no habría en el proceso prueba ilícita ni, por tanto, debate sobre la calificación que deba darse al despido, al menos, no por este motivo. En todo caso, la doctrina exige que se haga un uso proporcionado de esta facultad y siempre que no existan medios alternativos, ya que se dan ciertos sacrificios de derechos fundamentales, a pesar de la ponderación judicial de todos ellos.¹⁶

El art. 108 LRJS establece, al regular los contenidos propios de una sentencia por despido (apdo. 1), que el fallo de la sentencia deberá calificar el despido como procedente, improcedente o nulo. Y añade literalmente: «Será calificado como procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación. En caso contrario, o en el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el núm. 1 del art. 55 del Texto

razones son de distinto orden: el debido respeto al derecho a la prueba; para evitar las decisiones judiciales sorpresivas susceptibles de causar indefensión; en pro de la lectura garantista de las normas tendentes a permitir la máxima eficacia de los derechos fundamentales; y para una más justa resolución de la ilicitud probatoria.

15 La doctrina destaca los beneficios del establecimiento legal de este filtro judicial. De hecho, algún autor concluye que actualmente, para que puedan tener eficacia probatoria en el proceso laboral determinadas interceptaciones de comunicaciones del trabajador (por ejemplo, el correo electrónico o las comunicaciones telefónicas), «es necesario bien el conocimiento expreso del trabajador o bien una autorización e intervención judicial previa, pues es un supuesto amparado por el art. 18.3 de la CE». TOSCANI GIMÉNEZ, D., «La vulneración del derecho a la intimidad por delatores, detectives privados y medios tecnológicos», *Revista de Derecho Social*, 71, 2015, p. 76.

16 La Constitución reconoce el derecho a la prueba (art. 24.2 CE), pero puede entrar en colisión con otros derechos fundamentales, lo que hace necesaria la ponderación a través del juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrífico. Siempre con la puntual determinación de las condiciones de acceso y con las garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes o expertos. En definitiva corresponderá al juez decidir «siempre que no haya medios alternativos». CASTRO ARGÜELLES, M.^ª A., «Derechos fundamentales en el proceso laboral». Ponencia temática presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 29-30 de mayo de 2014. <http://academica-e.unavarra.es/xmlui/bitstream/handle/2454/10906/Maria_Antonia_Castro.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Último acceso: 29.02.2018, 22:00), p. 14.

Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, será calificado como improcedente». El apdo. 2 regula los contenidos de la sentencia que declara nulo el despido: «Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador». Este mismo precepto concreta determinados supuestos de nulidad del despido que tienen que ver con situaciones de embarazo, maternidad, de excedencia, ejercicio de los derechos de víctimas de violencia de género, etc. El apdo. 3 de este artículo dispone que «Si se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas del número anterior, el juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo».

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad del despido, el art. 113 LRJS prevé que si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir y la sentencia podrá ser ejecutada provisionalmente. Si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con el abono de los salarios de tramitación o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización.

Por último, el art. 55 ET, con relación a la forma y efectos del despido disciplinario, se pronuncia en idéntico sentido a la norma procesal laboral: «4. El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apdo. 1. 5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. 6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir».

c) Supletoriedad de la LEC

Para acabar con la descripción del régimen legal aplicable, por mor de la Disposición final cuarta LRJS, deberíamos aplicar supletoriamente la LEC, que incorpora en el art. 287 una norma sobre tratamiento procesal de la prueba ilícita al que antes hemos hecho referencia. En un sentido similar al art. 90.1 LRJS, se prevé: «1. Cuando alguna de las partes en-

tendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes [...] Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud. Se prevé un recurso de reposición oral que se resolverá el mismo día de la vista, sin perjuicio de reproducir la prueba ilícita en apelación contra la sentencia».

Por último, el art. 283.3 LEC, dispone: «Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley», lo que parece identificarse con aquella prueba que se ha intentado aportar infringiendo normas de procedimiento, pero sin vulneración de derechos fundamentales. Si la prueba en cuestión, además, hubiera violentado derechos constitucionales en su obtención, hablaríamos ya de prueba ilícita. Este art. 283.3 LEC recoge, en definitiva, un principio de admisión de pruebas: el juez solo puede admitir la prueba que sea pertinente y útil y siguiendo el procedimiento legalmente establecido para su aportación a los autos.¹⁷

IV. Las respuestas jurisprudenciales y su valoración

Partiendo de la anterior base legal, hay quien defiende que, ante la constatación de la ilicitud de la prueba digital, la causa del despido no queda acreditada y, por lo tanto, el despido es improcedente, como hay quien califica el despido como nulo por, justamente, provenir de una prueba viciada de nulidad. Debemos reconocer que son mayoría los seguidores

¹⁷ La aclaración, sumamente necesaria, se hace en PICÓ I JUNOY, J., «Prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil», en X. ABEL LLUCH y J. PICÓ I JUNOY (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, op. cit., (versión digital). Ejemplos de esta prueba «ilegal» del art. 283.3 son el interrogatorio del colitigante respecto del cual no exista en el proceso oposición o conflicto de intereses con el otro colitigante que solicita su interrogatorio (art. 301.1 LEC); el informe elaborado por profesionales de la investigación privada que no estén legalmente habilitados (art. 265.1.5. LEC); la aportación extemporánea de un documento o dictamen pericial de parte sin que exista una norma de cobertura que lo permita (arts. 269, 270 y 336 LEC).

de la primera de las tesis, aunque entendemos que hay motivos más que suficientes para defender la segunda.

a)) Parece imperar la tesis de la improcedencia

Ciertamente, parece que la mayoría de la jurisprudencia tiende a calificar el despido como improcedente. A modo de ejemplo, puede citarse la reciente STSJ Castilla-La Mancha (Albacete) de 12.01.2018 (rec. 1416/2017). En ella, se enjuicia un supuesto en el que la empresa despide a un vigilante de seguridad a partir de las grabaciones obtenidas por medio de la videocámara instalada en la caseta en la que prestaba sus servicios, sin advertencia previa de dicha instalación. Entiende la Sala que la prueba es ilícita, por no superar el juicio de proporcionalidad, basándose en la doctrina constitucional y en la reciente STEDH de 09.01.2018, caso López Ribalta y otras c. España. Llegada a esta conclusión, se plantea cuál sería la consecuencia jurídica: la nulidad del despido, en aplicación del art. 55.5 ET, o las derivadas de la aplicación de los arts. 11.1 LOPJ, 287 LEC y 90.1 LRJS (que, a su entender, son procedencia o improcedencia, según se acredite o no el incumplimiento laboral, eliminada la información obtenida a través de aquélla prueba).

Tras recordar la inexistencia de jurisprudencia en unificación de doctrina en la materia, reitera la jurisprudencia de la Sala, subrayando que la no admisión «[d]el medio de prueba contaminado», no conduce a que «la decisión extintiva, en sí mismo considerada, pretendiera la vulneración de un derecho fundamental o libertad pública del trabajador, que llevara aparejada la calificación de nulidad del mismo (art. 55.5 ET)».¹⁸ Al respec-

¹⁸ STSJ Castilla-La Mancha (Albacete) de 10.06.2014 (rec. 1162/2013), en la que se considera ilícita la prueba obtenida de un dispositivo de localización GPS instalado en el teléfono móvil cedido al trabajador para uso profesional y personal. En la misma línea, la STSJ Castilla-La Mancha (Albacete) de 28.11.2014 (rec. 1040/2014). También la STSJ Galicia de 06.11.2008 (rec. 4148/2008), en un caso de registro del ordenador sin advertencia previa sobre límites uso y posibilidad de control, que sostiene que «No cabe calificar el despido como nulo por cuanto la nulidad de la prueba obtenida por la empresa vulnerando los derechos fundamentales de la actora no conlleva la del acto extintivo. Debe distinguirse lo que es la nulidad de la prueba obtenida, de conformidad a lo dispuesto en el art. 90 de la LPL y en el art. 287 de la LEC, y por lo tanto en las normas adjetivas, de la nulidad del despido fundada en normas de derecho material, en este caso, el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores. En este último caso, es el propio acto extintivo el que vulnera derechos fundamentales, tal sucede en el caso de que un trabajador sea despedido por el contenido de sus expresiones proferidas (vulneración del derecho fundamental de la libertad de expresión) o en todos los supuestos de despidos discriminatorios (por razón de embarazo,

to, añade que «pensamos que la sanción de nulidad del despido tiene su fundamento en el móvil del empresario cuando el despido en sí mismo responde a una causa vulneradora de un derecho fundamental, de ahí la prescripción del art. 55.5 ET, pero no cuando la finalidad que mueve al empresario es comprobar un comportamiento del trabajador para obtener la prueba de la existencia de la causa alegada para justificar el despido, en cuyo caso, procede la nulidad de dicha prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, sin que tal nulidad pueda extenderse a la calificación del despido que podrá ser improcedente o incluso procedente, si una vez desechados los hechos acreditados mediante la prueba ilegal o ilegítima, aun resultan probados, mediante prueba hábil e idónea hechos que constituyen un incumplimiento grave y culpable del trabajador».

También pone el foco en la intención vulneradora de derechos fundamentales del acto extintivo la STSJ Madrid de 05.11.2008 (rec. 4747/2008): «[...] para que el despido sea nulo ha de producirse por una causa ajena al contrato de trabajo, directamente atentatoria contra un derecho fundamental y verdadero móvil de la decisión extintiva del empleador, absolutamente al margen de cualquier motivo disciplinario, pero en el presente caso, el despido se ha basado en unos hechos concretos que se imputan al trabajador como realizados en su puesto de trabajo y con ocasión de este y que, de haberse acreditado, podrían ser sancionables por el empresario, de constar el quebrantamiento que se les atribuye de la necesaria confianza que ha de presidir las relaciones laborales, centrándose el recurrente, para solicitar la declaración de la nulidad, no en la voluntad vulneradora de la empleadora al despedir, sino en la violación de sus derechos fundamentales en la obtención de la prueba de esos hechos imputados, supuesto bien distinto que afectaría, no al despido, sino a la actividad probatoria previa al mismo, de manera que la prueba obtenida con tal vulneración es ilícita y no puede tenerse en ningún caso en cuenta en el proceso, como tampoco aquellas que deriven de la inicial ilicitud,

por el ejercicio de la tutela judicial efectiva-garantía de indemnidad, etc.) en los que la verdadera razón del despido es la causa de la discriminación».

Con anterioridad, en un supuesto en el que la prueba se había obtenido tras registrar la mesa de trabajo del trabajador en su ausencia, vulnerando el derecho a la intimidad, ya se manifestaba a favor de la improcedencia, no siendo posible la nulidad del despido «por no ser lo que vulnera derechos fundamentales la decisión empresarial sancionadora, sino el ensamblaje indagatorio del que deriva la adopción de la misma» (STSJ de Castilla-La Mancha (Albacete) de 30.11.2001, rec. 533/1999)).

pero en ningún caso cabría aquí hablar de despido nulo sino improcedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores[...].¹⁹

Como había señalado la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 09.03.2001 (sent. 1050/2001), el despido «se basa en la conducta del trabajador y no en el móvil atentatorio a su derecho a la intimidad»; por ello, la ilicitud de la prueba no puede suponer la nulidad del despido, «salvo que se quiera trasladar la construcción de la doctrina del árbol envenenado, a este campo, lo que es inadecuado, pues no se juzga la ineficacia en un proceso penal».

Finalmente, en otras ocasiones el razonamiento es más superficial y se limita a concluir la improcedencia por no haber acreditado la causa del despido, al no haberse admitido la prueba que vulnera derechos fundamentales.²⁰

¹⁹ Doctrina seguida por las posteriores SSTSJ Madrid de 17-07-2009 (rec. 2831/2009, ECLI:ES:TSJM:2009:5464) y de 30.05.2011 (rec. 5990/2010, ECLI:ES:TSJM:2011:6385), en un caso de registro del ordenador sin información previa sobre los límites de uso y la posibilidad de control. Previamente, en STSJ de Madrid de 31.01.2002 (rec. 3568/2001), ya había manifestado que la calificación de nulidad «está reservada para cuando la decisión empresarial tenga como móvil la discriminación o se produzca con violación de derechos fundamentales o libertades públicas». En cambio, la prueba que vulnera derechos fundamentales implicaría no tener por probado lo acreditado a su través y, por lo tanto, ante la falta de prueba de lo aducido por la empresa, el despido debería ser declarado nulo.

²⁰ En este sentido, la STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 27.03.2017 (rec. 934/2016, ECLI:ES:TSJICAN:2017:893), conoce del despido de una trabajadora que sustrae medicamentos de la cooperativa farmacéutica para la que trabajaba. La empresa aporta como prueba una grabación con videocámara, realizada sin previo aviso, que es considerada ilícita. A pesar de que la actora no interesaba la declaración de nulidad, la Sala argumenta la calificación de improcedencia del despido en el hecho de que no siendo admisible la prueba practicada para intentar acreditar los hechos de la carta de despido, los hechos de tal carta no se pueden considerar acreditados[...]. La STSJ C. Valenciana de 21.03.2017 (rec. 3904/2016, ECLI:ES:TSJCV:2017:1889), resuelve un supuesto parecido: la decisión extintiva se basa en la información obtenida a través de las cámaras de video vigilancia de uso genérico instaladas en el establecimiento, sin que las personas trabajadoras ni sus representantes tuvieran conocimiento. Para la Sala, «es igualmente ajustado el razonamiento de la Sentencia de instancia que al considerar que no son válidas a efectos probatorios las grabaciones aportadas, y no aportando la empresa algún otro medio de prueba acreditativo de la comisión de los hechos imputados a la actora en la carta de despido, procede a declarar la improcedencia del mismo». En la misma línea que las anteriores, la SJSJ Madrid de 29.09.2014 (rec. 1993/2013, ECLI:ES:TSJM:2014:11669), en el que la instalación de un dispositivo GPS en el vehículo cedido para uso profesional que permite conocer su posicionamiento también fuera de jornada, sin previo conocimiento de la trabajadora, vulnera el derecho a la intimidad, siendo la prueba ilícita y el despido calificado como improcedente. También la STSJ País Vasco de 24.04.2007 (rec. 514/2007), concluye la improcedencia del despido, en un caso de acceso al ordenador del trabajador

b) La tesis de la nulidad es minoritaria

Pueden encontrarse también algunos pronunciamientos que defienden la calificación de nulidad del despido. Entre los más recientes, puede destacarse la STSJ Asturias de 22.01.2016 (rec. 2404/2015), en la que se considera que la videovigilancia llevada a cabo sin información previa no solo debe afectar al medio probatorio, sino también a la nulidad del despido. Sostiene el Tribunal que: «El incumplimiento por la empresa del deber informativo supuso una violación de los derechos fundamentales del demandante afectados por la medida intrusiva. Y aunque la recurrente quiere limitar la consecuencia de su infracción a la validez del medio de prueba obtenido con la grabación de imágenes realizada, la nulidad del despido constituye el efecto necesario y adecuado de la actuación empresarial. Conforme dispone el art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, el despido es nulo cuando tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador».²¹

Abundando sobre el efecto que deba tener la vulneración de derechos fundamentales, la doctrina sentada en STC 196/2004, de 15 de noviembre, ha venido siendo utilizada por algunos TSJ para sustentar su posición favorable a la declaración de nulidad del despido. En particular,

sin su previo conocimiento, ni estar presente la persona interesada ni los representantes de los trabajadores en el registro. Y ello, a pesar de fundarse en la previa STSJ País Vasco de 12.09.2006 (rec. 1270/2006) en la que, sin embargo, se califica como nulo. Afirma el Tribunal que: «[...] la prueba en cuestión es nula. Ello conlleva el fracaso del recurso de la empresa y la confirmación de la sentencia recurrida, por más que la misma lleve aparejada la calificación de improcedencia del despido y no su nulidad, decidida en el precedente mencionado».

²¹ Sigue esta doctrina la STSJ Andalucía (Málaga) de 05.04.2017 (rec. 277/2017), en un caso también de videovigilancia sin información previa al trabajador. En un caso de acceso a los contenidos del correo electrónico, que se entendió vulneraba el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, la misma Sala llegó a idéntica conclusión: «La decisión de sacar el contenido de los correos enviados por la recurrente del ámbito privado en que se habían producido y su utilización como causa de despido, al igual que su incorporación al presente proceso, vulnera frontalmente su derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, que protege a los comunicantes frente a cualquier forma de interceptación o captación del proceso de comunicación por terceros ajenos, sean públicos o privados, y con independencia de que el contenido del mensaje transmitido pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (STC 114/84, 70/02 y 123/08, entre otras), por lo que resulta forzoso declarar nulo el despido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 55-5 del ET» (STSJ Asturias de 30.11.2013 (rec. 230/2012, ECLI:ES:TSJAS:2012:4989).

la idea de que «la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo»²².

Así, la STSJ País Vasco de 12.09.2006 (rec. 1270/2006) declara la nulidad del despido fundamentado en pruebas atentatorias de derechos fundamentales, «siguiendo la doctrina sentada implícitamente en la sentencia de Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre (basada en la teoría del fruto podrido del árbol podrido)», sustentada en lo señalado por el antiguo art. 90 LPL y 11.1 LOPJ.

Posteriormente, en STSJ País Vasco de 10-05-2011 (rec. 644/2011, ECLI:ES:TSJPV:2011:5122),²³ se añaden argumentos adicionales a la conexión entre la única prueba que sustenta la decisión extintiva, vulneradora de derechos fundamentales y reputada como ilícita, y la calificación de nulidad del despido, como consecuencia lógica de lo establecido en los arts. 55.5 ET y 108.2 LPL. De un lado, señala que, «atendiendo a criterios gramaticales, finalistas y de interpretación conforme a la Constitución, en la citada previsión legal encuentran cobijo no solo los supuestos en que el cese se produce como consecuencia del ejercicio legítimo de un derecho fundamental, sino también aquellos otros en que los hechos que lo sustentan han sido conocidos por el empresario mediante métodos que conculcan los derechos fundamentales del afectado». La efectiva protección del derecho fundamental afectado solo puede conseguirse a través de la nulidad, reponiendo a la persona en su situación previa, recordando que, según señala la jurisprudencia constitucional, los derechos fundamentales no se protegen «en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos» (STC 247/2006, de 24 de julio).²⁴ De otro, por aplicación del art. 9.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, entiendo, se llegaría a la misma conclusión: la tutela judicial ante intromisiones

22 A pesar de compartir la solución de la TTC referida, algún autor pone de relieve que, en realidad, la lesión del derecho fundamental no había sido causada por el despido, sino por la obtención de la prueba. AGUILERA IZQUIERDO, R., «El ejercicio de las facultades de vigilancia y control por el empresario a través de agencias de detectives», *Revista española de Derecho del Trabajo*, 158, 2013, p. 135.

23 En la que se coloca un dispositivo de localización GPS en el vehículo del trabajador y se le controla mediante detective cuando está en una situación de IT.

24 La STSJ Cantabria de 19.07.2003 (rec. 909/2003), en un supuesto de vigilancia sistemática a través de controles médicos practicados en situación de IT, también insiste en la idea de la reparación integral ante la vulneración del derecho fundamental como elemento para concluir la declaración de nulidad del despido.

ilegítimas en la intimidad no solo comporta la adopción de las medidas necesarias para su cese, sino la reposición en la situación anterior.

La STSJ Catalunya de 09.03.2017 (rec. 39/2017),²⁵ también se apoya en la STC 196/2004 para sostener que es adecuada la conexión entre prueba ilícita (por vulneración de derechos fundamentales) y despido nulo realizada por el juzgador *a quo*, «por cuanto dicha prueba era el único fundamento del despido de la trabajadora, por lo que deben declararse nulas todas las consecuencias de aquella prueba, como si de la teoría del ‘fruto del árbol envenenado’ tantas veces aplicada en el ámbito penal se tratara y, así, del despido, al haberse producido ‘con vulneración de derechos fundamentales’».

Además, entre la doctrina judicial en ella referida, cita la STSJ País Vasco de 09.-04.2015 (rec. 445/2013) que, en un caso de utilización ilegítima de mecanismos videográficos de control, anuda a esta conclusión la nulidad del despido, así como la STS de 13.05.2014 (RCUD 1685/2013), que confirmó aquella. Para el TS, la utilización ilegítima del medio de control, que tuvo como consecuencia la vulneración del derecho fundamental al control de datos personales de la trabajadora, suponía la nulidad del despido.²⁶ Debe llamarse la atención sobre el hecho de que el TS no entra de lleno en el debate improcedencia-nulidad; de hecho, la recurrente alegaba como infringido no solo el art. 18 CE, sino también los arts. 90 LRJS y 55 ET, invocando la improcedencia del despido. El TS

25 Se trata también de un supuesto de vulneración del derecho a la intimidad por el uso de cámaras de videovigilancia sin informar previamente sobre la finalidad de los datos obtenidos, en el que la ineficacia de la prueba supone la nulidad del despido.

26 La conexión entre vulneración de derechos fundamentales en la obtención de información utilizada para despedir, y la posterior declaración de nulidad de esta decisión, parece clara desde el primer momento en el que el Tribunal plantea la cuestión debatida, que no es otra que la de «determinar si existe una vulneración empresarial de los derechos fundamentales del art. 18.4 CE (derecho a la protección de datos de carácter personal) provocada por la utilización de cámaras de videovigilancia para sancionar a una trabajadora por el alegado incumplimiento de sus obligaciones laborales; vulneración que, en su caso, resultaría de la utilización no consentida ni previamente informada de las grabaciones de imagen para un fin, desconocido por la trabajadora afectada y distinto del expresamente señalado por la empresa al instalar el sistema con carácter permanente, de control de su actividad laboral; y con la consecuencia, conforme a la jurisprudencia constitucional y ordinaria, que de haberse producido tal vulneración y acordado la medida disciplinaria impugnada con base en una lesión del art. 18.4 CE, el despido debería calificarse necesariamente como nulo (entre otras, SSTC 88/1985 de 19 de julio, 134/1994 de 9 de mayo, 29/2013 de 11 de febrero)».

inadmite esta pretensión, pues se trata de una cuestión nueva que no se planteó en suplicación y, además, no se aportó sentencia de contraste.²⁷

Finalmente, en algunos casos, como se acaba de ver, la conexión entre medios de prueba ilícitos por atentar contra los derechos fundamentales y la nulidad del despido se presenta como conclusión natural de la aplicación del art. 55.5 ET.²⁸

V. La regla de la exclusión (los frutos del árbol envenenado) no puede ser el fundamento de la nulidad del despido

Compartimos este último posicionamiento que defiende la calificación como nulo del despido que se hubiere pretendido justificar con una prueba digital ilícita, pero no podemos compartir el recurso a argumentos que, en nuestra opinión, no son del todo precisos. Nos referimos a que la tesis de la nulidad del despido parte de una aplicación de la regla de la exclusión o «frutos del árbol envenenado». El argumento utilizado es el siguiente: la prueba es ilícita por vulneradora de derechos fundamentales y esa nulidad irradia o contagia también a la nulidad del despido.

Sin embargo, la regla de la exclusión, que durante un tiempo se vino aplicando de forma generosa por los tribunales por parecer más garantista, sufre en la actualidad un movimiento pendular. Lo frecuente ahora en la doctrina es el establecimiento de límites o excepciones a los efectos reflejos de la nulidad, como la tesis de la fuente independiente (hallaz-

²⁷ Es interesante las consideraciones que realiza, obiter dicta, sobre los instrumentos de que dispone la LRJS para la obtención de pruebas sin menoscabo de los derechos fundamentales de la persona trabajadora: «Debemos en este punto hacer referencia a las posibilidades de intervención judicial a instancia de cualquiera de las partes que se contemplan en la LRJS [...] en orden a evitar posibles vulneraciones de derechos fundamentales, tanto en la fase de actos preparatorios y diligencias preliminares [...] [art. 76.4 LRJS en conexión con el art. 90, apdo.s 4 a 6] [...] como en la fase del juicio, incluso como prueba anticipada [...] [art. 90.4, 6 y 7]».

²⁸ Como en la STSJ de Galicia de 30.11.2001 (rec. 5319/2001), en un caso de video vigilancia. O en la STSJ Comunidad Valenciana de 19.07.2005 (rec. 1343/2005), que enjuiciaba el despido basado en los datos obtenidos de la utilización de un programa espía para acceder a los contenidos del correo electrónico, en la que, además, no se había solicitado en el suplico tal declaración de nulidad: «Ciertamente esta calificación no se ajusta a lo solicitado en el suplico del escrito del recurso, en el que tan solo se pide la declaración de improcedencia, pero como ha señalado la jurisprudencia de forma reiterada, pudiendo citarse por todas las reciente STS de 23-3-2005 (recurso 25/2004), la calificación del despido corresponde al órgano judicial que no queda vinculado con la petición de la parte».

go casual o descubrimiento inevitable), o la teoría de la conexión de antijuridicidad,²⁹ con todos los riesgos para la seguridad jurídica que esas excepciones provocan, fundamentalmente la segunda.

En todo caso, independientemente de los correctivos que la tesis de los «frutos del árbol envenenado» está sufriendo, debe interpretarse correctamente. En primer lugar, es una doctrina que se aplica en el proceso penal y su traslado a otros órdenes jurisdiccionales puede no resultar satisfactorio. En segundo lugar, esta tesis refiere a la conexión que existe entre distintas pruebas (una de origen ilícito), de suerte que no puede tenerse en cuenta ninguna de ellas en la valoración y decisión judicial. Pero no hace referencia a la relación existente entre la prueba ilícita y la calificación judicial del despido.

Además, lo que en puridad significa la regla de la exclusión es que la prueba no puede tenerse en cuenta, se le niega valor probatorio y, por ende, la posibilidad de que la sentencia final se fundamente en aquella. Ello nos conduce más a la calificación de improcedencia que a la nulidad (la prueba del despido no queda acreditada, pero nada más, pues el juez no puede valorar la prueba).

En efecto, el análisis de las consecuencias para la calificación del despido de la ilicitud de la prueba puede hacerse aplicando al proceso por despido el derecho a la presunción de inocencia propia del ámbito penal.³⁰ Pero la tesis de «los frutos del árbol envenenado» en combinación con la presunción de inocencia, acaba llevando a algunos autores justamente a

²⁹ Una explicación sumamente clarificadora del movimiento pendular y de las tesis que limitan la teoría de «los frutos del árbol envenenado» en ARMENTA DEU T., *La prueba ilícita. Un estudio comparado*, op. cit., pp. 121 y ss. La doctrina de la fuente independiente enerva la aplicación de los efectos indirectos de la ilicitud de la doctrina de los frutos del árbol si no hay vinculación directa entre la práctica de una diligencia de instrucción ilícita y la diligencia posterior. Variantes de esta doctrina son otras dos excepciones: «el descubrimiento inevitable» y «el hallazgo casual». La teoría de conexión de antijuridicidad exige para el reconocimiento de eficacia refleja, no solo la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita, sino además la existencia de una «conexión de antijuridicidad», lo que dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, del resultado y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud. También sobre las excepciones a los efectos de nulidad de la prueba ilícita, véase COSTA TORNÉ, M.^a C., «La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y sus excepciones», *Revista de Derecho Uned*, 11, 2012, pp. 137-161. No escapan a los autores los riesgos de este tipo de correctivos. Sobre el riesgo de inseguridad jurídica de la tesis de la conexión de antijuridicidad, y sobre su inspiración teleológica, ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita. Un estudio comparado*, op. cit., p. 126.

³⁰ BAVIERA PUIG, I., «Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 12, 2008, parte estudio (versión digital).

la calificación de improcedencia. El hilo argumental es el siguiente: el derecho a la presunción de inocencia exige una mínima actividad probatoria, con las adecuadas garantías procesales y de cargo contra el imputado. Trasladado al ámbito laboral, aunque no existe en el proceso laboral propiamente un derecho constitucional a la presunción de inocencia del trabajador,³¹ sí existe una especie de presunción de inocencia de legalidad ordinaria: a falta de una mínima actividad probatoria con todas las garantías, el despido queda huérfano de causa y, por tanto, la calificación correcta es la de improcedencia, tanto si se acepta la contaminación entre las pruebas como si no. Todo ello nos conduce a la improcedencia.

En otro orden de cosas, conviene advertir que el sistema germánico de tratamiento de la prueba ilícita en el ámbito penal —que postula una denuncia y un análisis de la ilicitud de la prueba ya en el juicio y en conjunto con las otras pruebas cuya ilicitud no se pone en duda y que permite el contradictorio de las partes—, es más acorde con la tesis de la nulidad. Entender el art. 11 LOPJ como una regla de valoración probatoria y no como una norma de exclusión³² «facilita» la calificación como nulo del despido.

El fundamento de la nulidad del despido con origen en una prueba ilícita debemos buscarlo en otras bases: en la propia norma laboral que distingue entre despido improcedente y despido nulo, en la función garantista de los derechos fundamentales que los tribunales ordinarios están llamados a desempeñar y en las reglas sobre el tratamiento procesal de la prueba ilícita. A ello dedicaremos el último apartado de este trabajo.

³¹ La jurisprudencia constitucional revisó esta tendencia de aplicación del principio de presunción de inocencia a los despidos disciplinarios (STC 81/1988, de 28 de abril), y determinó finalmente que solo podía aplicarse al proceso penal y al procedimiento administrativo sancionador (STC 30/1992, de 18 de marzo), con tres argumentos: el despido es sino una resolución contractual, por lo que no es de aplicación el derecho penal público; los Tribunales llevan a cabo una consideración sobre un incumplimiento contractual o falta laboral, pero no sobre la culpabilidad o inocencia del trabajador; y el procedimiento laboral se rige por el principio dispositivo, donde no se ejerce el ius puniendi del Estado. BAVIERA PUIG, I., «Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, op. cit. (versión digital).

³² De hecho, los procesalistas indican que para explicar este art. 11.1 LOPJ «es totalmente innecesario acudir a figuras extrañas, como la de la fruit of the poisonous tree doctrine, y crear nuevas teorías, como la de la 'conexión de antijuricidad', para limitar su posterior eficacia». Basta con aplicar las propias reglas de la nulidad procesal (arts. 243 LOPJ y 230 LEC). PICÓ I JUNOY, j., «Prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil», en X. ABEL LLUCH y J. PICÓ I JUNOY (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, op. cit., (versión digital).

VI. La constatación de la ilicitud de la prueba no puede suponer otra cosa sino la nulidad

a) Posicionamientos anteriores

En varias ocasiones a lo largo de estas páginas hemos adelantado cuál es nuestro posicionamiento en el tema planteado. En otros foros, se postuló la tesis de la nulidad. Concretamente, se advirtió que, entre la obtención ilícita de medios de prueba por parte del empresario y los derechos fundamentales del trabajador, especialmente en las TIC, «existe un íntimo vínculo».³³ En un caso de monitorizaciones ilícitas que sirvieron de base para despedir al trabajador, se defendía que si no se les concede valor probatorio, al encontrarnos ante un supuesto de no probanza del incumplimiento alegado, supondría la declaración de improcedencia del despido. Pero se dijo que el argumento es engañoso y la doctrina de la improcedencia es un precedente peligroso. Lo es porque pasa por alto el motivo que provoca la ilicitud. Justamente el art. 11 LOPJ y su dicción literal obliga a no disociar la forma como se obtiene la prueba, y por consiguiente la calificación de esta, de la calificación del despido. Se dijo en aquella ocasión que «En tanto que la prueba se instrumenta a la consecución de un fin específico, cual es la acreditación de una justa causa para despedir, la vulneración de derechos y libertades fundamentales en la obtención de la misma, que implica su ilicitud, debe viciar de nulidad, igualmente, el instituto jurídico al que se vinculaba».³⁴

Se ha defendido la «profunda interrelación» entre prueba ilícita y declaración de nulidad del despido, pues aquella es la que motiva la decisión extintiva, resultando lo contrario «una incongruencia». Entre otros argumentos, se insiste en que «no es posible que el valor y el reconocimiento de estos derechos quede subordinado a las reglas de calificación simple del despido sin causa, ya que ello supondría el incumplimiento del mandato del art. 53 CE, en la medida en que no se estarían integrando todas las garantías procesales propias, ni las reacciones judiciales típicas de la modalidad especial de tutela, entre ellas el restablecimiento al perjudicado en la integridad de su derecho vulnerado. La

³³ COLÁS-NEILA, E., «Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales», *Aranzadi Social*, 5, 2002, p. 44.

³⁴ COLÁS-NEILA, E., «Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales», *Aranzadi Social*, 5, op. cit., p. 45.

declaración de invalidez de la prueba no puede quedar en un borrar la prueba dejando el efecto».³⁵

Sin embargo, esta no es la tesis seguida por la mayor parte de la doctrina laboralista. Los defensores de la tesis, mayoritaria, de la improcedencia señalan que «no existe conexión legislativa entre la ilicitud de la prueba y la calificación del despido disciplinario, pues en este caso se refiere a la ilicitud en la obtención de la fuente de la prueba y en el otro, al móvil del despido». La nulidad queda reservada únicamente cuando el propio móvil del despido es el que viola derechos fundamentales y no es el caso.³⁶ Como veremos, la génesis del art. 55.5 ET (despido radicalmente nulo) refuta este argumento.

Existe otro sector doctrinal que, cuanto menos, admite que habrá que estudiar cada supuesto concreto y no existe una solución general. Hay autores que establecen como regla general la invalidez de la prueba y por ello la improcedencia del despido, pero en aquellos casos en los que el fin específico de la obtención de la prueba fuera el despido, sí se debe asociar la vulneración del derecho fundamental al despido y, por tanto, declararlo nulo.³⁷

Siendo conscientes de cuál es el criterio imperante, defendemos que existen motivos de diversa índole que permiten, tras un análisis detallado de la cuestión, incluyendo una visión procesal, confirmar los posicionamientos anteriores, con más convencimiento si cabe.

b) La falta de solución legal en las normas sobre prueba debe suplirse con las normas reguladoras de la declaración judicial del despido

Hemos constatado que ni la LOPJ, ni la LRJS ni el ET, ni la LEC, que es supletoria, resuelve el interrogante planteado. Y entendemos que no lo

³⁵ GOÑI SEIN, J. L., *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 237-238.

³⁶ GIL PLANA, J., *La prueba en el proceso laboral*, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 219. Incide en la inexistencia de nexo legislativo entre la falta de prueba y la nulidad de un despido Sempere Navarro A. y SAN MARTÍN MAZZUCONI C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Thomson-Aranzadi, 2002, p. 57.

³⁷ El fundamento de estas teorías se encuentra en la propia doctrina constitucional. TODO-LÍ SIGNES A., «El registro informático como base para el despido. Cuestiones fundamentales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 25, 2011 parte Doctrina (versión digital).

solventan directamente porque aplicando reglas generales está ya solventado.

Las normas que regulan las diferentes calificaciones que pueden otorgarse al despido (procedente, improcedente, nulo), han arbitrado ya las respuestas que debe dar el Tribunal en la sentencia que constata la vulneración de derechos fundamentales del trabajador. No son las normas sobre prueba las que deben regular la calificación del despido una vez constatada la ilicitud de la prueba que acreditaba la causa, sino las normas que regulan los contenidos posibles de la sentencia laboral por despido. Y ya lo hace el legislador en el art. 55.5 ET y en el art. 108.2 LRJS, cuando dice que «Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador».³⁸

Tan vulnerador de derechos fundamentales es que el empresario despida por ser mujer, por haber ejercido el derecho a la libertad de expresión o el derecho de libertad sindical (el despido tiene por móvil una causa de discriminación), como que se haya producido vulnerando la intimidad o el secreto de las comunicaciones, aunque no fuera este el móvil del despido (segunda acepción, el despido se produce con violación de derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador).³⁹

No podemos olvidar que la terminación del contrato de trabajo es «uno de los momentos de la vida del contrato que presentan mayor desigualdad en las posiciones de empresario y trabajador». ⁴⁰ Para esas desigualdades, el legislador laboral ha arbitrado soluciones en forma de correctivos.

Desde un punto de vista procesal, el enjuiciamiento en el orden laboral no puede separarse de la realidad sobre la que se proyecta. Se sos-

³⁸ Sobre el origen de la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional (véase, por ejemplo, la construcción del despido nulo radical elaborado en la STC 38/1981, de 23 de noviembre), hasta su inclusión en el ET y la LPL en los noventa, véase BAVIERA PUIG, I., «Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas», op. cit (versión digital).

³⁹ PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales. Un estudio especial de la presunción de inocencia*, Trotta, Madrid, 1992, p. 149, entiende que la ilicitud de la tesis según la cual la prueba del despido acarrea la nulidad de este, se basa no en el móvil vulnerador de derechos fundamentales sino en el uso de medios vulneradores de esos derechos.

⁴⁰ LÓPEZ LÓPEZ, J., *La extinción del contrato como última ratio: los mecanismos de protección del contrato de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2015, p. 24.

tiene, en general y no solo para el enjuiciamiento laboral, que cuando el procedimiento está reglado por el derecho, se convierte en proceso jurídico, pero a su vez «el proceso es algo vivo en la realidad, y como tal sujeto a condicionamientos que moldean su juridicidad adaptándola a la situación concreta en que se desenvuelve. Es más, a veces, las condiciones sociológicas priman sobre las demás y modifican incluso la recta aplicación del proceso en su juridicidad».⁴¹

Por ello, «La configuración e interpretación extintiva no pueda obviar la garantía institucional que le exige causalidad, procedimiento y efectos identificables como tales por la conciencia social dentro de un modelo de Estado social y democrático de derecho previsto en el art. 1.1 del texto constitucional».⁴²

c) La existencia de un incidente contradictorio sobre la ilicitud permite el debate sobre la nulidad del despido

Las normas procesales que regulan el tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso laboral y las supletorias, que hemos tenido ocasión de analizar *supra*, son perfectamente compatibles con lo que venimos defendiendo. Es más, recomiendan esa conclusión.

Si la LRJS prevé en el art. 90 (también la LEC, art. 287) un incidente contradictorio para decidir sobre la ilicitud de una prueba en fase de juicio y no solo de forma previa, en el momento de la admisión, es porque la ilicitud debe ser resuelta en sentencia y deben extraerse todas las consecuencias de esa ilicitud, también la calificación del despido en coherencia con la prueba practicada sobre la vulneración de derechos fundamentales. El incidente contradictorio sobre la ilicitud de la prueba permitirá al empresario defenderse de esa pretendida calificación con todas las armas jurídicas y probatorias que el ordenamiento pone a su alcance. El sistema germánico, se ha dicho antes, propicia la extracción de efectos de la ilicitud probatoria a la nulidad del despido.

⁴¹ RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1978, p. 41.

⁴² LÓPEZ LÓPEZ, J., *La extinción del contrato como última ratio: los mecanismos de protección del contrato de trabajo*, op. cit., p. 39.

d) El juez laboral como garante activo de los derechos fundamentales

Además, el legislador procesal laboral permite que el juez declare de oficio la nulidad del despido siempre que el móvil discriminatorio haya quedado acreditado, independientemente de cuál haya sido la forma del mismo (art. 108.3, LRJS, después de regular formas concretas de discriminación contra mujeres, por razón de maternidad o paternidad, contra víctimas de violencia de género). La apuesta del legislador porque el juez social tome parte activa en la calificación del despido es clara. Y debe serlo también cuando quede acreditado, tras el suficiente debate, que los derechos del trabajador han sido atropellados en la obtención de la fuente de prueba de la causa del despido.

De no hacerlo así, la decisión tomada por el legislador de calificar como nulos determinados despidos (aquellos en los que se vulneraron derechos fundamentales o los que tuvieron un móvil discriminatorio) no sería aplicada al caso concreto y no se crearía derecho en tal sentido.⁴³ La voluntad del legislador habría quedado en un mero desiderátum sin eficacia real en la decisión del supuesto particular.

Los tribunales ordinarios son los garantes primeros de la CE, y deben serlo a todos los efectos. Parte de la doctrina, además, argumenta que si una sentencia estimatoria del amparo constitucional incluye el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad, la sentencia «estimatoria del amparo ordinario» debe correr la misma suerte. De lo contrario, se llegaría al absurdo de que, estimada la demanda de amparo ordinario, la sentencia sería a su vez susceptible de amparo constitucional. La plena reparación de la víctima —en nuestro caso, el trabajador— obligaría a readmitir al trabajador con los salarios dejados de percibir, esto es, a las consecuencias de un despido nulo.⁴⁴

A nuestro entender, los órganos judiciales no pueden limitarse a no hacer (no tener por aportada una prueba ilícita), sino que deben hacer

43 Hace tiempo que se ha superado el esquema simple del silogismo judicial, según el cual la ley positiva es la premisa mayor y los hechos alegados por las partes la premisa menor, de modo que el juez se limitaría a extraer una conclusión con una mera actividad de deducción. En la actividad de enjuiciamiento, defiende a doctrina procesalista, se usan juicios lógicos, históricos y de valor, sobre todo los últimos. La norma jurídica «sufrir un proceso de concreción por obra de la actividad jurisdiccional, que es el que conduce al derecho que buscan las partes». RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, op cit., p. 240.

44 LOUSADA AROCHENA F., *La prueba ilícita en el proceso laboral...*, op cit. (versión digital).

(declarar la nulidad del despido). Si, constatada una vulneración de derechos fundamentales, no los amparan suficientemente, no sancionan su infracción con los mecanismos ya arbitrados por el legislador laboral, se convierten en corresponsables de la perpetuación de la vulneración de los derechos fundamentales.⁴⁵

La doctrina iuslaboralista reivindicaba hace casi treinta años, la vigencia del principio *pro operario*, defendiendo su positivización en la cláusula del Estado social de nuestra Constitución.⁴⁶ En la actualidad, si cabe, es aún más necesaria su defensa y constituye un argumento más, si se quiere, para una lectura de la norma en clave constitucional, en este caso la que regula la ilicitud de la prueba en el proceso laboral.

e) Perfecto encaje de esta tesis en el art. 11.1 LOPJ

En general, las consecuencias de la nulidad de toda prueba ilícita son, en primer lugar, la imposibilidad de subsanación, pues la ilicitud es total y plena y no se puede utilizar en nada para acreditar el hecho controvertido. Además, no puede convalidarse ni explícita ni implícitamente, dando en el primer caso la posibilidad al perjudicado de defenderse y contradecir su contenido, o considerando que la ausencia de denuncia equivale a su convalidación.⁴⁷

El art. 11.1 LOPJ supone la imposibilidad de valoración de la prueba ilícita para la configuración fáctica de la sentencia. El resultado probatorio conseguido con la prueba ilícita no podrá tenerse en cuenta. Su recepción procesal implicaría una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE), y una confirmación de la desigualdad (art. 14 CE), al

45 De no optar por la nulidad sino por la improcedencia, no se estaría prestando adecuado amparo judicial al trabajador. GOÑI SEIN, J. L., *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, op. cit., p. 238.

46 ALARCÓN CARACUEL, M. R: «La vigencia del principio «pro operario»», en A. MONTOLYA MELGAR, A. MARTÍN VALVERDE y F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ (coords.), *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, p. 873.

47 PICÓ I JUNOY, J., «Prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil», en X. ABELLUCH y J. PICÓ I JUNOY (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, op. cit., (versión digital). El autor relaciona la imposibilidad de subsanación con el carácter de ius cogens de las normas que regulan la ilicitud de las pruebas, cuya infracción debe apreciarse de oficio.

haber usado una de las partes instrumentos probatorios que desprecian derechos fundamentales del otro.⁴⁸

La doctrina mayoritaria a la que se ha hecho referencia con anterioridad ha interpretado la alusión del art. 11 LOPJ a que la prueba «no surtirá efectos», en el sentido de que debería implicar que no se puede tener en cuenta para fundamentar la decisión judicial. Si esto es así, dicen los defensores de la tesis de la improcedencia, no se debería tener en cuenta a ningún efecto: ni para acreditar la justa causa del despido ni tampoco para su calificación judicial.

Pero, se ha dicho ya, el legislador laboral no se limita a una opción binaria en cuanto a las posibles calificaciones judiciales del despido, lícito e ilícito. Respecto a esta segunda posibilidad, va más allá y distingue dos escenarios a los que asocia diferentes consecuencias legales. De la imposible valoración de la prueba ilícita a que daría lugar la regla de la exclusión, pasamos a la necesidad de valoración de la solicitud en la sentencia que califica el despido.

La exigencia de no tener en cuenta el resultado probatorio de la prueba ilícita en el relato fáctico de la sentencia, so pena de caer en una nueva vulneración de derechos fundamentales por parte del juez, no excluye que ese mismo juez laboral deba extraer todas las conclusiones de la constatación de la infracción al derecho constitucional del trabajador. La prueba ilícita no se puede tener en cuenta para acreditar el hecho controvertido consistente en la causa del despido. Pero sí puede tenerse en cuenta para acreditar el hecho controvertido de la vulneración o no por el empresario la infracción de derechos del trabajador.

VII. Tres clases de irregularidad de la prueba de los hechos en que se fundamenta el despido

Se nos antojan tres situaciones posibles o tres formas posibles de irregularidad de la prueba del despido. Cada una de ellas tiene anudada una consecuencia jurídica distinta en cuanto a su valoración, así como en la calificación del despido:

Prueba ilegal, en el sentido de prueba que no ha seguido el procedimiento legalmente establecido para su incorporación, pero que no vul-

48 Así se dispone en la STC 114/1984, de 29 de noviembre.

nera derechos fundamentales. Es la prueba del art. 283.3 LEC a la que antes nos hemos referido. Esa prueba podría incluso valorarse y el juez podría tomar en consideración sus resultados probatorios en la sentencia, con independencia de las responsabilidades profesionales o disciplinarias que debieran dilucidarse.⁴⁹

Prueba ilícita, por vulneración de los derechos fundamentales del trabajador en el seno del procedimiento, vulneración no causada por el empresario, sino por el órgano judicial. En ese caso, entendemos que estamos ante una nulidad procesal del acto de prueba⁵⁰ por infracción normativa que, además, ha tenido consecuencias en los derechos procesales de las partes. La solución deberá ser entonces la eliminación de efectos de esa prueba, con carácter retroactivo si fuere necesario.⁵¹

Por último, prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales del trabajador, vulneración causada por el empresario en la búsqueda de pruebas acreditativas de las causas del despido. En este caso, no se tiene obviamente en cuenta el resultado probatorio de la prueba ilícita para acreditar la causa del despido, pero debe tenerse en cuenta necesariamente la ilicitud a los efectos de la calificación del despido. La mayoría de casos de ilicitud de la prueba digital se incluyen en este tercer grupo y, por ello, en la mayoría de ellos, entendemos, debe calificarse como nulo el despido.

49 El derecho a la prueba es un derecho fundamental y también lo es el interés del Estado de ofrecer una tutela judicial efectiva, por lo que el órgano jurisdiccional puede apreciar y valorar esta prueba ilegal. PICÓ I JUNYOY, J., «Prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil», en X. ABEL LLUCH y J. PICÓ I JUNYOY (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, op. cit., (versión digital).

50 La nulidad procesal es hoy una técnica de impugnación establecida por el legislador procesal en aras al restablecimiento de las garantías constitucionales. La nulidad o validez dependen de qué consecuencias haya tenido para las garantías procesales la infracción de las normas procesales. YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas. La urgencia de un replanteamiento*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 430. Si la prueba es solo ilegal pero no ilícita, no estaríamos en este segundo nivel de análisis.

51 Planteada en sede de recurso la ilicitud de la prueba, las alternativas serían las siguientes. En caso de que se confirme lo que ha decidido el tribunal de instancia sobre la licitud de la prueba, la valoración probatoria se queda como está. Si se estima, las opciones dependen del sentido de la inicial declaración: si se declaró ilícita la prueba, se anula la sentencia y se retrotraerán las actuaciones al acto del juicio para su práctica y valoración por las partes y, después, por el juzgador. Si se admitió indebidamente la prueba ilícita, se anulará la sentencia y el juez deberá dictar otra sin considerar la prueba que el tribunal de apelación ha considerado ilícita, «como si no hubiese sido traída al pleito». MUNÍN SÁNCHEZ, L. M., Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba, en *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar...*, op. cit., p. 341.

En este último grupo de casos debe hacerse una última distinción, según si la prueba que pretende acreditar la causa del despido coexiste con otras que no han sido calificadas de ilícitas. Coincidimos con parte de la doctrina en que en estos casos el despido no debe calificarse como nulo, al existir otros datos fácticos una vez eliminada la prueba ilícita que permiten concluir la factibilidad de una sanción disciplinaria, justificativos o no de un despido disciplinario.⁵² Los partidarios de la nulidad se plantean si, en estos supuestos (solo en estos), lo adecuado es la improcedencia y no la nulidad.⁵³

⁵² LOUSADA AROCHENA, F., *La prueba ilícita en el proceso laboral...*, op. cit. (versión digital). El autor defiende un estudio pormenorizado del caso. La nulidad del despido disciplinario, sostiene, no es una consecuencia inexorablemente anudada a la ilicitud de la prueba. Propone realizar un juicio de relevancia, y solo procedería la nulidad del despido si, «poniendo la prueba ilícita entre paréntesis, se aprecie una absoluta ausencia de datos fácticos que razonablemente nos permita concluir que, si la prueba ilícita no hubiera existido, el empresario no hubiera despedido».

⁵³ Por ejemplo, GOÑI SEIN, J. L., *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, op. cit., p. 238, quien en los casos en los que, junto a la prueba (videográfica) ilícita, coexisten otras, muestra sus dudas sobre si procede la calificación de nulidad.

Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral*

MARGARITA ROSA FONS CARBONELL

1. Introducción

Estamos asistiendo desde hace décadas a la irrupción y generalización del uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) en nuestras vidas personales, propias de la evolución de esta nueva época digital que estamos viviendo. Todo ello hace que proliferen el uso de determinados sistemas de comunicación electrónica (correo electrónico, SMS, aplicaciones de mensajería instantánea, etc.), y además, el uso, tal vez un tanto descontrolado, de las redes sociales, relativamente recientes y que no solo aportan inmediatez de la comunicación, sino socialización de la información y la participación de un colectivo fraternal digital, cuya transmisión de opiniones y contenido las convierte en un potente instrumento social.

Según el Estudio Anual de Redes Sociales de 2017 en España, elaborado por Elogia para IAB, el 86 % de los internautas entre 16 y 65 años utilizan redes sociales, lo que representa más de 19 millones de usuarios en nuestro país.

En enero de 2018, en el mundo existen 3.196 millones de usuarios activos en las redes sociales, es decir, un 42 % de la población mundial encuentran en estas plataformas la interacción con el mundo, de ellos, 2.958 millones acceden a las redes sociales por medio de sus dispositi-

*Comunicación realizada a la Ponencia «La utilización de las nuevas tecnologías y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso laboral».

Ponente: Dña. Ana Salas Velasco.

XXIX Jornades Catalanes de Dret Laboral. 8 y 9 de marzo de 2018

vos móviles, un 39 % de la población mundial,¹ que, entre sitios como Facebook, Twitter, YouTube y otros, alcanzan una cifra que se va acercando poco a poco a la mitad de los habitantes de la Tierra y no puede dejar de resultar imponente.

A diferencia del resto de Europa, en España la red social con mayor número de usuarios es WhatsApp, seguida de YouTube, mientras que Facebook ocupa el tercer lugar.²

Como consecuencia de ello, todo lo manifestado en dichas redes sociales, y siempre que guarde relación directa o indirecta con la prestación de servicios, podrá ser usado por las partes de la relación laboral a los efectos de controlar las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, y posibles vulneraciones de los derechos y principios derivados de la misma, siempre respetando los derechos constitucionalmente reconocidos.

En el proceso laboral cada vez es más frecuente la aportación de pruebas de origen digital con la finalidad de acreditar determinados hechos imputados al trabajador, normalmente generadores de sanciones disciplinarias. Y lo cierto es que nuestras normas procesales no se ven actualizadas al ritmo, ni de lejos, al que esas TIC van implantándose en la sociedad.

Así, toda información de valor probatorio contenida en un medio electrónico o transmitida por dicho medio constituirá prueba digital o electrónica. En esta definición cabe destacar los siguientes elementos: 1. Se refiere a cualquier clase de información; 2. Que ha de ser producida, almacenada o transmitida por medios electrónicos, y 3. Que pueda tener efectos para acreditar hechos en el proceso abierto en cualquier orden jurisdiccional. Diferenciándose así, en primer lugar, los datos o informaciones almacenados en un dispositivo electrónico, y por otro, los que son transmitidos por cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como Internet, telefonía fija y móvil u otras.³

¹ Este dato se desprende del informe Digital In 2018, elaborado por We Are Social en colaboración con Hootsuite que brinda las estadísticas, análisis y tendencias digitales globales.

² *Op. cit.*

³ DELGADO MARTÍN, J. (2017).

2. Pruebas digitales

2.1. Amparo normativo

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), recoge en su artículo 90.1 que las partes en el proceso, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, puedan «[...] servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos».

Acudiendo a la subsidiariedad de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), si bien no regula expresamente dicho tipo de prueba, sí que contempla su aportación a través de «medios, procedimientos o instrumentos» que permitan archivar, conocer y reproducir la información digital (arts. 299.2 y 384.3 LEC).

El artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, establece que se considerará «documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado». Por lo tanto, para que la información almacenada de forma digital en un soporte electrónico tenga carácter de documento electrónico se exige que la información contenida en aquel soporte pueda ser identificada, constando tanto la fecha de su creación como la identidad de su autor. Y lo cierto es que la mayor parte de la información digital que se utiliza como prueba en los procesos judiciales carecen del rigor suficiente para ser considerados legalmente como documento digital.⁴

Dicha prueba electrónica o digital, pues, podrá practicarse por cualquier medio de prueba regulado en la ley: así como un documento privado, práctica usual mediante el «pantallazo» o mediante un documento público, en función del origen e intervención en el propio documento; a través de la aportación de un informe pericial de expertos, o también

⁴ Así lo señala la autora Purificación Puyol (2014) en «La nueva prueba documental en la era digital».

mediante la constatación directa del propio Juzgado a través del denominado reconocimiento judicial, pero también incluso como prueba testimonial o de interrogatorio de partes mediante el testimonio de la persona que ha tenido contacto con el dispositivo electrónico, sobre el contenido de un comentario en una red social, variando así su valor probatorio, de conformidad con las reglas de valoración de la prueba previstas en las respectivas normas procesales.

Además, la elección del medio probatorio tendrá otro efecto procesal importante, como es el de determinar su naturaleza y, en consecuencia, su validez a efectos de revisar y/o modificar los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, pues, de conformidad con el artículo 193. b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, solo podrán ser revisados cuando tal revisión se fundamente en la prueba documental o pericial practicada en el acto del juicio.

En relación con ello, el Tribunal Supremo ha señalado en unificación de doctrina (sentencias de 26 de noviembre de 2012, rec. 786/2012 y 16 de junio de 2011, rec. 3983/2010) que la prueba por instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido no tienen naturaleza documental (incluso en aquellos casos en los que se haya aportado la transcripción documental de la grabación) y, en consecuencia, no pueden utilizarse para revisar los hechos probados de una sentencia.

En la práctica, es frecuente la aportación de meras impresiones en papel de correos electrónicos, redes sociales o páginas webs, o incluso capturas de pantalla, también denominados «pantallazos», resultando de aplicación el régimen jurídico de la prueba documental, pues el «pantallazo» no deja de ser una fotografía.

Sin embargo, esta forma de presentar la prueba puede generar serias dudas sobre su autenticidad y, en consecuencia, disminuir su valor probatorio, valorándose esa prueba en conjunto con el resto de pruebas aportadas, admitidas y practicadas por las partes, como puede ser, por ejemplo, la aportación del teléfono móvil en el que se encuentre una conversación de WhatsApp, junto una transcripción escrita de la misma solicitando su cotejo o reconocimiento judicial, o también, como puede ser el propio interrogatorio de la parte o declaraciones de otros testigos (STSJ Madrid, Sala de lo Social, 10.6.15, rec. 817/2014), o incluso puede llevar a denegar su consideración como documento en sí mismo (STSJ Galicia, Sala de lo Social, 28.1.16, rec. 4577/2015).

Especial mención requiere el caso Tuenti analizado por el Tribunal Supremo (STS, Sala de lo Penal, 19-5-15, rec. 2387/2014). En esta sentencia se enjuició la validez y autenticidad de unos pantallazos extraídos

de la red social Tuenti en un caso de acoso sexual. El Tribunal concluyó que, si bien la valoración de la prueba en estos casos de mensajería instantánea «debe ser abordada con todas las cautelas» por la posibilidad real de manipulación, en este caso se debían valorar otras pruebas circunstanciales, como el hecho de que la propia víctima hubiera puesto a disposición del juez de instrucción su contraseña de Tuenti, con el fin de que se pudiera solicitar un informe pericial, que hubiera obtenido los pantallazos también en presencia de la guardia civil, o la circunstancia de que el otro interlocutor de los mensajes hubiera acudido como testigo al juicio. Y todo ello sobre la base de que «la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido».

No es infrecuente tampoco que se proceda a acudir a un fedatario público, ajeno al Juzgado, para dejar constancia por parte del notario a través de un Acta de protocolización (documento público), de la existencia de dichos mensajes, textos, comentarios y opiniones, mediante el acceso a la cuenta de correo o del dispositivo móvil e imprimiendo los mensajes elegidos incorporándolos al acta notarial. Además, se procederá a la inclusión de la dirección de correo electrónico o el número de teléfono desde los que se hayan enviado o recibido los mensajes, las fechas de los referidos mensajes, así como las identidades de los intervinientes que figuren en los textos protocolizados.

Adicionalmente a las anteriores fórmulas de aportación de pruebas electrónicas, y como una garantía de autenticidad y no manipulación, cabe la posibilidad de la práctica de una prueba pericial informática sobre el contenido de los mensajes electrónicos, y en general sobre cualquier otro contenido almacenado digitalmente, como pueden ser ordenadores, dispositivos móviles, páginas web, redes sociales o similares,

siendo necesaria en muchas ocasiones para acreditar la titularidad de la cuenta desde la que se realizó la publicación o de la IP del ordenador o teléfono móvil inteligente.

Por último, cabe la realización de la prueba del reconocimiento judicial cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el Tribunal examine por sí mismo algún objeto, lugar o persona (art. 353 LEC), por lo que resulta un medio probatorio adecuado para incorporar al juicio la prueba digital. El juez puede examinar por sí mismo el contenido del propio dispositivo electrónico aportado accediendo a su contenido a través de un medio técnico apropiado o al contenido de Internet, lo cual puede acordarse de forma autónoma o conjuntamente con otro medio probatorio.

Sin embargo, normalmente será improbable que pueda realizarse dicho reconocimiento judicial, pues la prueba electrónica o digital es volátil y fácilmente disponible para las partes, por lo que adquiere una especial relevancia la necesidad de preconstituir la prueba a través de las diferentes pruebas relacionadas en el presente y desde el momento en que se tenga conocimiento, o anticipar la prueba, de conformidad con lo previsto en la ley procesal laboral.

2.2. Doctrina judicial

Muchas son las sentencias de nuestros Tribunales Superiores de Justicia que han procedido a la valoración de dicha prueba digital, en función de la naturaleza de la prueba elegida y en función de la falta de reconocimiento de la misma por las restantes partes. Así, entre otras:

- La sentencia del TSJ de Castilla y León, sede en Valladolid, 368/2010, de 21 de abril de 2010 (rec. 368/2010). En dicha sentencia se entra a analizar la autoría de los hechos imputados al trabajador en el despido efectuado por la empresa, el cual publicó en Facebook, bajo un pseudónimo, un comentario intimidante sobre un directivo de la empresa. El comentario aludía a «matar» y a identificar el domicilio y teléfono del directivo. El trabajador alegó «ausencia de prueba sobre su autoría y por insuficiencia de gravedad». Sin embargo, en el acto de juicio quedó probada la autoría del denunciado mediante la práctica de la prueba que supuso rastrear la dirección IP a través de la cual fue publicado dicho comentario. Por tanto, el Tribunal consideró que «la autoría queda

probada mediante la titularidad de la IP, del mismo modo que el comentario era intimidatorio y suficientemente grave», por lo que se considera el despido procedente.

- Sentencia del TSJ Galicia de 28.01.2016 (rec. 4577/2015) En su fundamento de derecho cuarto concluye lo siguiente, sobre la forma de aportación del contenido de mensajes del servicio WhatsApp: «[...] para considerar una conversación de WhatsApp como documento —a los fines del proceso laboral—, sería preciso que se hubiese aportado no solo la copia en papel de la impresión de pantalla o, como se denomina usualmente, “pantallazo” —que es lo único se cumple por el actor—, sino una transcripción de la conversación y la comprobación de que esta se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes. Esto podría haberse conseguido a través de la aportación del propio móvil del Sr. y solicitando que, dando fe pública, el LAJ levante acta de su contenido, con transcripción de los mensajes recibidos en el terminal y de que este se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes; o, incluso, mediante la aportación de un acta notarial sobre los mismos extremos.

Apurando nuestras consideraciones sobre la prueba de mensajería instantánea y con fines esclarecedores, para que aceptemos como documento una conversación o mensaje de este tipo (algo diferente a su valor probatorio) podríamos establecer cuatro supuestos: (a) cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación; (b) cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; (c) cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición), o, finalmente, (d) cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores [...].

[...] Todo ello, además, sin perjuicio de los riesgos que pueden existir de manipulación —a través de múltiples programas informáticos— de la conversación, imagen o números que se reflejan, lo que permite que el magistrado que valore dicha prueba pueda rechazar su eficacia probatoria —que es el caso presente—; o que la parte hubiese aportado una prueba pericial informática reveladora que la inexistencia de alteración. Por lo tanto, se rechaza la censura y en consecuencia[...].

- Despido de una trabajadora que es fotografiada por un compañero de trabajo mientras duerme enviando la foto al superior a

través de WhatsApp, sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Las Palmas, de 30 de septiembre de 2013, rec. 620/2013. En la misma, el recurrente, desde la óptica constitucional, entiende que en la prueba de interrogatorio del primer testigo y la fotografía enviada a la empresa mediante WhatsApp cercenan el derecho fundamental a la intimidad de la trabajadora constituyendo una prueba ilegítimamente obtenida. Y concluye la sentencia que la fotografía de la demandante en el centro de trabajo dormida —que parece haber sido captada por otro trabajador y remitida por WhatsApp a uno de sus superiores jerárquicos— «no ha accedido al proceso, ni ha sido previamente utilizado en el expediente disciplinario por parte de la empresa como elemento de constatación de los hechos imputados en la carta de despido, y tampoco la captación de la imagen de la trabajadora en el centro de trabajo durante su jornada laboral, ni ha sido empleada para fin alguno de difusión de su imagen en contra de su voluntad, sino que únicamente constituyó el medio a través del cual la demandada tuvo conocimiento de una concreta situación».

- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia Canarias, Sala de lo Social, Las Palmas, de fecha de 27.07.2016, rec. 385/2016, concluye que, a pesar de que el trabajador recurrente entendía que no había sido probada su autoría en una publicación en su muro de Facebook, consta en un documento el texto imputado al trabajador apareciendo su nombre, habiéndolo reconocido en el acto del juicio, y además corroborado mediante prueba testifical, todo lo cual justifica su autoría, que vino a dar lugar a su despido disciplinario. Sin embargo, en la mayor parte de sentencias, no se impugna la validez del contenido de la prueba digital, ni su forma de aportación, ni su autenticidad, y su contenido ha sido utilizado como prueba acreditativa del fondo del procedimiento. Así, entre otras:
- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 11 de julio de 2014, rec. 2817/2014, en cuyos hechos probados consta que se impuso una sanción a todas las trabajadoras que participaron en un grupo de WhatsApp en el que se publicaron fotos de menores obtenidas vulnerando derechos fundamentales. La trabajadora recurrente era la directora de dicho centro (guardería), que fue despedida dada la responsabilidad inherente a su cargo, no pudiendo permitir que ello sucediera, ni por supuesto participar, declarándose pues la procedencia del despido.

- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Social, de fecha 17.02.2015, rec. 3085/2014. En esta sentencia se confirma la procedencia del despido de una trabajadora por la comisión de varias infracciones, una de ellas, basada en un mensaje de WhatsApp remitido a un grupo de trabajadores de la empresa que también reciben los coordinadores, como dice la sentencia «en un contexto que no puede calificarse de privado y con el objeto de poner en conocimiento de los receptores lo que le ha pasado y calificando de “sin vergüenza” a quien ha dado parte del actor por utilizar el teléfono, mensaje que supone una falta de respeto hacia el coordinador y una ofensa hacia el mismo [...]».
- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 30 de marzo de 2012, rec. 798/2012, en la cual se considera que la publicación de determinados comentarios en el Facebook de la trabajadora resultan de una anécdota jocosa sobre un cliente, y dado su carácter esporádico no reviste la gravedad suficiente como para despedir al trabajador.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 14 de mayo de 2012, rec. 99/2012, la cual declara la nulidad del despido de la representante de una sección sindical que hizo una serie de comentarios por Facebook, en un lenguaje claramente inadecuado, al considerar que los mismos se encuentran protegidos por el derecho a la libertad de expresión.
- Sentencia del Tribunal Superior de Madrid, de 23 de enero de 2012, rec. 3803/2011, la cual declara procedente el despido de un trabajador que se encontraba en situación de baja por depresión, por transgresión de la buena fe, tras descubrirse por unas fotos publicadas en Facebook que el empleado realizaba salidas nocturnas y consumía alcohol.
- También la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 16 de noviembre de 2012, en la cual se declara procedente el despido de un trabajador que durante una situación de IT por depresión servía copas en un local nocturno de un familiar y realizaba viajes, todo esto detallado con imágenes en las redes sociales, y sin el conocimiento y autorización del facultativo que seguía su proceso de incapacidad temporal.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 28 de mayo de 2012, rec. 966/2012, donde se declara la procedencia del despido disciplinario de una trabajadora que,

- en situación de incapacidad temporal, trabajaba en un negocio de diseño y creación de tocados publicitado en Facebook.
- Sentencia del Tribunal Superior de Galicia, Sala de lo Social, A Coruña, de 21.11.2016, rec. 2533/2016, la cual también declara procedente el despido de un trabajador que en situación de incapacidad temporal procedió a realizar determinadas actividades, tal y como acreditaba un reportaje fotográfico que él mismo colgó en Facebook, además de ser sometido a vigilancia por detective.
 - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Barcelona, Sala de lo Social, de 30.01.2017, rec. 6712/2016, declara la procedencia del despido, pues las declaraciones y manifestaciones que realizó la trabajadora a través de su cuenta de red social Facebook superan los límites de la libertad de expresión y las mismas, ante constatada situación de conflicto, tenían un claro ánimo de injuriar excediendo el simple ánimo de crítica o denuncia.

3. Obtención de la prueba digital y derechos fundamentales

El artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ) establece que: «en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Igualmente, la LRJS, en su art. 90.2, regula que no se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas.

En otras palabras, el primer presupuesto de la aceptación de un mensaje de WhatsApp como prueba en un procedimiento, o de un comentario en una red social, será que en su obtención no se hayan vulnerado derechos fundamentales ni libertades públicas, en especial, el derecho a la intimidad o el secreto de las comunicaciones.

Respecto del derecho a la intimidad en la obtención de la prueba digital, las sentencias dictadas en las que los trabajadores despedidos alegaron la vulneración de su derecho a la intimidad, permiten extraer una conclusión: no hay vulneración del derecho a la intimidad si el trabajador ha publicado la información en una red pública sin acceso restringido. Así se han pronunciado, entre otras, las sentencias del Tribunal

Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de 30 de abril de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 14 de junio de 2013 y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2012.

Los tribunales han señalado que, en la medida en que la información utilizada por el trabajador se ha colgado en un perfil público de una red social, no existe una expectativa de privacidad. En otras palabras, como el propio trabajador decide que cualquiera, sin necesidad de utilizar una clave de acceso, tenga acceso a esa información, no puede entenderse vulnerado su derecho a la intimidad si la empresa utiliza esa información para adoptar una medida disciplinaria.

Así, por todas, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social de 13 de junio de 2013 (rec. 0000241/2013), en la que el Tribunal decretó que la información publicada en Facebook puede ser utilizada con el fin de realizar un despido al ser pública y no haber establecido el trabajador ninguna restricción para acceder a la información. Su pronunciamiento fue el siguiente: «[...] en este caso se alega la violación del artículo 18.3 de la Constitución al haberse obtenido dicha prueba a través de páginas de redes sociales y al efecto cabe decir con la sentencia de instancia que no se ha vulnerado la intimidad de la trabajadora al haber sido obtenidas las fotografías sin necesidad de utilizar clave ni contraseña alguna para acceder a las mismas dado que no estaba limitado el acceso al público, de modo que se obtuvieron libremente pues al estar “colgadas” en la red pudieron ser vistas sin ningún tipo de limitación con lo que no hay una intromisión en la intimidad de la trabajadora que además aparece en las instalaciones de un parque de atracciones de Madrid y por tanto en un lugar público».

Respecto al secreto de las comunicaciones, conviene recordar la Doctrina Constitucional según la cual no existe vulneración del secreto de las comunicaciones si una de las partes que interviene en estas aporta su grabación como medio de prueba. Así lo afirma por primera vez el TC en su sentencia número 114/1984, de 29 de noviembre, al establecer que el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial, no puede oponerse, sin quebrantar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma.⁵

⁵ Esta doctrina la podemos ver presente, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 2003, 651/2003, rec. 3314/2002.

Así, a modo de ejemplo, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 25 de abril de 2014, rec. 4347/2014, se considera procedente el despido de una trabajadora por desobediencia y transgresión de la buena fe contractual al no supervisar el correcto suministro de un medicamento a una paciente de la residencia. La prueba se obtiene mediante conversaciones vía WhatsApp con otra compañera, y no se aceptó la impugnación de la denunciada sobre la obtención ilícita de las pruebas ya que fueron aportadas por la otra interlocutora.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, (Sevilla) de 22.11.2017, rec. 3626/16, entendiendo que no se deriva que la empresa hubiera tenido conocimiento de los hechos imputados ni hubiera utilizado los medios de prueba pertinentes para acreditarlos mediante procedimientos ilícitos y/o con vulneración de los derechos fundamentales invocados, sino que le fueron proporcionados tales informaciones y medios probatorios por otras empleadas de la empresa, sin que en dicha comunicación o transmisión se haya incurrido en la lesión constitucional denunciada.

Dicha sentencia continúa diciendo que la doctrina constitucional del secreto de las comunicaciones prevista en la sentencia 114/1984 resulta aplicable a las más modernas técnicas hoy día existentes para la comunicación, registro y reproducción de mensajes, imágenes, ideas, opiniones, etc., de que disponemos en las sociedades tecnológicamente avanzadas, como son las que se producen, emiten, comparten y difunden a través de las redes sociales. En el caso, la empresa tuvo acceso al contenido de los mensajes de texto e imágenes intercambiados en el grupo privado de WhatsApp y en Facebook «[...] no por un acto de interceptación ilícito, sino por habérselo así facilitado una de las partícipes en el grupo, al que por tanto no es ajena y respecto del que no existe un constitucional deber de reserva frente a terceros sino, a lo más, un deber ético [...]»

Además, entiende tal sentencia que «la revelación a un tercero —la empresa— del contenido de tales conversaciones e imágenes tampoco atentan al derecho fundamental a la intimidad personal de la ahora recurrente, pues tal contenido revelado no se refiere a hechos, datos o circunstancias afectantes al reducto íntimo de su vida o persona», pues dichas imágenes no eran de su vida privada, sino de aquello a lo que real e indebidamente se dedica en su tiempo de prestación laboral y en su puesto de trabajo, dándole, a su vez, la propia trabajadora la libre difusión de la fotografía así tomada, publicándola en Facebook.

Con relación a ambos derechos fundamentales, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, de Zaragoza, de fecha de 18.05.2016, rec. 300/2016, recoge un supuesto en el que la parte actora había publicado un mensaje en su cuenta privada de Facebook en contra de la empresa para la que trabajaba. Lo cierto es que alguien sacó una fotografía y dicho pantallazo fue reenviado por WhatsApp a la mayor parte de los trabajadores de la empresa. Dicha información llegó a manos de la supervisora de la trabajadora, que lo puso en conocimiento de la Dirección, siendo sancionada la trabajadora con el despido.

En dicha sentencia, el Tribunal valora lo siguiente:

«[...] en la presente litis no ha habido una interceptación de una comunicación por un tercero ajeno a los destinatarios sino que los propios destinatarios de la comunicación la divulgaron a terceros, hasta que llegó a conocimiento de la supervisora de la actora. Y tampoco ha habido un conocimiento antijurídico de lo comunicado. La empresa no ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de la demandante porque no ha accedido a su cuenta privada de Facebook. El hecho de que inicialmente los destinatarios del mensaje fueran solo algunos amigos y conocidos de la demandante en modo alguno excluye que estos, como sucede habitualmente en las redes sociales, divulguen posteriormente esta información, que la empresa no conoce porque haya interceptado comunicaciones ajenas, ni porque haya accedido antijurídicamente a su contenido, sino porque la difusión de esta información por sus destinatarios llegó a la supervisora de la accionante. El envío de un mensaje impactante en una red social hace que frecuentemente los destinatarios a su vez lo divulguen. Cuando la demandante envió este mensaje en una red social a una pluralidad de destinatarios era previsible que estos a su vez lo divulgaran, como así

hicieron, hasta que llegó a conocimiento de la empresa, que no ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de la accionante.

SEXTO. Y tampoco ha habido una intromisión empresarial en un área reservada a la trabajadora desde el momento en que esta se dirigió a varios compañeros del trabajo y a otras personas, utilizando una conocida red social, para insultar a otros trabajadores de la empresa y desearles una grave enfermedad. El derecho a la intimidad, que garantiza un ámbito propio y reservado frente al conocimiento de los demás, no puede amparar la conducta de una trabajadora que insulta gravemente a otros trabajadores en una red social, a sabiendas de la difusión que habitualmente tienen estos comentarios en estas redes. La tesis contra-

ría supondría la impunidad de los comentarios gravemente ofensivos para terceras personas, lo que redundaría en un grave perjuicio de su imagen y honorabilidad [...]»

3.1. Especial incidencia de la prueba ilícita en la calificación del despido

La inmensa mayoría de los litigios que llegan a los tribunales en los que se aborda el derecho a la intimidad o privacidad de los trabajadores, así como el uso de las nuevas tecnologías, poseen elementos comunes. Se trata, en suma, de demandas por medidas adoptadas por el empleador en las que la acreditación de los hechos que se imputan al trabajador se basan en medios de prueba que puedan haber sido obtenidos con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

Por lo tanto, en la mayoría de los casos en que se acude a los tribunales existe una relación de causalidad entre la validez de la prueba obtenida y los propios hechos imputados, ya que la primera es la causa y sustento de la segunda y, por consiguiente, de la medida adoptada por el empleador.

La declaración de la existencia de prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales hace que dicha prueba sea nula y carezca de eficacia probatoria, pero surge la cuestión de si tiene, a su vez, efectos sobre la calificación del despido. Respecto a ello la doctrina no es pacífica, y no se da una respuesta unívoca a tal cuestión.

Por un lado, existen posicionamientos a favor de la calificación del despido como improcedente. Esta tesis se basa, principalmente, en que debe separarse la valoración de la prueba ilícita de la calificación final que deba darse al despido, es decir, que la ilicitud de la prueba no supone, en sí misma, la nulidad del despido;⁶ por lo que procederá la aplicación de los apartados 2 y 4 del artículo 55 del TRLET, pues cuando no se pueda acreditar el incumplimiento alegado en la carta de despido, debido a que la parte demandada aportase como prueba únicamente

⁶ Esta tesis la podemos encontrar, entre otras sentencias, en las sentencias del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, sección 1.ª, de 5 de septiembre de 2000, 7018/2000, rec. 7563/1999; TSJ de Madrid, Sala de lo Social, sección 2.ª, de 28 de junio de 2005, 553/2005, rec. 1885/2005; TSJ de Aragón, Sala de lo Social, sección 1.ª, de 4 de diciembre de 2007, 1097/2007, rec. 1004/2007; y TSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, sección 1.ª, de 16 de febrero de 2010, rec. 6/2010.

aquella obtenida con vulneración de derechos fundamentales, siendo esta el único medio probatorio con el que cuenta el empresario, el despido debe ser, en todo caso, calificado como improcedente.⁷

Tal tesis se basa en el hecho de que la voluntad del empleador al despedir al trabajador en ningún caso pretende la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas de éste último, sin perjuicio de que en la obtención de una prueba haya habido tal vulneración, que sería ajena al acto extintivo en sí.⁸ A mero efecto de ejemplo, podría destacarse la Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, sección 2.^a, de 5 de noviembre de 2008, 685/2008, rec. 4747/2008, al afirmar que, en el supuesto enjuiciado no existió indicio alguno de que la extinción contractual haya tenido como móvil causa alguna de discriminación ni se haya producido con violación de sus derechos o libertades, confundiendo el recurrente el despido vulnerador de estos con la infracción de los mismos para la obtención de la prueba de los hechos en los que se fundamenta, cuestiones absolutamente diferentes, ya que, para que el despido sea nulo, ha de producirse por una causa ajena al contrato de trabajo. De esta manera, la prueba obtenida con tal vulneración es ilícita y no puede tenerse en ningún caso en cuenta en el proceso, como tampoco aquellas que deriven de la inicial ilicitud, pero en ningún caso cabría aquí hablar de despido nulo sino improcedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 del TRLET.⁹

⁷ En este sentido se pronuncia la Sentencia del TSJ de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Social, sección 1.^a, de 9 de marzo de 2001, 1097/2007, rec. 4256/2000, al establecer que la eventual ilicitud de la prueba no puede determinar la nulidad del despido, porque este se basa en la conducta del trabajador y no en un móvil atentatorio a su derecho a la intimidad, salvo que se quiera trasladar la construcción de la doctrina «del árbol envenenado» a este campo, lo que es inadecuado, pues no se juzga la ineficacia de pruebas en este tipo de procesos.

⁸ Esta argumentación la podemos encontrar, entre otras, en las sentencias del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, sección 5.^a, de 30 de mayo de 2011, 453/2011, rec. 5990/2010; TSJ de Galicia, Sala de lo Social, sección 1.^a, de 6 de noviembre de 2008, 4156/2008, rec. 4148/2008 y en la sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, sección 1.^a, de 5 de septiembre de 2000, 7109/2000, rec. 2890/2000. En igual sentido se pronuncia la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, sección 1.^a, de 16 de febrero de 2010, 1097/2007, rec. 4256/2000, que declara la improcedencia del despido, lo que es confirmado por la Sentencia del TS, Sala de lo Social, sección 1.^a, de 8 de marzo de 2011, rec. 1826/2011, si bien, el Alto Tribunal no entra en el análisis expreso de dicha cuestión.

⁹ En el mismo sentido se pronuncia el TSJ de Madrid, Sala de lo Social, sección 1.^a, en la sentencia de 17 de julio de 2009, 599/2009, rec. 2831/2009.

Por otro lado, tenemos aquellas posiciones a favor de la calificación de la nulidad del despido. Esta posición doctrinal y jurisprudencial considera que la nulidad de la prueba irradia sus efectos al despido o a cualquier otra medida sustantiva llevada a cabo por el empleador, por lo que ha de calificarse como nula la medida llevada a cabo. Esta postura se basa en la teoría de «los frutos del árbol envenenado», o, dicho de otro modo, en el efecto reflejo de la prueba ilícita.

Determinado sector de la doctrina¹⁰ entiende que no resulta posible separar la manera en que se obtiene una prueba, y por consiguiente la calificación que se dé a la misma, de la calificación que debe darse al despido. La razón de ello radica en que la obtención de dicha prueba se realiza para la consecución de un fin específico, esto es, la acreditación los hechos que se imputan al trabajador o, dicho de otro modo, la causa justificativa de la conducta empresarial. Por lo que necesariamente la existencia de vulneración de derechos fundamentales de uno conlleva a la existencia de la misma en la otra.

Así lo establece el Tribunal Constitucional en la sentencia 196/2004, de 15 de noviembre, al afirmar que «al haberse invadido la esfera privada de la recurrente sin contar con habilitación legal para ello y sin consentimiento eficaz de la titular del derecho [...] con vulneración por tanto del art. 18.1 CE, procedente será el otorgamiento del amparo, debiendo recordarse que, según constante doctrina de este Tribunal (entre otras, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 114/1989, de 22 de junio, 186/1996, de 25 de noviembre, 1/1998, de 12 de enero, 57/1999, de 12 de abril, 20/2002, de 28 de enero, o 49/2003, de 17 de marzo), la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo, lo que implica la anulación de la Sentencia impugnada y declaración de la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social que con acierto aplicó el art. 18.1 CE». Esta misma tesis ha sido mantenida por el Tribunal Constitucional más recientemente en la sentencia número 29/2013, de 11 de febrero al establecer que «las sanciones impuestas con base en esa única prueba, lesiva de aquel derecho fundamental, deben declararse nulas».

De este modo, si se vulnera un derecho fundamental para obtener la prueba que fundamenta los hechos motivadores del despido, la consecuencia más plausible será la nulidad del despido acaecido. Así, por

¹⁰ COLÁS NEILA, E. (2002).

ejemplo, cabe citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, sección 1.^a, de 10 de mayo de 2011, rec. 644/2011, en la que declara nulo, puesto que los hechos imputados al trabajador en la carta de despido han sido obtenidos con vulneración de derechos fundamentales. Esta sentencia fue confirmada por la STS, Sala de lo Social, sección 1.^a, de 21 de junio de 2012, Recurso de Casación 2194/2011, en la que confirma la sentencia dictada por el TSJ del País Vasco basándose en la doctrina Constitucional anteriormente descrita.

En idéntico sentido se han pronunciado numerosos Tribunales Superiores de Justicia como las sentencias del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, sección 6.^a, de 18 de diciembre de 2014, 1115/2014, rec. 761/2014, y del TSJ de Galicia, Sala de lo Social, sección 1.^a, de 3 de marzo de 2008, 6219/2007, rec. 6219/2007.

Y también el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, entre otras, en la Sentencia de 13 de mayo de 2014, 2618/2014, RCU 1685/2013, en la que se declara la nulidad de un despido por haber existido una vulneración, por parte del empresario, del derecho a la protección de datos de carácter personal, provocada por la utilización de cámaras de videovigilancia. Así, como se ha vulnerado un derecho fundamental con la utilización de las cámaras de videovigilancia, y estas son el único medio probatorio del que dispone el empresario para fundamentar los hechos imputados en la carta de despido, la calificación del despido debe de ser, en todo caso, su nulidad.

Por último existe la tercera postura, definida como «hermenéutica compositiva»,¹¹ que es una postura intermedia entre las dos anteriores. De la misma se puede extraer la conclusión de que dependiendo del caso concreto, cuando la prueba se obtenga con vulneración de derechos fundamentales, puede dar lugar a la nulidad o la improcedencia del despido, dependiendo de otros aspectos que se deben de tener en cuenta a la hora de calificar el mismo.¹²

Así las cosas, la calificación del despido dependerá de todo el elenco probatorio que se haya practicado en el acto del juicio, y si la única prueba que existe para acreditar el hecho impugnado o la medida adoptada por el empresario sin que existan otras pruebas totalmente independien-

¹¹ Denominación extraída de FALGUERA BARÓ, M. A. (2016).

¹² Así se pronuncia, entre otras, las sentencias del TSJ de País Vasco, Sala de lo Social, sección 7.^a, de 21 de diciembre de 2004, rec. 1876/2004 y del TSJ de Cantabria de 18 de enero de 2007, rec. 1149/2006.

tes a la misma, la calificación del despido deberá ser nula. No así cuando existan otras pruebas lícitas practicadas en el acto del juicio y de las que se puedan extraer los hechos imputados, y sin que guarden relación alguna con aquellas, el despido, en su caso, podrá ser declarado improcedente.

Y todo ello se justifica, además, en el propio art. 55.5 del ET, pues será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, de lo que se deduce que si tal vulneración es la causa motivadora del despido, es nulo, pero si quedara acreditara la causa del mismo, ajena a cualquier vulneración de derechos fundamentales y más allá de la prueba ilícitamente obtenida, la causa del despido, en principio, no puede ser imputable a tal vulneración.

Por lo que habrá que estar al caso concreto para determinar los efectos que la prueba ilícita podría generar en la calificación del despido.

Fuentes bibliográficas y artículos doctrinales

- COLÁS NEILA, E. (2002). «Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales», *Aranzadi Social* 1, Pamplona.
- DELGADO MARTÍN, J. (2017). «La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración», *Diario La Ley*, 6, sección Ciberderecho, 11 de abril, Wolters Kluwer.
- FALGUERA BARÓ, M. A. (2016). «Nuevas Tecnologías y poderes empresariales: sus límites y su incidencia en el proceso social», XV Encuentro de Derecho Laboral y Seguridad Social, 2017.
- LLUCH CORELL, F. J (2015). «La prueba ilícita y sus efectos sobre la calificación del despido», *Revista de Jurisprudencia, El derecho*, octubre de 2015. http://www.elderecho.com/foro_legal/laboral/prueba-ilicita-efectos-calificacion-despido_12_877935001.html.
- MORALES VÁLLEZ, C. (2016). «La validez probatoria del WhatsApp y su incorporación al procedimiento», Sepín, Madrid.
- PÉREZ ASTUDILLO, N. E. (2015). «Los medios telemáticos como prueba de cargo en el proceso», *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, 3.
- PUYOL CAPILLA, P. (2014). «La nueva prueba documental en la era digital», Editorial Sepín.



Títols de la col·lecció

#1

Protocol d'Istanbul. Manual per a la investigació i la documentació de la tortura
(Drets humans i intervenció penitenciària, vol. 1)

#2

Regles penitenciàries i Codi ètic europeu per al personal penitenciari (Consell d'Europa)
(Drets humans i intervenció penitenciària, vol. 2)

#3

Lobbys: el marc regulador dels grups d'interès

#4

El nou marc legal del règim jurídic del sector públic i del procediment administratiu comú: documents per aplicar-los

#5

XXIX Jornades Catalanes de Dret Social
Noves tecnologies i relacions laborals

ISBN 978-84-393-9888-2



9 788439 398882