

LA TRASCENDENCIA DE LA DISPONIBILIDAD HORARIA DEL TRABAJADOR EN EL CONTEXTO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

*Prof. Contratada Doctora (Acreditada a TU) de D^o del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo¹*

EXTRACTO **Palabras clave:** Tiempo de trabajo; disponibilidad horaria; desconexión digital; negociación colectiva

En la llamada “cuarta revolución industrial” se ha producido una proliferación de los llamados “trabajadores atípicos” y, de manera muy significativa, de los “falsos autónomos”. Este fenómeno se agudiza en relación con la prestación de servicios a través de plataformas digitales, hasta el punto de que ha sido cuestionada su propia condición de “trabajadores”. En este contexto, es muy importante el análisis de los “indicios de laboralidad”, sobre todo, la determinación y actualización de conceptos clásicos como la dependencia y la ajenidad, respecto de los cuáles será básica la delimitación de qué es tiempo de trabajo y de qué no lo es. Este paradigma se vuelve más complejo en este tipo de trabajos digitalizados, en los que existen dos aspectos del tiempo de trabajo que van inevitablemente unidos entre sí. Por un lado, la flexibilidad extrema de la jornada laboral que radica en el hecho de que el trabajador deba estar “conectado”. Y, como consecuencia de lo anterior, un “nuevo” derecho a la “desconexión digital”, con las implicaciones que acarrea esto sobre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Siguiendo las resoluciones del Parlamento y de la Comisión Europea, ha de descartarse el “contrato de cero horas” como alternativa viable. En definitiva, habrá que atender a los últimos pronunciamientos del TJUE en su protección sobre el derecho al descanso al hilo de la interpretación de la disponibilidad horaria como tiempo de trabajo y, por tanto, como indicio de laboralidad.

ABSTRACT **Key words:** Work time; time availability; digital disconnection; collective bargaining

In the so-called “fourth industrial revolution” has been produced proliferation of so-called “atypical workers” and, in a very significant way, of “false self-employed workers”. This is a phenomenon that is becoming more acute in relation to the provision of services through digital platforms, regarding their condition of “workers” which has already been disputed. In this context, it is very important to analyze the “signs of work”, above all, the determination and updating of classic concepts such as dependence and alienation, as well as the definition of what is considered working time and what it is not. This paradigm becomes more complex in this type of digital working, in which, apart from other specific issues, there are two aspects of working time that are inevitably linked together. On the one hand, the extreme flexibility of the working day that lies in the fact that the worker must be “connected”. And, as a consequence of the above, a “new” right to “digital disconnection”, involving the right to conciliation of personal, family and work life. Following the resolutions of the Parliament and the European Commission, the “zero hours contract” should be discarded as a viable alternative. In short, we must address the latest pronouncements of the ECJ that protect the right to rest on the basis of the interpretation of time availability as working time, and, therefore, as a sign of work.

¹ Trabajo en el marco del Proyecto de investigación del MINECO, ref. DER2017-83488-C4-2-R, “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital”.

ÍNDICE

1. EL EMPLEO POSTCRISIS: LAS RELACIONES LABORALES DIGITALIZADAS
2. ANÁLISIS DE LAS NOTAS DE LABORALIDAD EN EL CONTEXTO DIGITAL
3. EL DEBER DE ESTAR “CONECTADO” O EL TIEMPO DE TRABAJO
4. EL DERECHO A LA “DESCONEXIÓN” O EL TIEMPO DE NO TRABAJO
5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: ¿TRABAJOS DECENTES?

1. EL EMPLEO POSTCRISIS: LAS RELACIONES LABORALES DIGITALIZADAS

Los cambios tecnológicos están en el mismo origen del Derecho del Trabajo, no obstante, los últimos cambios y avances en la robotización de los procesos productivos, incorporando máquinas o, más bien, algoritmos informáticos aplicados a la misma prestación de los servicios, han desembocado en la denominada digitalización de la economía. Se trata de un fenómeno que se caracteriza por la tecnificación de todos los ámbitos productivos y de todos los sectores de actividad².

Su rápido desarrollo se conecta con los mismos factores que la identifican. En primer lugar, dos de ellos simultáneamente interrelacionados entre sí, como son la globalización de la economía que, a su vez, llega a todos los rincones, lo que implica que se extiende de manera universal y deja en el limbo a aquéllos que no pueden acceder a la formación necesaria para incorporarse a ese nuevo mercado laboral. Y, finalmente, todo esto se asienta en la “hiperconectividad”, la rapidez –casi inmediatez– en las comunicaciones y la transmisión de información que se han expandido por todos los sectores, modificando las formas de demandar los productos³. Por consiguiente, será recomendable apostar por una solución integral y global que abarque ámbitos y unidades funcionales convergentes en los distintos Estados, siendo de interés sobresaliente las resoluciones judiciales que atienden a ámbitos amplios –no sólo las nacionales– y que puedan aportar cierta unificación de criterios en el contexto de la economía globalizada.

En efecto, el impacto de la crisis económica se ha caracterizado por una generalización de la reducción de costes en los procesos empresariales y su directa repercusión sobre los derechos de los empleados, que al igual que en los propios hábitos de consumo, encontrarán trabajo antes los que resulten más baratos de “costear”. Es decir, la escasez de puestos de trabajo ha hecho que los trabajadores se conciban, en parte, como un medio productivo equiparable a cualquier otro y al que impregnar

² Cruz Villalón, J., “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales*, n.º. 138, 2017, pp. 14-19.

³ Cremades Chueca, O., “Apuntes sobre los riesgos jurídico-laborales del *Bring Your Own Device (BYOD)*”, en AA. VV., *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch (Valencia, 2018), pp. 455-467.

de la atractiva política del *low cost*⁴. En aras de ese objetivo del fomento del abaratamiento del producto, crece singularmente el fenómeno del “cybertariado”⁵ que se refiere a la diminuta dimensión de los lugares de trabajo, dispersos en distintas ubicaciones del mundo, entorno a la periferia de los múltiples “productores finales”.

La tradicional concepción civil basada en la bilateralidad del contrato de trabajo, no resulta plausible a pesar del automatismo de algunas legislaciones nacionales de perpetuar los esquemas clásicos⁶. En esta línea, se ha constatado que los mercados laborales menos regulados, como el inglés, son los más propicios para que se propaguen estas nuevas formas de prestación de servicios, acrecentando las desigualdades entre los denominados trabajadores “insiders” y los “outsiders”, según se encuentren amparados o no por las garantías de derechos que ofrecen las normas laborales a los trabajadores por cuenta ajena⁷.

Según mantiene la OIT, en su informe inicial para la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo⁸, la mano de obra virtual representará una parte muy importante del empleo mundial en el futuro más inmediato. En concreto, entre un 20% y un 30% de la población en edad laboral en la Europa de los quince y en Estados Unidos, percibe algún tipo de ganancia por su cuenta. De ellos, un 15% - y en aumento -utiliza plataformas digitales para obtener ingresos⁹.

La expansión de las nuevas formas de empleo surgidas en torno a la economía colaborativa, en el contexto de la digitalización y la *gig economy*, han transformado las relaciones laborales de nuestro entorno para siempre. Esta nueva realidad –o ya no tan nueva- que demanda profesiones más tecnológicas, sólo será sostenible desde la perspectiva de la protección social, si se pone freno a la proliferación de trabajos atípicos a los que han dado cobijo.

⁴ Cruz Villalón, J., “Las transformaciones de las relaciones...”, p. 32. Acertadamente el Profesor Cruz se refiere al traslado de costes productivos, incluso, al propio consumidor.

⁵ Beltrán De Heredia Ruiz, I., “Economía de las plataformas (*platform economy*) y contrato de trabajo”, Ponencia en *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social*, 8 y 9 de marzo de 2017. Se puede encontrar en https://www.academia.edu/35855236/BELTRAN_I_2018. Economía%ADa_de_las_plataformas_platform_economy_y_contrato_de_trabajo_Ponencia_XXIX_Jornades_Catalanes_de_Dret_Social_marzo18_Pendiente_de_publicaci%C3%B3n (fecha consulta 19-11-2018).

⁶ Cruz Villalón, J., “Presentación. La permanente complejidad de las relaciones triangulares de trabajo”, *Temas Laborales*, n.º. 56, 2000, pp. 1 y ss.

⁷ Sobre la “deregulation”, Wedderburn, K. W., “Deregulation and Labour Law in Western Europe” *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, 1, 1998 (6), pp. 135-137. La critican sin paliativos, Smith, I., Baker, A., Warnock, O., *Smith & Wood’s Employment Law*, 13. Ed. Oxford University Press (Oxford, 2017), pp. 9 y ss; resalta sus efectos, Bogg, A., ““Individualism” and “collectivism” in collective labour law”, *Industrial Law Journal*, n. 46 (1), 2017, pp. 72-108.

⁸ OIT, diciembre 2017. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591504.pdf (fecha consulta 20-11-2018).

⁹ Datos del informe *Independent work: choice and gig economy*, McKinsey Global Institute, octubre, 2016. <https://www.mckinsey.com/global-themes/employment-and-growth/independent-work-choice-necessity-and-the-gig-economy>; (fecha consulta 20-11-2018).

Lo cierto es que puede afirmarse que con la “cuarta revolución industrial”¹⁰ se han instalado en los ordenamientos jurídicos de manera preocupante, en tanto que generan importantes quiebras en los derechos sociales, lo que implica una ruptura abismal respecto del anterior nivel de cohesión social. Se ha producido una “subordinación absoluta del trabajador y de su estatuto profesional al empleo y a sus formas, y de éste a las políticas (macro) económicas”¹¹.

Esa “deslocalización” del tejido productivo que lleva aparejada la digitalización, se ha utilizado por el empleador con el objetivo principal de aumentar la competitividad empresarial, lo que provoca el adelgazamiento de los derechos laborales. La causa fundamental de este deterioro es la propia externalización de parte del objeto social o de actividades con las que guarda una estrecha relación, de manera que junto a esa empresa principal, prolifera un mercado laboral circundante con formas de ocupación precaria y trabajo sumergido¹².

La OIT, en su informe sobre la pobreza y el empleo en el mundo, llama la atención sobre la proliferación de los llamados “trabajadores pobres”, más aun en los países desarrollados, a la vez que pone de manifiesto el continuo aumento de la desigualdad de ingresos, lo que supone un desarrollo “inadecuado” de las estructuras empresariales y destaca la necesidad de que existan “interlocutores sociales fuertes” que puedan contribuir a mejorar “la rendición de cuentas de las políticas gubernamentales”¹³.

Por su parte, la Resolución del Parlamento sobre empleo precario¹⁴ ha puesto el foco en el incremento de relaciones laborales atípicas¹⁵, con la consiguiente desprotección e inestabilidad que llevan apareja en el ámbito de los derechos sociales. Incluso afirma que “de continuar esta tendencia, bien puede suceder que los contratos típicos se apliquen únicamente a una minoría de trabajadores”. Es decir, han proliferado tanto los denominados “trabajadores periféricos” que amenazan

¹⁰ Schwab, K., *La cuarta revolución industrial*, Ed. Debate (Barcelona, 2016), sobre los desafíos de la innovación tecnológica en la época actual y su impacto en las estructuras sociales y la propia idea del “ser humano”.

¹¹ Casas Baamonde, M^a. E., “Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas. ¿Hacia un trabajo digno?”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, n^o. 9, 2017, p. 867.

¹² Kahale Carrillo, D.T., *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa y las actividades descentralizadas*, Aranzadi-Thomson Reuters (Pamplona, 2011), p.41.

¹³ OIT, “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Transformar el empleo para erradicar la pobreza”, 2016. www.ilo.org. (fecha consulta 20-11-2018).

¹⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, *op. cit.*

¹⁵ En los últimos 10 años las formas típicas de empleo han descendido del 62 % al 59%. En concreto, 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 períodos 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 %. Considerando, letra B), Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, *op. cit.*

con desplazar las relaciones laborales consideradas “normales” hasta ahora, las que disfrutaban de una jornada completa y por tiempo indefinido¹⁶.

En realidad, el concepto de “trabajador precario” carece de una definición unívoca y, más bien, se caracteriza por su contraposición respecto del “trabajador típico” que, según la Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio, está formalizado en contratos indefinidos y por tiempo completo o tiempo parcial regular y voluntario. Las formas de empleo “atípicas” o “flexibles” se han propagado en los nuevos sectores de actividad, de forma que engloban el trabajo ocasional, el de temporada, el trabajo a la carta, el que se presta por medio de relaciones de trabajo externalizadas o el trabajo por cuenta propia dependiente, tan frecuente a través de las plataformas digitales¹⁷.

De manera que, si bien el trabajo precario no es una consecuencia ineludible del trabajo atípico, sí suele acompañarlo, tal y como pone de manifiesto la propagación de la precariedad laboral y social actualmente en Europa. En orden a procurar un empleo que proporcione “recursos suficientes para una vida digna o una protección social adecuada”, el Parlamento Europeo llama a los interlocutores sociales a desarrollar sus funciones de representación colectiva respecto de todas las relaciones de trabajo y, especialmente, sobre las atípicas.

Para alcanzar ese objetivo, de manera simultánea, ha de llevarse a cabo una reinterpretación y adaptación de las notas clásicas de la laboralidad, y, al mismo tiempo, deben de remarcarse y definirse más claramente los límites entre el empleo por cuenta ajena y por cuenta propia, dado el talante tradicionalmente proteccionista de la normativa laboral. Las evidentes consecuencias de esta inseguridad jurídica se manifiestan, por un lado, en la ausencia de certeza en la continuidad del empleo y en la falta de protección de los trabajadores que están en activo. Y, a la vez, en la proliferación de segundos empleos asociados a los trabajos *part-time*, la contratación de trabajadores a través de agencias de trabajo temporal, con el “contrato de cero horas” como exponente máximo de esa temporalidad, o la transformación en falsos *self-employment* frente a la expulsión total del mercado de trabajo¹⁸.

¹⁶ Sobre el concepto y definición de “trabajador atípico”, se refiere a factores de discriminación que llevan aparejados –“multidimensional”–, Cabeza Pereiro, J., *Ensayo sobre el trabajo precario y las personas vulnerables*, Laborum (Madrid, 2015), pp. 9-12.

¹⁷ Estudio de julio de 2016 titulado «Precarious employment in Europe: patterns, trends and policy strategies» http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587285/IPOL_STU%282016%29587285_EN.pdf. (fecha consulta 20-06-2017). Ya se alegaba a esas formas de empleo como precarias en Sciarra, S., “New discourses in labor law: part-time work and paradigm of flexibility”, en AA. VV., *Employment Policy and the Regulation of part-time work in the European Union* Cambridge University Press (Cambridge, 2004), p. 21.

¹⁸ Grimshaw, D., Johnson, M., Keizer, A., y Rubery, J., “Chapter 11: The gornance of employment protection in the UK: how the state and employers are undermining decent standards”, en AA. VV. (Editores Piasna, A. y Myant, M.), *Myths of employment deregulation: how it neither creates jobs nor reduces labour market segmentation*, European Trade Union Institute (ETUI) (Bruselas, 2017), p. 228.

Resulta indiscutible que el tiempo de trabajo constituye uno de los aspectos más relevantes dentro de cualquier prestación de servicios, pues influye directamente en la organización vital de las personas. Delimitar y distinguir el tiempo de trabajo del tiempo de descanso es una constante en todos los ordenamientos jurídicos, incluso desde el mismo momento del nacimiento del Derecho del Trabajo como ciencia, tal y como constata que el Convenio n.º 1 OIT se refiriese a ese tema¹⁹.

Pues bien, hoy en día, respecto de las prestaciones de servicios que se llevan a cabo a través o utilizando medios digitales, la delimitación de qué es tiempo de trabajo y qué no lo es, también resulta muy importante, incluso más, dadas las dificultades que implica esa diferenciación. En efecto, a parte de otras cuestiones derivadas de éstas, existen dos aspectos del tiempo de trabajo especialmente relevantes en torno a estas nuevas realidades y que van inevitablemente unidos entre sí, como dos caras de la misma moneda, por un lado, la flexibilidad extrema de la jornada laboral que radica en el hecho de que el trabajador deba estar “conectado”. Y, como consecuencia de lo anterior, la ausencia regulatoria de un derecho a la “desconexión”, con las implicaciones que acarrea esto sobre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

En definitiva, la disfuncionalidad de la protección jurídica que caracteriza a estas relaciones laborales atípicas o no estables, implica el aumento de las desigualdades sociales y el desarrollo del fenómeno de la pobreza laboriosa²⁰. Efectivamente, el desmantelamiento del principio de estabilidad en el empleo ha ido parejo a la imparable liberalización del mercado de trabajo, por eso hay autores que se cuestionan si el antídoto para recuperar la seguridad en el trabajo pasa por regular los contratos atípicos²¹.

2. ANÁLISIS DE LAS NOTAS DE LABORALIDAD EN EL CONTEXTO DIGITAL

Las nuevas realidades posibles que alberga el fenómeno de la denominada “economía colaborativa” resultan extraordinariamente distintas²² –incluso con-

¹⁹ C001 - Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1)

Convenio por el que se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales (Entrada en vigor: 13 junio 1921) Adopción: Washington, 1ª reunión CIT (28 noviembre 1919) - Estatus: Instrumento en situación provisoria (Convenios Técnicos).

²⁰ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrrer, M., “Trabajadores pobres y derecho del trabajo”, *Diario La Ley*, n.º. 7245, 2009, Editorial.

²¹ Fuchs, M., “¿Regular los contratos atípicos para convertirlos en instrumentos de la seguridad de trabajo?”, en AA.VV., *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, Bomarzo (Albacete, 2009), pp. 103 y ss.

²² Rodríguez-Piñero Royo, M., “El jurista del trabajo frente a la economía colaborativa”, en AA. VV. *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos* Bomarzo (Albacete, 2017), pp. 195-199.

trapuestas-, tanto que se ha observado una “fuerte ambivalencia intencionada” en su propia terminología²³.

La Comisión Europea, en su Comunicación sobre la “agenda europea para la economía colaborativa”²⁴ la define como “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”. Además, se refiere a los elementos centrales que la definen en torno a las tres categorías de agentes que implica. En primer lugar, los “prestadores de servicios...”, los propios clientes o “usuarios de dichos servicios” y, como elemento diferenciador, “los intermediarios que conectan” a ambos entre ellos a través de plataformas en línea, las “plataformas colaborativas”.

La descentralización empresarial y la globalización económica conllevan importantes dificultades para identificar al empresario real, así como el establecimiento de estructuras verdaderamente representativas de los intereses de los trabajadores²⁵. Esta dificultad se acrecienta respecto de los que prestan servicios a través de plataformas digitales a cambio de un precio que fijan éstas directamente con el cliente que contacta con ellas. Por lo tanto, quedan fuera de éste ámbito conceptual las actividades en las que diferentes particulares, de común acuerdo, comparten los gastos que conlleva una determinada circunstancia del día a día²⁶.

Desde la perspectiva laboral estricta, existen dos formas de trabajo típicas: el “crowdwork”, el trabajo colaborativo *on line*, y el “work on-demand via apps”, el trabajo bajo demanda via aplicaciones de móviles”. Con independencia de las diferencias intrínsecas de cada una de estas modalidades en cuanto a la especialización de los prestadores de los servicios o la propia duración de la tarea encomendada²⁷, el problema se plantea respecto de quiénes ponen a disposición de las plataformas digitales su tiempo y esfuerzo para desarrollar actividades que éstas le facilitan y en cuyo desenvolvimiento les supervisan. En estos casos, la controversia

²³ Trillo Párraga, F., “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, Revista de Derecho Social, nº. 76, 2017, p. 70.

²⁴ Comunicación “Una agenda europea para la economía colaborativa”, de 2 de junio de 2016. COM (2016) 356 final. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2001_es.htm (fecha consulta 11-10-2018).

²⁵ Rodríguez Rodríguez, E., “La dimensión organizativa empresarial como factor condicionante en el ejercicio de los derechos laborales”, Revista de Documentación Laboral, nº. 107, 2017, pp. 47-73.

²⁶ Por ejemplo, *BlaBlaCar* u otros similares, en la que no existe enriquecimiento para nadie. Esas relaciones de “buena vecindad” o “benevolencia” escapan del ámbito de aplicación del ordenamiento laboral, tal y como claramente expone el artículo 1.3, d) ET, y así se han manifestado los Tribunales, por ejemplo: SSTSJ Galicia 26 octubre 2011, rec. 3136/2011; Andalucía/Sevilla 31 mayo 2012, rec. 2684/20.

²⁷ De Stefano, V., “La ‘gig economy’ y los cambios en el empleo y la protección social”, Gaceta Sindical: reflexión y debate, nº. 27, 2016, pp. 5-6.; sobre el mismo aspecto y con un riguroso análisis de estas cuestiones conceptuales, Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Economía de las plataformas (*platform economy*) y contrato de trabajo”, Ponencia en *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social*, 8 y 9 de marzo de 2017. *op. cit.*

radica en resolver cuál es la verdadera naturaleza del vínculo entre la plataforma digital y el prestador del servicio, es decir, delimitar si se trata de autónomos, por lo que desenvuelven su servicio con autonomía organizativa y siendo los únicos destinatarios de los riesgos y los frutos del trabajo realizado, o deberían considerarse trabajadores por cuenta ajena, es decir, bajo las directrices de la plataforma correspondiente que podrá ejercer su capacidad sancionadora en caso contrario.

En efecto, las abundantes innovaciones en las formas de trabajo atípico unidas a la proliferación de plataformas digitales que prefieren huir su verdadera condición de empleadores, reaviva el debate que se ha venido planteando al Tribunal de Justicia sobre la necesidad de delimitar conceptos como “relación laboral por cuenta ajena” o el de “trabajador”, a efectos de la aplicación del Derecho de la Unión Europea. La numerosa jurisprudencia europea existente sobre estos temas ha dictaminado que esos conceptos –en especial, con relación al de “trabajador”– conforman una única definición inalterable y al margen de las legislaciones nacionales²⁸. Así lo estableció en uno de los primeros pronunciamientos sobre el tema, el asunto “Lawrie-Blum”²⁹, en el que definió al trabajador como “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”. Y se recalca que no será oponible a tal concepto la índole jurídica que une al trabajador con el empresario (Derecho Público o contrato privado), al igual que carece de interés para el concepto de trabajador a efectos de ejercer el derecho de libre circulación que el profesor esté en periodo de prácticas o que imparta un número reducido de horas a la semana.

Es decir, desde la Unión Europea se va a imponer el concepto material de trabajador “por cuenta ajena”, frente a las perspectivas formales, sin duda más restrictivas, sobre todo en atención a los objetivos de las normas europeas en

²⁸ STJUE de 11 de noviembre de 2002, *Danosa*, asunto C-232/09 (ECLI:EU:C:2010:674), sentencia que había determinado que la naturaleza *sui generis* de una relación laboral no puede tener consecuencias de ningún tipo en la condición de trabajador a efectos de Derecho de la Unión. En concreto declaró que “un miembro de un consejo de dirección de una sociedad de capital, que, a cambio de una retribución presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de la sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, cumple los requisitos para poder ser calificado de ‘trabajador’ en el sentido del Derecho de la Unión”.

²⁹ STJUE de 3 de julio de 1986, asunto C- 66/85. (ECLI:EU:C:1989:226). La sentencia tiene por objeto la reclamación de una profesora británica, a la que se le impide acceder a un puesto de profesor en la escuela pública de Alemania por no tener dicha nacionalidad. La actora considera que se está infringiendo el art. 48 del Tratado de CEE, por no permitir la libre circulación de trabajadores. Por otro lado, el Estado alemán considera que es de aplicación la excepción que prevé dicho artículo a la libre circulación, al entender que se trata de un empleo en la Administración Pública. Finalmente, el TJUE concluye que la excepción que se alega de empleo público se debe tratar de forma restrictiva y sólo para actividades que supongan ejercicio del poder público. Para llegar a esa conclusión el tribunal debía primero resolver si la actora podía ser considerada trabajadora en el sentido del art. 48, a lo cual respondió afirmativamente.

materia de libre circulación de personas y trabajadores, o respecto de la seguridad social de los migrantes³⁰.

Según el Tribunal, la característica esencial para que pueda considerarse una actividad como laboral y, por tanto, calificarse a su prestatario como trabajador, será que una persona “durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, realice determinadas prestaciones, a cambio de las que recibe una retribución”, con independencia de la calificación jurídica de la relación contractual por los ordenamientos nacionales. Así, se ha estimado este concepto amplio para la aplicación efectiva de ciertas Directivas, como la relativa a las trabajadoras embarazadas³¹, los trabajadores computables a efectos de los umbrales del despido colectivo³² o trabajadores con contratos de duración determinada o contratados por una empresa de trabajo temporal, pese a su escasa retribución o duración³³. Es decir, no será determinante y mucho menos excluyente, a estos efectos, que se trate de un trabajo que se pueda calificar como “marginal o de escasa entidad” y, por tanto, podría ser extrapolable en el marco de las “microtarefas” ejecutadas en las plataformas.

Aunque el concepto de trabajador elaborado por el TJUE está muy delimitado a través de sus numerosas sentencias, es de destacar que existe la propuesta de reforma de la Directiva 91/533/CEE, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, COM/2017/0797 final - 2017/0355 (cod), recoge una definición del concepto de trabajador comunitario. En aras de alcanzar su objetivo primordial de establecer condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, el art. 2.1.a) señala que por el término “trabajador” se entiende a “una persona física que durante un periodo de tiempo determinado realiza servicios para otra persona, y bajo su dirección, a cambio de una remuneración”.

Por lo tanto, ante las “fronteras móviles” del Derecho del Trabajo, se puede afirmar que la jurisprudencia –y las propuestas normativas- se centra en la realidad objetiva, primando el hecho de que las prestaciones personales sean reales y

³⁰ Casas Baamonde, M^a. E., “Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas. ¿Hacia un trabajo digno?”, *op. cit.*, pp. 870.

³¹ STJUE de 20 de septiembre de 2007, *Sari Kiiski*, asunto C-116/06 (ECLI:EU:C:2007:536). Considera contraria a la Directiva 92/85/CEE la existencia de normativa nacional que excluye el embarazo como motivo para modificar un permiso parental previsto por la Directiva 96/34/CE, lo que en este caso conlleva la pérdida de derechos inherentes al permiso de maternidad.

³² SSTJUE de 9 de julio de 2015, *Balkaya*, asunto C-229/14 (ECLI:EU:C:2015:455), y de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, asunto C-422/14 (ECLI:EU:C:2015:743).

³³ STJUE de 17 de noviembre de 2016, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH versus Ruhrlandklinik gGmbH*, asunto C-216/15 (ECLI:EU:C:2016:883). Los trabajadores de empresas de trabajo temporal, cuyo concepto y ámbito se regularán por la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, con independencia del carácter lucrativo o no de la propia actividad empresarial. El TJUE estima que se trata de trabajador de ETT el personal de enfermería sin contrato de trabajo puesto a disposición de un establecimiento sanitario por una asociación sin ánimo de lucro.

efectivas. El propio Parlamento europeo se refiere a los “indicios específicos” que ya recogió la OIT, para determinar que nos hallamos ante una relación laboral³⁴. Del mismo modo han sido recogidos por la Comisión Europea, aunque insiste en la necesidad de individualización respecto de cada actividad para determinar si se trata de plataformas digitales o de provisión del servicio³⁵.

Esos “indicios”, con diversas variantes en la práctica, son la dependencia o subordinación a un tercero que dirige cómo se hace el trabajo, el aprovechamiento personal como contrapartida al esfuerzo realizado y la inexistencia de la asunción de riesgos financieros por parte de quién presta el servicio. Tal y como señala la Recomendación 198 de la OIT, sobre la relación de trabajo, ya en 2006, los indicadores mínimos de una relación laboral se relacionan directamente con la realización de una actividad bajo las instrucciones y el control de un tercero, la integración del trabajador en la empresa, el aprovechamiento por un tercero del beneficio del trabajo que personalmente realiza el trabajador, pero resulta fundamental que todo ello se desarrolle en un lugar y en un horario predeterminado, con cierta continuidad y duración, pero fundamentalmente que el trabajador esté sujeto a una mínima disponibilidad respecto del objetivo empresarial. A través de estos criterios se pretende garantizar la protección mínima que marca la propia OIT respecto de los trabajadores vinculados a través de una relación laboral.

Por lo tanto, la utilización de las nuevas tecnologías en el modelo de negocio no conlleva *per se* que la relación jurídica entre el que ocupa la titularidad empresarial y el prestador del servicio resulte directamente excluida del ámbito laboral. En concreto, sobre el transporte, un importante sector de los autores mantiene que la innovación tecnológica no es motivo suficiente para excluir a los prestadores del servicio de la categoría de trabajadores por cuenta ajena, es decir, mercedores de la aplicación de la normativa laboral. De hecho, debe compartirse la apreciación que le ha señalado la doctrina al legislador español sobre la oportunidad perdida de haber aprovechado la reciente modificación de la LETA para clarificar esta cuestión en nuestro ordenamiento³⁶.

Las consecuencias inmediatas de alejar del Derecho del Trabajo a los empleos surgidos en el entorno de las plataformas digitales son la inaplicación de las normas de derecho necesario y, en su caso, del convenio colectivo correspondiente. En efecto, aunque pueda afirmarse que se trata de trabajadores “ordinarios”, en la mayoría de los supuestos obligarán a la adaptación del Estatuto de los Trabajadores

³⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, *op. cit.* Y OIT, sobre el Programa de trabajo decente, <http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>; (fecha de consulta 20-07-2018).

³⁵ Comunicación “Una agenda europea para la economía colaborativa”, de 2 de junio de 2016. COM (2016) 356 final.

³⁶ Alfonso Mellado, C. A., Fabregat Monfort, G., Pardo Gabaldón, R., “Reformas urgentes en materia de trabajo autónomo”, *Revista de Derecho Social*, n.º. 80, 2018, pp. 27-55.

y de la normativa laboral en su conjunto, a sus peculiares condiciones como su tiempo de trabajo y de descansos –vacaciones, permisos, horas extraordinarias, etc.–, lugar de trabajo, seguridad y salud laboral, percepción salarial o la propia potestad de control por parte del empleador³⁷. No obstante, se trata de la propia actualización de la normativa laboral a las nuevas formas de comunicación y, no tanto, innovaciones que justifiquen un nuevo concepto de esos aspectos básicos de la prestación laboral. Se puede afirmar que “se asiste a una subordinación jerárquica de corte clásico”³⁸, a pesar de que en la formalización jurídica del negocio se haya pretendido alejarse de las garantías del ordenamiento jurídico hacia los trabajadores.

En otras palabras, la calificación como laboral de la naturaleza del vínculo entre el trabajador y la plataforma no implica que las características del negocio se ajusten a las previstas en la regulación legal, pues puede tratarse de una verdadera relación laboral común, pero con otra apariencia fraudulenta. De manera que la teórica libertad del trabajador para aceptar o no los encargos que le llegan a través de la plataforma y que están retribuidos según un pacto previo con la misma, se aleja de la posibilidad de que se concierten a través de sucesivos contratos para obra o servicio determinado ya que constituyen una actividad habitual y continuada, lo que desvirtúa el objeto de ese tipo de contratos que está previsto para actividades que sean diferenciadas y autónomas dentro del normal desarrollo empresarial³⁹.

Para comprobar como encajan estos empleos “on line” de las plataformas digitales en los aspectos más concretos y problemáticos de la regulación actual, conviene analizar ahora esos regímenes, teniendo en cuenta las ópticas posibles que ofrece nuestra legislación en relación con el trabajo dependiente o *cuasi* dependiente.

Respecto del trabajador por cuenta ajena clásico, el que está incluido en el ámbito subjetivo del art. 1.1 ET, el primer escollo se podría presentar sobre la duración de la jornada de trabajo porque, según establece el artículo 34 del ET, no podrá superar unos límites máximos, no obstante, no se prevé un mínimo legal, más allá de la obligación de información por escrito al trabajador cuando superen una determinada duración. En la misma línea de dejar libertad a las partes, la distribución de la jornada será la que se pacte en convenio colectivo o en el propio contrato de trabajo. Ahora bien, en los contratos a tiempo parcial la ley exige

³⁷ Suárez Corujo, B., “The sharing economy: the emerging debate in Spain”, *Spanish Labour and employment Relations Journal*, 1-2. Vol. 6, 2017, pp. 30-41.

³⁸ Trillo Párraga, F., “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *op. cit.*, p. 137.

³⁹ García Rubio, M^a. A., “La prestación de servicios a través de las plataformas digitales: ¿Nuevas cuestiones y soluciones jurídicas desde la perspectiva del trabajo?”, en AA.VV., *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, (Valencia, 2018), pp. 189-216. Con abundantes citas jurisprudenciales al respecto: STS 15 julio 2009, recud. 3787/2008; SSTSJ Asturias 16 febrero 2001, rec. 2118/2000; Cataluña 13 abril 2007, rec. 2680/2007; País Vasco 31 marzo 2015, rec. 393/2015.

incluir, desde el momento de su conformación, “el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo” [artículo 12.4, a) ET], por lo que, en ausencia de previsión convencional, debe establecerse a través de un acuerdo entre el empresario y el trabajador en el propio contrato laboral⁴⁰.

Otro aspecto fundamental que hay que tener en cuenta en el ámbito de las relaciones laborales es que la retribución del trabajador debe establecerse “en la misma cantidad o a partir del salario mínimo interprofesional marcado legalmente” (artículo 27 ET). Se trata de un derecho irrenunciable y no podrá compensarse “porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador” (artículo 30). Por lo tanto, como señala la doctrina y la jurisprudencia, se consideran nulas las cláusulas por las que el trabajador renuncia a su remuneración en caso de que la empresa no le proporcione las horas de trabajo concertadas⁴¹.

A partir de estas premisas normativas, parece que el servicio que dispensan los empleados conectados a las plataformas digitales, caracterizado precisamente por prestarse “bajo demanda” –*on demand*–, se aleja de los cánones establecidos para encontrar cobijo en la legislación laboral clásica. En esa línea, se defiende como alternativa a este vacío legal, la creación de una relación laboral especial que se refiera en exclusiva a los trabajadores de las plataformas digitales⁴², haciendo uso de la potestad legislativa del artículo 2.1.2 ET para declarar “otros trabajos” como relaciones laborales especiales, a parte de las que enumera ese mismo precepto en el apartado anterior. No obstante, se trata de excepciones que vienen determinadas por las concretas circunstancias en las que se lleva a cabo la prestación o bien, el propio objeto de la misma, exigiendo una justificación proporcionada y objetiva, pues de lo contrario podría incurrir en una discriminación⁴³.

En los supuestos que nos ocupan, la única peculiaridad proviene de la forma que el empresario ha elegido para organizar la producción. No existe, más allá de esa “conexión” con la plataforma, otra diferenciación con una empresa “ordinaria” que establezca *ab initio* el horario de trabajo y el salario concreto, por lo que esto no legitima a las plataformas digitales a contar con un régimen concreto para sus empleados. De hecho, con una regulación especial se podría correr el riesgo de incurrir en competencia desleal, al privar de ese régimen específico a quién respeta

⁴⁰ STSJ I. Canarias/Las Palmas 22 junio 2016, rec. 373/2016.

⁴¹ Llama la atención sobre esta cuestión, García Rubio, M^a. A., “La prestación de servicios a través de las plataformas digitales...”, *op. cit.*, pp. 192-195. STSJ País Vasco 18 noviembre 2014, rec. 2005/2014.

⁴² Todolí Signes, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2017) TOL6.082.961, en concreto fijándose en la autonomía técnica a la hora de llevar a cabo el servicio o la prestación.

⁴³ Al respecto, García Rubio, M^a. A., “La prestación de servicios a través de las plataformas digitales...”, *op. cit.*, pp. 195-197, se refiere al artículo 14 CE como mínimo infranqueable.

la regulación laboral ordinaria y, por tanto, se ajusta a la legalidad vigente. Como advierte parte de la doctrina, ese desplazamiento de los sistemas tradicionales de regulación podría implicar una precarización de las condiciones laborales permanente e incluso que la destrucción de empleo “no digital” no consiga compensarse, ni a largo plazo⁴⁴.

Otra opción que se ha barajado para dar cobertura dentro de nuestro ordenamiento jurídico a estas nuevas realidades ha sido encuadrar a estos trabajadores en la modalidad de trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE). Como es sabido, se trata de una figura “intermedia”, de creación legislativa, cuyos derechos laborales aparecen minorados en comparación con un trabajador por cuenta ajena, pero cuya sujeción o dependencia económica de un empresario principal, le hace merecedor de un régimen jurídico propio. Su reducida repercusión en la práctica se debe precisamente a su indefinición y a los intensos requisitos legislativos que se imponen para formar parte de su ámbito subjetivo, sin que el trabajador, en realidad, deje de ser un autónomo o un trabajador por cuenta ajena, al uso⁴⁵.

Respecto a las plataformas digitales con empleados a su cargo, podría plantearse que el trabajador adquiriría esta condición cuando, además de desarrollar su trabajo de modo independiente y por cuenta propia, realiza su actividad de forma habitual (artículo 1.1 Ley 20/2007). Ahora bien, dentro de esas previsiones se encuentra la obligación de establecer “el régimen de descanso semanal y el correspondiente a los festivos, la cuantía máxima de la jornada de actividad y, en el caso de que la misma se compute por mes o año, su distribución semanal” (artículo 14 Ley 20/2007 y arts. 4.2.d] y 6.2 RD 197/2009). Estas limitaciones sobre la determinación de la jornada laboral, aunque con posibilidades de flexibilizarla con posterioridad con ciertos límites, de nuevo contraviene la libertad horaria y la total disponibilidad del trabajador exigida por este tipo de empleador, defensores del *on-call work*.

Analizada la legislación vigente, se observan vacíos que podrían suponer un impedimento importante para ofrecer un refugio legalmente plausible a estos trabajos “on line”, al menos con su regulación actual. Dado que tampoco parece que se ajuste a derecho la idea de crear una relación laboral especial para este tipo de empleos, conviene realizar un análisis de los indicios de laboralidad típicos para determinar su verdadera naturaleza jurídica. Hay que tener en cuenta que debe

⁴⁴ Rodríguez Fernández, M^a. L., “Plataformas, *microworkers* y otros retos del trabajo en la era digital”, Contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos” en la Conversación II “Trabajo decente para todos”. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548596.pdf (fecha de consulta 03-09-2018).

⁴⁵ Se ha tildado de “fracaso”, al haber únicamente unos diez mil inscritos en este régimen, a pesar de la proliferación de trabajadores autónomos sin trabajadores a su cargo que existen en el ámbito español de relaciones laborales, Todolí Signes, A., “El impacto de la “UBER ECONOMY” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor* n^o. 3, 2015, p. 20.

realizarse su análisis de manera conjunta y sistemática, por lo que la inexistencia o gran debilidad de alguna de ellas no implica la falta de laboralidad si en conjunto están presentes las restantes.

Para los trabajos prestados en el ámbito de la economía digital el elemento del trabajo personal tiene mucha importancia. El hecho de que el trabajador pueda hacerse sustituir en la prestación del servicio puede ser determinante para calificar la relación como laboral o no. En Juzgado nº 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018⁴⁶, se discute si los trabajadores que realizan el transporte de los pedidos de la empresa Deliveroo (ROOFOODS SPAIN S.L.U.) son trabajadores autónomos o por cuenta ajena. Uno de los elementos a los que el Juzgado presta especial atención es a la facultad para subcontratar la prestación del servicio que figura en el contrato firmado por las partes. La cláusula 9 se dice: “9.- Subcontratación. El Proveedor podrá transmitir los derechos y obligaciones derivados del presente contrato, o subcontratar con terceros la ejecución de sus obligaciones derivadas del mismo. La empresa podrá transmitir sus derechos y obligaciones a terceros, siempre que el Proveedor y estos terceros acepten por escrito la vinculación al presente Contrato”. A pesar de esta redacción, el Juzgado considera que la eventual subcontratación es la excepción y no la regla -de la que además no se ha hecho uso nunca-, lo cual es conforme con la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁷. Así, el Juzgado considera que “no obsta a la existencia de dependencia antes referida, el hecho alegado por la demandada de que el trabajador pudiera subcontratar el trabajo por cuanto, de la prueba practicada ha quedado acreditado que la subcontratación era totalmente residual, sin que conste que el trabajador hiciera uso de ella en momento alguno, resultando, además, de la lectura del contrato que la subcontratación de los servicios acordados con terceros requería previa autorización de la empresa por escrito”.

A similar conclusión llegó la Corte Suprema del Reino Unido, en el caso “Pimlico Plumbers v Smith”, en sentencia de 13 de junio de 2018⁴⁸. En este caso un trabajador prestaba servicios de fontanería para la aplicación Pimlico Plumbers, que establecía las condiciones de prestación del servicio. A tal efecto las partes firman un contrato en el cual se prevé la posibilidad de sustitución del trabajador. Dicha facultad, en la práctica, le fue atribuida de forma insignificante y limitada, pues, el sustituto debía ser también un miembro de la plataforma⁴⁹. Es

⁴⁶ Sentencia nº 244/2018.

⁴⁷ Destacan la STS de 20 de enero de 2015, rec. 587/2014; y la STS de 25 de enero de 2000, rec. 582/1999; la STS de 27 de noviembre de 2007, rec. 2211/2006. En sentido contrario, existen sentencias que no admiten mínimas o puntuales excepciones al carácter personalísimo, *vide* STS de 17 de junio de 2010, rec. 3847/2009.

⁴⁸ Judgment date: 13 Jun 2018; Neutral citation number: [2018] UKSC 29; Case ID: UKSC 2017/0053; Justices. Lady Hale, Lord Wilson, Lord Hughes, Lady Black, Lord Lloyd-Jones.

⁴⁹ Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Riders Take Eat Easy: son trabajadores por cuenta ajena (y nota al caso Pimlico Plumbers, UK)”, <https://ignasibeltran.com/2018/06/13/riders-take-eat-easy-son-trabajadores-por-cuenta-ajena-y-nota-al-caso-pimlico-plumbers-uk/> (10/12/2018).

más, el Tribunal afirma que esta facultad es “el caso inverso de una situación en la que la otra parte no está interesada en la identidad del sustituto, siempre que el trabajo esté terminado”.

Por tanto, la doctrina tradicional conforme a la cual una esporádica o eventual facultad de sustitución del trabajador no implica que la prestación del trabajo no se desarrolle de manera personal, es aplicable al contexto de prestación de servicios para plataformas digitales.

Sobre las notas de la retribución, la ajenidad y la dependencia, puede afirmarse que las personas que responden a los encargos que le llegan a través de una determinada plataforma, la cual por contraprestación les transmite una parte de la cantidad abonada por el cliente, carecen de una organización empresarial propia y autónoma.

El caso paradigmático, y de los primeros en llegar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es el de los conductores de Uber⁵⁰. Desde sus comienzos argumenta que prescinde de trabajadores porque su objeto social se limita a la puesta a disposición de una plataforma virtual en a que los clientes puedan localizar a la persona concreta que le prestará el servicio, percibiendo por ello un porcentaje del precio que el recibe el prestador, lo que ha sido objeto de múltiples pronunciamientos de los tribunales nacionales, en diferentes sentidos⁵¹. También existen muchos estudios doctrinales que han examinado la naturaleza jurídica existente entre Uber y esos conductores urbanos⁵².

La cuestión ha llegado a la Gran Sala ya en dos ocasiones. La primera, en el asunto “Uber System Spain, S.L.”⁵³, reconoce que Uber ejerce “cierto control” sobre la actividad descrita y que no se limita a poner en contacto a los clientes con empresarios anónimos, es decir, se trata de un “servicio en el ámbito de los transportes”, por lo que “incumbe a los Estados miembro regular las condiciones de prestación de servicios de intermediación como los controvertidos en el litigio principal, siempre que se respeten las normas generales del Tratado FUE” (apartado 47). Y, recientemente, en el asunto “Uber France SAS”⁵⁴, tras reiterar que se trata

⁵⁰ Resulta tan ejemplificativa de este nuevo tipo de relaciones de producción que incluso se ha adoptado en nombre de “ubereconomía” para definir este tipo de actividades bajo demanda. Sobre la evolución y el concepto, Freedland, M. R., “Employees, workers and ‘the sharing economy’”. *Changing practices and changing concepts in The United Kingdom*, Spanish Labour and employment Relations Journal, N.º 1-2. Vol. 6, noviembre 2017, pp. 16-29.

⁵¹ Sobre esos pronunciamientos en EEUU, Brasil, Francia, Italia y España, GARCÍA RUBIO, M.ª A., “La prestación de servicios a través de las plataformas digitales...”, *op. cit.* 190-191.

⁵² Mercader Uguina, J., sobre “Work and platform economy”, en la revista Spanish Labour and employment Relations Journal, n.º. 1-2, vol. 6, noviembre 2017. También, Cavas Martínez, F., “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el derecho del trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 406/2017, pp. 45-46.

⁵³ STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-434/15, asunto “Asociación Profesional Élite Taxi” contra “Uber System Spain, S.L.”.

⁵⁴ STJUE de 10 de abril de 2018, C-320-16, asunto “Uber France SAS” *versus* “Nabil Bensalem”.

de una actividad de transporte de personas, remitiéndose al pronunciamiento de diciembre de 2017, y por tanto, excluido del ámbito de aplicación de las normas y Directivas relativas a los servicios de la sociedad de la información (apartado 27). Es decir, esta prestación se caracteriza por una posición de subordinación y ajenidad del prestador del servicio respecto de Uber y no escapa del ámbito mercantil.

Como acreditan las actas de la Autoridad laboral deben cumplir unas concretas instrucciones e indicaciones a la hora de llevar a cabo el servicio, cuyas tarifas están predeterminadas por la aplicación -prohibiéndose, incluso, que acepten propinas- la cual puede “desactivados” si rechazan “demasiados viajes”, cuestión que determinará ella misma.-. Además, el usuario sólo puede contratar ese servicio de transporte a través de la plataforma, sin que el conductor pueda libremente decidir a quién lleva, sino que se limita a seguir las instrucciones que le llegan desde la aplicación. En este sentido, se constata la falta de autonomía en la organización y la ausencia de ajenidad en los medios productivos de mayor relieve y significado, como es la propia plataforma informática y no tanto el propio vehículo⁵⁵.

En efecto, sobre los indicios típicos de laboralidad, la retribución es uno de los indicios clásicos más claros, con independencia de que sea variable se considera integrada en el concepto de salario del artículo 26 ET. Es más, el hecho de que la cuantía final del monto salarial sea decisión de la empresa, se vincula a la potestad empresarial directamente, en tanto que será quién asume el riesgo y ventura del negocio. En la STS de 7 de noviembre de 2017, el Tribunal no reconoce como relación laboral la actividad que prestaban unos músicos para una Fundación catalana. Entre otros indicios considera que las cantidades recibidas eran en concepto de compensación por los gastos que les ocasionaban las actuaciones, negando por tanto que exista remuneración⁵⁶. También pueden existir casos dudosos cuando lo abonado se denomina como “igualada” y no como salario⁵⁷.

Por lo que respecta a las plataformas digitales, la jurisprudencia española ha destacado como un indicio de laboralidad que el cliente deba de pagar a la plata-

⁵⁵ Ginés I Fabrellas, A. y Gálvez Durán, S., “Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital, *InDret*. Revista para el análisis del Derecho, n.º 1, 2016, pp. 20-25, analizando el informe de la Inspecció de Treball de Catalunya en su informe de 9 de marzo de 2015 y poniéndolo en relación con distintos pronunciamientos de las cortes de justicia estadounidenses sobre Uber.

⁵⁶ Rec. 3573/2015. Señala: “En conclusión: no existe relación laboral cuando una Fundación Musical compensa a los músicos por una parte de los gastos que su actividad genera (sin salario alguno), éstos poseen libertad para acudir a ensayos o conciertos (no siendo sancionados si faltan), organizan su propia sustitución cuando su instrumento es imprescindible (para el ensayo o concierto) y aportan instrumental propio (cuyo mantenimiento soportan)”.

⁵⁷ STS de 12 de junio de 2012, rec. 1831/2011, se reconoce la relación laboral considerando que lo denominado como igualada no responde a la realidad, de acuerdo con estas consideraciones: “[...] fácilmente se advierte que no estamos ante una igualada, porque la retribución se ha pactado en función del tiempo de trabajo, sin la aleatoriedad propia de la igualada, y, de acuerdo con una previa determinación de ese tiempo que vincula a las partes; hay también prestación en el marco de la organización del empleador, algo por completo ajeno a la igualada”.

forma y no directamente al prestador del servicio⁵⁸. Si bien, no se trata de un criterio unánime. Así, el Juzgado nº 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018⁵⁹, que resolvió sobre la existencia de vínculo laboral entre los repartidores y la empresa Glovo (GLOVO APP 23, S.L.), llegó a una conclusión distinta a la del Juzgado de Valencia referida con anterioridad respecto de los repartidores de Deliveroo. En ambos casos, las empresas retribuyen al trabajador confeccionando ellas mismas las facturas que después envían al trabajador para su visado. En el ámbito del trabajador autónomo, será éste el que confeccione su factura, que remitirá al cliente para su abono. Sin embargo, para el juzgador madrileño no es determinante a los efectos de calificar el tipo de relación laboral. Únicamente incide en que el repartidor asume el riesgo y ventura de cada pedido, por lo que niega el carácter laboral de la relación. Esta problemática no aparece en el caso de Deliveroo, en el que el trabajador percibía su retribución independientemente del cobro por parte de la empresa.

En relación con la ajenidad, como nota de laboralidad, implica que el producto no es propiedad del trabajador en ningún momento, ni existe, por tanto, una transmisión del bien o servicio producido. En los trabajos consistentes en una prestación de servicios, la ajenidad implica que la ejecución del trabajo se realiza conforme a las exigencias y conveniencias del empresario. Tal y como ha señalado la jurisprudencia, lo importante es a quién pertenecen los medios imprescindibles y a quién repercuten los frutos principales⁶⁰.

Este es un argumento de peso para concluir que los repartidores no son trabajadores autónomos porque el medio principal para realizar la actividad (la app) les es ajeno. A este respecto es muy criticable la sentencia, ya mencionada, del Juzgado de Madrid de 3 de septiembre de 2018 (Glovo) cuando afirma que “las principales herramientas de trabajo (moto y teléfono móvil) son propiedad del trabajador”. Por otro lado, la misma sentencia relativiza la importancia de la aplicación informática considerando que es sólo una “herramienta a través de la cual la empresa oferta los recados”. A este respecto parece más acertada la conclusión a la que llega la sentencia del Juzgado de Valencia de 1 de junio de 2018, también referida con anterioridad, cuando afirma que “se ha probado, así mismo, que el trabajador, aun cuando aportaba para el trabajo su bicicleta y su teléfono móvil, carecía de organización empresarial, siendo la empresa, la titular de la plataforma

⁵⁸ STS de 6 de octubre de 2010; rec. 3992/2010.

⁵⁹ Sentencia nº. 284/2018.

⁶⁰ STS de 24 de enero de 2018, rec. 3394/2015 resuelve sobre la condición de trabajador por cuenta ajena de un instalador de ascensores. Del mismo modo, STS de 6 de octubre de 2010, rec. 2020/2009, que discute sobre la relación laboral que une a los trabajadores con una empresa de doblajes de cine y televisión. En la misma línea, STS de 24 de junio de 2015, rec. 1433/2014, que en el hecho décimo reconoce que la empresa era “titular única, en exclusiva y con facultad de transmisión a terceros de todos los derechos de propiedad intelectual sobre el contenido de las producciones audiovisuales realizadas [...]”.

virtual, con el nombre comercial “Deliveroo” en la que, a través de una aplicación informática -APP-, se organizaba la actividad empresarial”.

Finalmente, la nota de laboralidad referida a la dependencia, entendida como la subordinación al ámbito de dirección y control del empresario, supone la característica básica sobre la que pivotan la mayoría de los pronunciamientos judiciales relativos a esclarecer la naturaleza jurídica de la relación laboral los trabajadores “on line” de las plataformas digitales. Respecto a algunos trabajos tales notas de dependencia aparecen muy debilitadas al tratarse de prestaciones de servicios que gozan de amplia libertad en la ejecución de las mismas o que se rigen por exigencias deontológicas o profesionales. O visto de otro modo, cuando el trabajador carece de una organización empresarial propia, se entiende que se incluye en el ámbito organizativo de otra empresa. Un indicio de la existencia de ese círculo rector empresarial es el hecho de prestar los servicios en locales de la empresa o con medios de la misma. Otros indicios usados por la jurisprudencia son la asistencia a un centro de trabajo o lugar designado por la empresa, el sometimiento a un horario o el uso de uniformes, marcas o signos distintivos⁶¹.

En cuanto al poder de dirección (dirección funcional) que tiene la plataforma digital, es posible que la misma facilite instrucciones precisas al trabajador de cómo realizar el trabajo. Así sucede en el caso Deliveroo, en el que la empresa facilitaba al repartidor una extensa y detallada información de cómo debía realizar los repartos. El trabajador debía descargarse la aplicación en su teléfono móvil, formar parte de un grupo de la aplicación de mensajería Telegram, comportarse frente al cliente de acuerdo a unos códigos preestablecidos y acudir al lugar indicado por la empresa al inicio de los turnos, el denominado “centroide”.

Pero también es posible que la plataforma no sea tan exhaustiva en sus directrices y le permita al trabajador desempeñar su trabajo con más autonomía funcional. Este es el caso de Glovo, en el que el trabajador no tenía obligación de comenzar o finalizar su jornada en una determinada hora, no se le facilitaban instrucciones de cómo realizar el pedido, ni se le indicaban las franjas horarias a cubrir. Si bien, hay que matizar que se debía atender al cliente con la marca de Glovo y su atuendo, lo que se puede entender como una forma de instrucción en la ejecución del trabajo. Pues bien, aún en el supuesto de Glovo, no impide la calificación de la relación como laboral el hecho de que la dependencia funcional estuviera muy debilitada. Así ocurre también en el caso de los traductores -*vide supra* STS 16 de noviembre

⁶¹ Por ejemplo, la STSJ Madrid de 24 de marzo de 2014, rec. 1939/2013, sobre el Director de la Federación nacional de Karate, cuya ausencia de un control sobre su horario y actividades concretas, le sitúan al margen del art. 1.1. ET. O la STS 10 de julio de 2007, rec. 1412/2006, en la que se discute la relación laboral de los odontólogos que prestan servicios para una clínica dental, se destaca la ausencia de organización empresarial propia de cada trabajador, sin la cual no podrían prestar el servicio. Finalmente, en la conocida STS de 7 de noviembre de 2017, rec.3573/2015, en la que se constata que la ausencia de control y sanción y la carencia de dirección funcional, pues eran los propios trabajadores -unos músicos- los que se autoorganizaban -se convocaban por email a los ensayos-, impide calificar como relación laboral la mantenida con la concreta Fundación Musical.

de 2017-, en los que no existen indicaciones de cómo realizar su trabajo porque el mismo descansa plenamente en el elemento personal.

En cuanto al poder de control y sanción de que disponen las plataformas, algún autor ha señalado dos cuestiones muy relevantes. Primero, la gran capacidad de control y monitorización sobre el trabajador. Y segundo, la facultad de sancionar no desaparece por el hecho de no ejercitarse⁶². Así pues, las empresas digitales no necesitan controlar de manera exhaustiva la ejecución del servicio ya que los usuarios o clientes lo hacen por ellas. Un rasgo común en todos los servicios que ofrecen las plataformas digitales son los sistemas de puntuación o valoración del servicio que ponen a disposición del cliente.

3. EL DEBER DE ESTAR “CONECTADO” O EL TIEMPO DE TRABAJO

En efecto, el tiempo de trabajo es una de las instituciones que más se ha modificado tras la irrupción de las nuevas tecnologías en el mundo laboral. La ausencia de un concepto unívoco sobre qué es tiempo de trabajo⁶³ hace que se defina desde la vertiente negativa, es decir, todo el tiempo que es descanso no es tiempo de trabajo. Ahora bien, incluye una serie de acepciones que tienen que ver con la duración cuantitativa de la relación laboral, dentro de la que se incluyen los conceptos de jornada laboral, horario, descansos u otros conceptos de difícil configuración que tienen que ver con la flexibilidad y su evolución⁶⁴.

Tradicionalmente la jornada laboral deberá estar marcada por el empresario, respetando lo que se establezca en las normas legales y, en su caso convencionales, de aplicación. Siempre se ha considerado, por lo tanto, como uno de los aspectos fundamentales dentro de la esfera organizativa del empresario, a la vez que constituye uno de los indicios determinantes de las notas clásicas de la ajenidad y de la dependencia del trabajador respecto de las órdenes del empleador. Pues bien, los cambios tecnológicos y organizativos de las empresas y de las propias demandas del mercado, hacen imprescindible una lectura renovada de este paradigma, aunque no se trata de innovaciones en profundidad, dada la flexibilidad que ya ha alcanzado estas premisas legales en nuestro ordenamiento interno y europeo, tal y como lo ha recogido la jurisprudencia⁶⁵.

⁶² Todolí Signes, A.; “El trabajo en la era de la economía colaborativa, (...)”, *op. cit.*

⁶³ Alarcón Caracuel, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos (Madrid, 1988), pp. 14 y ss.

⁶⁴ Igartua Miró, M^a. T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: Jornada y horario*. Tirant lo Blanch (Valencia, 2018), p. 35 y ss.

⁶⁵ Cruz Villalón, J., “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *Revista de Derecho Social*, n^o. 83, 2018, pp. 33-41.

Los cambios tecnológicos introducidos por las empresas y que se han extendido a toda la sociedad en su conjunto, conforman la base para la proliferación de los contratos laborales atípicos. Esa ausencia de tipicidad viene dada, fundamentalmente, por la ausencia de un contrato de duración indefinida y a tiempo completo, más bien se caracterizará por todo lo contrario, la temporalidad extrema y la parcialidad o ausencia de exclusividad en la prestación laboral. Esto implica que la jornada laboral típica se haya sustituido por la flexibilidad máxima sobre el momento y el lugar en el que se presta el servicio. Esta situación se extiende por toda Europa⁶⁶ y provoca graves riesgos derivados de la ausencia de descanso real y una marginalización mayor de los trabajadores con condiciones más precarias, a la vez que se produce un incremento de la facultad de control del empresario⁶⁷.

En este contexto, conviene tener presente la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁶⁸. Esta norma vino a sustituir a la directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre, que trae su causa del artículo 118^a del Tratado de Roma y se enmarca dentro del ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo. La Directiva se ha calificado de “extravagante” por la doctrina, ya que considera que combina exigencias mínimas, en el sentido de aproximar las legislaciones de los Estados miembros, y a la vez establece posibilidades muy importantes para que se pueda flexibilizar la normativa de tiempo de trabajo a nivel interno en cada país y adaptarla a sus necesidades “flexibilizadoras”⁶⁹.

En este sentido, resulta especialmente relevante y criticable la denominada “cara desprotectora”, más aún si se observa bajo el principio de transversalidad de género o *gender mainstreaming*. Se trata de previsiones de la propia Directiva sobre la posibilidad de prolongar la jornada de trabajo. Así, el artículo 17 enumera las excepciones a la regla general sobre el tiempo máximo de trabajo y admite cláusulas abiertas que se concretarán en cada caso, a través del pacto en la negociación colectiva, según el artículo 18. Esta remisión a la autonomía colectiva se completa en el precepto siguiente, en el que se matizan ciertos aspectos. Ahora bien, es el artículo 22 el que presenta un cariz más pernicioso al introducir la cláusula “opting out” típica de la regulación británica que en las “Working Time

⁶⁶ Estudio comparado de la situación de la flexibilidad del tiempo de trabajo en distintos países de Europa y Canadá, *vid.* Doomen, J., “On the labor Front: The Problem of the Fictitious Employee”, *Labor Law Journal*, 2016, pp. 484 y ss.

⁶⁷ Blasco Jover, C., “Trabajadores ‘transparentes’: la facultad fiscalizadora del empresario vs derechos fundamentales de los empleados”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, ADAPT*, vol. 6, n.º. 3, julio-septiembre 2018, p. 32 y ss., sobre la diferente jurisprudencia entorno a la privacidad de las comunicaciones y las facultades de control del empresario sobre los medios productivos.

⁶⁸ Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. DOUE de 18/11/2003.

⁶⁹ Cabeza Pereiro, J., “Fuentes reguladoras de la jornada de trabajo”, en AA. VV., *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, (Albacete, 2007), p. 14.

Regulations”⁷⁰ contempla la posibilidad de superar el límite máximo de la jornada de trabajo pactada, siempre que exista un acuerdo expreso al respecto entre el trabajador y el empresario⁷¹.

Al mismo tiempo, esta norma europea presenta una “cara protectora”⁷² que se plasma en las definiciones amplias del ámbito subjetivo de aplicación (artículo 1.3: “a todos los sectores de actividad, privados y públicos, en el sentido del artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE”) y en el propio concepto de tiempo de trabajo (artículo 2), en consonancia con la jurisprudencia al respecto, enfocada desde la perspectiva de la seguridad y salud en el trabajo⁷³. Según el artículo 2.1 se entenderá por tiempo de trabajo “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

En esta línea “protectora”, recientemente se han conocido las Conclusiones del Abogado General de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional en julio de 2017, ante la demanda de conflicto colectivo del sindicato CCOO contra Deutsche Bank, con el objeto de que se aclare la obligación de dicha entidad de establecer un sistema de registro de la jornada efectiva que realiza su plantilla. Resultan muy interesantes porque recuerda que ese control horario se deriva del efecto útil de la Directiva 2001/88, cuya finalidad es la efectividad de la protección de los derechos de los trabajadores al descanso, incluidos los derivados del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales⁷⁴.

Ciertamente, el concepto de tiempo de trabajo se construye mediante la confluencia de tres elementos: la permanencia del trabajador en el trabajo; estar a disposición de las órdenes o indicaciones que pueda recibir del empresario; y que esté realizando las actividades o funciones que le son propias. En contraposición, el apartado siguiente define el tiempo de descanso por oposición como “todo período que no es trabajo”. Tal interpretación ha sido refrendada por reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al señalar que es tiempo de trabajo “el período que el trabajador permanece en el centro de trabajo

⁷⁰ Fueron aprobadas el 30 de julio de 1998. Desde entonces han sufrido diversas modificaciones, Rodríguez Rodríguez, E., “El sistema británico de representación de los trabajadores en el centro de trabajo tras los últimos cambios normativos”, *Temas Laborales*, n.º. 142, 2018, pp. 147-177.

⁷¹ En este sentido, *High Court en Baber and others v. RJB Mining Ltd.*, en “Working time. The 48 -hours week -enforcement and remedies”, *IDS Brief, Employment Law and Practice*, n. 634, april, 199, pp. 3 y 4. Análisis de la cuestión, *vide* FERNANDO GARCÍA, F. M., *Régimen jurídico del tiempo de trabajo en Gran Bretaña*, Comares (Granada, 2003), pp. 150-154.

⁷² Esta terminología: “cara protectora” y “cara desprotectora” de la Directiva 2003/88/CE, en Cabeza Pereiro, J., “Fuentes reguladoras de la jornada de trabajo”, en AA. VV., *Tiempo de trabajo*, *op. cit.*, pp. 14-24.

⁷³ STJCE de 1 de diciembre de 2005, *Dellas*, asunto C-151/02.

⁷⁴ Conclusiones del Abogado general Sr. Giovanni Pitruzzella, presentadas el 31 de enero de 2019, Asunto C-55/18; *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra Detsche Bank SAE*, ECLI:EU:C:2019:87.

(...) en función de la obligación de dicho trabajador de mantenerse a disposición del empleador” y constituye “el factor determinante el hecho de que el trabajador esté obligado a estar físicamente en el lugar determinado por el empresario y permanecer a disposición de éste”⁷⁵.

Ahora bien, se matiza que “para que se pueda considerar que un trabajador está a disposición del empresario, éste trabajador debe encontrarse en una situación en la que esté obligado jurídicamente a obedecer a las instrucciones de su empresario (...) (y) calificar de periodo de descanso los desplazamientos cotidianos que los trabajadores deben realizar para desplazarse hasta los clientes (...) les impondría una carga desproporcionada y sería contrario al objeto de protección de seguridad y salud de los trabajadores que persigue la Directiva”⁷⁶.

Es decir, el tiempo de trabajo, por contraposición, va a abarcar todo aquel intervalo temporal que no pueda considerarse periodo de descanso. Sin embargo, en el actual modelo productivo caracterizado por la deslocalización empresarial y la digitalización en el proceso de oferta y demanda, el lugar de trabajo no va a ser siempre el mismo, ni tan siquiera tiene que por qué existir un centro de trabajo como tal. Es por esto que la doctrina llama a la actualización de esta noción del tiempo de trabajo⁷⁷ y, de la misma manera, se alzan voces reclamando un descanso efectivo⁷⁸, lo que se ha venido llamando “derecho a la desconexión” que constituye un nuevo reto para el legislador y los tribunales, y al que nos referiremos en el apartado siguiente.

Justamente, en esta senda de modernización sobre qué debe entenderse por tiempo de trabajo, resulta muy interesante el reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el asunto “Matzak”⁷⁹. El régimen de guardias localizadas al que estaba sujeto el Sr. Matzak presentaba una característica específica que fue determinante de la conclusión alcanzada por el Tribunal de Justicia. Y es que el Reglamento que regulaba su actividad como bombero voluntario imponía la obligación de residir en un lugar que permitiese su incorporación al parque de bomberos en no más de ocho minutos, pues precisamente ese era el lapso de

⁷⁵ STJUE de 9 de julio de 2015, *Comisión contra Irlanda*, asunto C-87/2014.

⁷⁶ STJUE de 10 de diciembre de 2015, *Federación de Servicios Privados de CCOO vs Tyco Integrated Security, S.L., Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios, S.A.*, asunto C-266/2014. (ECLI:EU:C:2015:578).

⁷⁷ Sáez Lara, C., “Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo”, *Temas Laborales*, 130 (2015), 260. En el mismo sentido, un estudio muy actualizado y completo, IGUARDUA MIRO, M. T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2018), 35-45.

⁷⁸ Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘la desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales*, n.º. 138, 2017, pp. 276-280.

⁷⁹ STJUE de 21 de febrero de 2018, *Matzak*, asunto C-518/15 (ECLI:EU:C:2018:82).

tiempo en el que debía presentarse en caso de ser llamado durante las guardias de localización⁸⁰.

Es decir, la restricción geográfica y temporal que impone el sistema de incorporación impuesto al Sr. Matzak durante la guardia localizada provoca la pérdida de los elementos distintivos del tiempo de descanso, pues merma de forma significativa la libertad de movimientos del trabajador, que no puede elegir su lugar de estancia durante los periodos de guardia, limitando de manera objetiva las posibilidades de dedicarse a sus intereses personales y sociales⁸¹. Puesto que las obligaciones que comportan restricciones muy relevantes, el Tribunal entiende que deben considerarse comprendidas en el ejercicio de las funciones laborales, de manera que se estima el elemento funcional característico de la noción de tiempo de trabajo⁸².

El Tribunal de Justicia entiende que este régimen tan estricto no solo impone sobre el trabajador la obligación de puesta a disposición característica de las guardias de localización, sino que además le obliga a permanecer presente físicamente en un lugar determinado por el empresario. Tal y como había señalado la sentencia *Tycó*⁸³, poco importa que éste no sea el centro de trabajo, pues debe hacerse una interpretación flexible de ese elemento de localización siempre que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y trabajando bajo sus instrucciones. Incluso señala que el empresario podrá determinar el lugar donde ha de realizarse la prestación del servicio de manera directa, si este se designa expresamente, o bien indirecta, a través de la imposición de un plazo de incorporación tan reducido que el trabajador se ve compelido a permanecer en las inmediaciones del centro de trabajo para poder cumplir sus obligaciones en caso de llamada.

Con anterioridad, en la sentencia *SIMAP* el Tribunal admitió que durante esas guardias concurre el elemento de subordinación propio de la noción de tiempo de trabajo, dada la obligación que pesa sobre el trabajador de estar localizable y disponible para ejecutar una prestación laboral en caso de necesidad implica su puesta a disposición del empresario. Ahora bien, durante las guardias localizadas el trabajador no está obligado a permanecer en el centro de trabajo, pudiendo organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus asuntos personales, lo que conduce al Tribunal a denegar su calificación como tiempo de trabajo y

⁸⁰ Al respecto *vide* Informe de la OIT, *Directrices sobre el trabajo decente en los servicios públicos de urgencia*, Ginebra (2018). Se recogen indicaciones sobre la jornada y descansos de trabajadores en situaciones de urgencia y se recomienda que cuando un trabajador que permanezca disponible fuera de su horario de trabajo habitual para prestar un servicio o en un lugar determinado, ese tiempo se contabilice como tiempo de trabajo.

Se puede consultar el documento íntegro en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/normativeinstrument/wcms_626554.pdf (fecha de consulta 03-10-2018).

⁸¹ *Matzak*: apartados 59 a 66.

⁸² *Matzak*: apartado 59.

⁸³ *Op. cit.*

considerar que se trata de un periodo de descanso⁸⁴. Esta doctrina ha sido matizada de forma importante en la sentencia *Matzak*, en la que por primera vez se considera tiempo de trabajo el periodo transcurrido por un trabajador en situación de guardia localizada⁸⁵.

Sin minusvalorar la relevancia de esta interpretación del Tribunal, lo cierto es que ha de compartirse la crítica doctrinal sobre el tratamiento paradójico del elemento locativo en este pronunciamiento⁸⁶. Por un lado, se produce un avance hacia la flexibilización del concepto de tiempo de trabajo, continuando la estela de *Tyco*. Tanto que se reconoce que el tiempo transcurrido en el domicilio particular puede ser tiempo de trabajo, sin necesidad de recurrir a las categorías de teletrabajo o trabajo a distancia, acogiendo los argumentos de las Conclusiones de la Abogada General que rechaza que el lugar de trabajo –el elemento locativo- sea el factor determinante del análisis, sin obviarlo, lo deja en un segundo término y centra su razonamiento en la calidad del tiempo de descanso afectado por la guardia de localización⁸⁷.

Pero, simultáneamente, la sentencia *Matzak* confirma el carácter prioritario del elemento locativo en la determinación del tiempo de trabajo, ya que hace depender de su propia ubicación y proximidad al mismo que una guardia de localización deba ser considerada tiempo de trabajo o no. Esta relevancia respecto del lugar de trabajo reproduce la doctrina clásica de la jurisprudencia del asunto *SIMAP*. En otras palabras, si bien la primera parte del pronunciamiento podría tener efectos positivos respecto del trabajador de las plataformas digitales, en tanto que flexibiliza el requisito de la presencia física para considerar que se está en tiempo de trabajo, la segunda conclusión referida a la guardia de localización en atención a la distancia del propio lugar de trabajo, casi desvirtuaría el efecto positivo antes señalado. En definitiva, el Tribunal retoma la senda marcada por otras cuestiones resueltas con anterioridad⁸⁸ y, de nuevo, considera que la Directiva 2003/88/CE, debe considerarse que integra el tiempo de puesta a disposición del trabajador, siempre que la referida disponibilidad le exija prontitud y le impida elegir libremente su ubicación durante ese tiempo. De nuevo, el elemento locativo cede ante

⁸⁴ STJUE de 3 de octubre de 2000, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) y Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*, asunto C-303/98.

⁸⁵ Véase al respecto Gallego Montalbán, J., “¿Deben considerarse las guardias domiciliarias o de localización tiempo de trabajo? (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018. Asunto *Matzak*, C-518/15)”, *Revista de Derecho Social*, 82 (2018) 133-141.

⁸⁶ Al respecto, un exhaustivo estudio sobre esta jurisprudencia, Martínez Yáñez, N., “Trazando los contornos del tiempo de trabajo y descanso frente a los retos de la economía digital: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia”, en AA. VV., *La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia*, Cinca, (Madrid, 2018), pp. 418-424.

⁸⁷ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston presentadas el 26 de julio de 2017, *Ville de Nivelles contra Rudy Matzak*, asunto C-518/15 (ECLI:EU:C:2017:619), apartados 57 y 58.

⁸⁸ Por todas, STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Tyco*, asunto C-266/14 (ECLI:EU:C:2015:578).

la exigencia de responder rápidamente a la obligación laboral que le reclame, a pesar de que el trabajador no esté obligado a permanecer en las dependencias empresariales.

Otra cuestión diferente es que la retribución sea diferente en función de los servicios que preste. El Tribunal de Justicia incide, nuevamente, en la desvinculación entre la regulación europea del tiempo de trabajo y la determinación de su retribución, indicando que, aunque los Estados miembros pueden tener en cuenta la calificación de los tiempos como de trabajo o descanso a la hora de fijar su retribución, no tienen la obligación de hacerlo⁸⁹. Nada se dice del “efecto útil” de la Directiva. De hecho, pueden compartirse las reflexiones doctrinales que consideran discutible la interpretación del Tribunal de Justicia en este punto⁹⁰, pues de este modo cuantifica más barato ese tiempo de disponibilidad que el de trabajo efectivo, pero en ambas circunstancias el trabajador se encuentra en su jornada laboral y, por el contrario, no puede disponer libremente de su tiempo.

Para concluir, el concepto de tiempo de trabajo cobra una especial relevancia como indicio de laboralidad respecto de los prestadores de servicios en las nuevas empresas digitalizadas, no obstante, su delimitación frente al tiempo de no trabajo resulta aún más compleja por la ausencia de empresario físico. Lo cierto es que la jornada del trabajador que presta sus servicios para una plataforma debe de considerarse que abarca tanto el tiempo durante el que realiza servicios que le encomienda, como aquél en el que permanece a disposición de la digital pues en caso de no estar disponible cuando se le reclama, corre el riesgo de que le “desconecten” del sistema.

Por lo tanto, el tiempo de trabajo o de puesta a disposición, en estos casos constituye uno de los factores principales en los que se manifiesta la dependencia o subordinación digital⁹¹ y, en consecuencia, deberá de llevar aparejada la correspondiente retribución y protección social, como para cualquier otro trabajador. En esta línea, se ha mantenido la necesidad de prever fórmulas pactadas para compensar ese tiempo de disponibilidad digital⁹² o con intromisiones de menor envergadura, pero que exigen una conexión tecnológica y una respuesta inmediata, invadiendo

⁸⁹ *Matzak*: apartado 50.

⁹⁰ Así lo entienden Cabeza Pereiro, J., “Algunas reflexiones a la vista del asunto TYCO sobre el concepto de tiempo de trabajo”, *Derecho a las Relaciones Laborales*, n.º. 1, 2016, pp. 36-37. Y, Maneiro Vázquez, Y. “El desplazamiento de los trabajadores sin centros de trabajo habituales: tiempo de trabajo, pero ¿Al mismo precio? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2015, asunto 266/2014”, *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º. 394, 2016, pp. 177-178.

⁹¹ Casas Baamonde, M.ª. E., “Distribución de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n.º. 4, 2017, p. 6.

⁹² Mella Méndez, L., “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de actualidad y Relaciones laborales*, n.º. 16, abril 2016, pp. 30-52.

el tiempo de descanso. De hecho, algún pronunciamiento se ha referido a esa compensación como horas extraordinarias⁹³.

En todo caso, parece que urge una adaptación de la norma comunitaria hacia una noción más flexible del tiempo de trabajo⁹⁴, en la misma línea que se recogen las mencionadas Conclusiones del Abogado General en el asunto sobre la obligatoriedad del control de jornada planteado por nuestra Audiencia Nacional⁹⁵. En estas Conclusiones se recalca que las normas nacionales y europeas persiguen ofrecer una protección efectiva al trabajador en materia de duración del tiempo de trabajo diario y semanal, pero también de los descansos diarios y semanales, relacionado con el respeto a la dignidad humana y, en consecuencia, objeto de protección amplia en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

4. EL DERECHO A LA “DESCONEXIÓN” O EL TIEMPO DE NO TRABAJO

Tradicionalmente la relación entre las nuevas tecnologías y las condiciones laborales se ha planteado desde una perspectiva positiva, en el sentido de que serían un medio para facilitar la conciliación de las obligaciones laborales y familiares. De hecho, el Parlamento Europeo, en marzo del año 2018, ha instado a los Estados miembro para que favorezcan las posibilidades de la flexibilidad en la organización laboral, (...) “de manera que se aproveche todo el potencial que ofrecen las nuevas tecnologías” (...) ⁹⁶.

No obstante, desde los primeros intentos de la instrumentalización del teletrabajo en aras de la compatibilidad de la vida laboral y familiar, se ha observado que propicia todo lo contrario para la trabajadora —el sesgo de género es prácticamente uniforme— que opta por ella, al suponer una fuerte atadura al rol social de cuidadora e implicar importantes quiebras en la protección de la seguridad y salud⁹⁷. De hecho, se critica la utilización fraudulenta que se hace del mismo por parte de un

⁹³ STSJ Castilla y León, de 3 de febrero de 2016, rec. 2229/2015. Este pronunciamiento sostiene que ante la ausencia de una regulación convencional que excluya o limite la realización de horas extraordinarias, ha de entenderse que el lapso temporal que el trabajador destina en su hogar a estar conectado a través de medios digitales a cuestiones referentes a su prestación laboral, responde a las características del concepto de tiempo de trabajo y, por tanto, al exceder del horario normal pactado, constituyen horas extraordinarias.

⁹⁴ Al respecto se comparte la idea manifestada, entre otros, por Igartua Miró, M^a. T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo...*, *op. cit.*, p. 329.

⁹⁵ Conclusiones del Abogado general Sr. Giovanni Pitruzzella, presentadas el 31 de enero de 2019, Asunto C-55/18; *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra Detsche Bank SAE*, ECLI:EU:C:2019:87.

⁹⁶ Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2018, *sobre el Semestre Europeo para la coordinación de las políticas económicas*, *op. cit.*

⁹⁷ Mella Méndez, L., “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, *op. cit.*, pp. 30-52.

perfil determinado de “nuevos” trabajadores cualificados – en estos casos, hombres, fundamentalmente- que se han beneficiado de esas posibilidades de flexibilización para poder incrementar su autonomía en la prestación de sus servicios, sin que ello responda a sus necesidades reales de conciliación⁹⁸.

Otro inconveniente es que parece que con la automatización de los instrumentos de trabajo la cotidianeidad en la utilización de los medios tecnológicos en las propias relaciones laborales, hace que resulte cada vez más difícil delimitar la jornada de trabajo y separar nítidamente el tiempo de descanso del hecho de “estar conectado” al trabajo. Se trata de la llamada tendencia al “well-being”, como el paso siguiente al “work-life balance” y el “work life management”. De esta forma se diluyen las fronteras entre lo profesional y lo personal, tanto que se promueve que ahora se integran y se confunden para eliminar el conflicto entre ambos aspectos de la vida⁹⁹.

Ahora bien, el pretendido equilibrio que defiende esa teoría se quiebra cuando el trabajador se va a considerar más productivo y, por lo tanto, más valioso en cuanto se muestre más “disponible” a las necesidades de la empresa en todo momento. Es decir, la “doble innovación tecnológica-organizativa” se sustenta, en gran medida, en que ahora el empresario goza de la posibilidad desmedida de la distribución irregular de la jornada, pero favoreciendo su incremento, en lugar de reducirlo¹⁰⁰.

En este contexto, conviene tener presente que ya el Convenio nº. 132 OIT, en relación con las vacaciones anuales¹⁰¹, se refería al derecho al descanso de “todo trabajador”. Ciertamente el tiempo de trabajo flexible puede contribuir a una mejor compatibilidad de la vida privada y la profesional, sin embargo, no parece muy acertado de cara al óptimo descanso y “desconexión” de las responsabilidades laborales, tal y como contempla la normativa internacional.

Por su parte, la Directiva 2003/88/CE, sobre la regulación específica del tiempo de trabajo y las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los tiempo de descanso, en su interpretación por el TJUE reconoce, que el empresario tiene el deber de garantizar que el trabajador, en cualquier caso, o con cualquier tipo de relación laboral, debe atenderse su derecho al descanso efectivo¹⁰², aunque prescindiese de una definición concreta de qué debe entenderse por tal “descanso efectivo”. Tampoco lo recoge la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, si

⁹⁸ Cabeza Pereiro, J., *Ensayo sobre el trabajo precario y las personas vulnerables*, *op. cit.*, p. 86.

⁹⁹ Ushakova, T., “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 192/2016, parte Estudios (BIB 2016/85593).

¹⁰⁰ Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘la desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, *op. cit.*, p. 225.

¹⁰¹ C132 - Convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970 (núm. 132); Convenio relativo a las vacaciones anuales pagadas (revisado en 1970); (entrada en vigor: 30 junio 1973); adopción: ginebra, 54ª reunión cit. (24 junio 1970).

¹⁰² Por todas, STJUE de 7 de septiembre de 2006, asunto Comisión frente Reino Unido (C-484/04).

bien, tal vez por ser más reciente cronológicamente, en su art. 31.2, especifica más al referirse al derecho a “períodos de descanso diarios y semanales”¹⁰³.

De hecho, en el ámbito interno, es conocido que el texto constitucional, dentro de los principios rectores de la política social y económica (art. 40.2 CE), encomienda a los poderes públicos garantizar “el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”. Así, la LPRL contempla varios preceptos que imponen al empresario la obligación de establecer medidas de prevención relacionadas con el principio de adaptación del trabajo a la persona y no al contrario, lo que supone el deber de planificar y delimitar medidas concretas para garantizar la seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo¹⁰⁴. Incluso algunos autores lo conectan con la necesidad de ofrecer al trabajador una formación preventiva en el uso razonable de las tecnológicas digitales¹⁰⁵.

Sin embargo, en nuestro país, la doctrina mayoritaria se ha manifestado bastante escéptica con la verdadera necesidad de regular *ex novo* un derecho concreto que garantice el clásico derecho al descanso. De hecho, se mantienen posturas ambiguas en tanto a la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico preexistente a las posibilidades tecnológicas que permiten una extrema flexibilidad horaria. Bien porque se considera que se trata de aplicar las mismas reglas limitativas del exceso de tiempo de trabajo –jornada y disponibilidad horaria- existentes en la actualidad, pero con una interpretación extensiva teniendo en cuenta la desaparición del centro de trabajo físico como unidad de referencia (art. 1.5 ET)¹⁰⁶. O bien, se estima que, al tratarse de un derecho de titularidad individual, es su propio titular quien puede disponer de su ejercicio, es decir, el trabajador será quién podrá graduar y pactar como organiza su propia “conectividad”¹⁰⁷, aunque esto sería dudoso si se

¹⁰³ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02). DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010. Texto revisado, por Acuerdo Internacional de 12 de diciembre de 2007 (Ref. DOUE-Z-2012-70012).

¹⁰⁴ Art. 14 y art. 16, Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, BOE de 10 de noviembre de 1995. Así lo ha interpretado el TS, por todas, STS 16 de febrero de 2016, rec. nº. 250/2014.

¹⁰⁵ Se apoya para esto en la referencia del art. 29 LPRL, sobre los cambios organizativos y el deber de “colaboración” del trabajador, supeditado a las capacidades y a la formación del trabajador, pero también, a las órdenes recibidas Igartua Miró, M^a. T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo...*, *op. cit.*, p. 364. En la misma línea, sobre críticas a la regulación francesa del derecho a la desconexión, Cialti, P. H., “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más allá de lo que parece?”, *Temas Laborales*, nº. 137, 2017, pp. 172-180.

¹⁰⁶ Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘la desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, *op. cit.*, pp. 258-261. Con un interesante análisis de la STS 379/2017, de 28 de abril, en relación con el asunto *TYCO*.

¹⁰⁷ Alemán Páez, F., “El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizada al hilo de la ‘Loi Travail nº. 2016-1088’”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº. 30, 2017, p. 18.

tiene en cuenta el carácter de derecho necesario y la relación con la protección a la seguridad y salud en el trabajo que podría alcanzar esta materia¹⁰⁸.

Sea como fuere, la digitalización de la organización empresarial exige que una normativa estricta que delimite los tiempos de trabajo y descanso, así como respecto de las responsabilidades de conciliación entre las obligaciones familiares y laborales. Como reconoce la Comisión Europea en la interpretación sobre la Directiva 2003/88¹⁰⁹, conviene hacer frente y actualizar los desafíos de cambiar la organización del trabajo, teniendo en cuenta que la digitalización conlleva una mayor fragmentación del trabajo, tanto en la ubicación como en el tiempo de disposición. Es decir, “las nuevas formas de empleo, como el trabajo móvil basado en las TIC y el trabajo por carteras, ofrecen ventajas significativas para que los empleados organicen su tiempo de trabajo de forma flexible, aunque, al mismo tiempo, también implican peligros como un aumento del tiempo de trabajo”, por lo que se requieren medidas concretas que garanticen unas condiciones de trabajo “saludable”¹¹⁰ y con derechos laborales mínimos para todos los trabajadores. También la Estrategia Europea de la Salud y Seguridad en el Trabajo 2014-2020, se refiere a la necesidad de hacer frente a esos nuevos riesgos laborales¹¹¹.

Siguiendo estas indicaciones, existen recientes experiencias legislativas de ordenamientos nacionales¹¹² y de multinacionales que han empezado a construir acuerdos¹¹³ entorno a la regulación y reconocimiento del denominado “derecho a

¹⁰⁸ Igartua Miró, M^a. T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo...*, *op. cit.*, p. 363. La autora se muestra partidaria del carácter garantista de la norma francesa sobre el derecho a la desconexión, aunque lleve este derecho a la negociación colectiva como vía de regulación principal.

¹⁰⁹ Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), de 24 de mayo de 2017.

¹¹⁰ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Programa de adecuación y eficacia de la reglamentación (REFIT) y las diez prioridades de la Comisión que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Programa de Trabajo de la Comisión para 2017, Realizar una Europa que proteja, capacite y vele por la seguridad, SWD/2016/0400 final, de 4 de octubre de 2017.

¹¹¹ *Communication from the commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on an EU Strategic Framework on Health and Safety at Work 2014-2020*, Bruselas, 6 de junio de 2014, COM (2014) 332 final.

¹¹² Al respecto han proliferado estudios en nuestra doctrina tanto sobre la norma francesa al respecto, como sobre la italiana o el proyecto legislativo alemán sobre el estrés laboral y la conectividad, ya del año 2014. Incluso cabe destacar como la globalización ha hecho que este “nuevo” derecho también se haya previsto en normas de países asiáticos cuyo derecho al descanso se concibe de manera muy diferente –incluso opuesta– a como se hace desde los ordenamientos europeos. Al respecto, *vide* Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: la desconexión digital”, garantía del derecho al descanso”, *op. cit.*; Argüez Valenzuela, L., “El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el tiempo de trabajo: una especial referencia a la desconexión digital”, en AA. VV., *La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia*, Cinca, (Madrid, 2018), pp. 402-405.

¹¹³ Es el caso de la empresa Volkswagen, respecto a la hora límite para recibir emails del trabajo; o la empresa IBM que ha dejado de controlar los días de vacaciones de sus empleados al considerar que es mejor dejarles libertad para que ellos mismo se organicen. Sobre estos casos fuera de España,

la desconexión tecnológica”. Finalmente también en nuestro ordenamiento, con la adaptación de la normativa al Reglamento Europeo de Protección de Datos¹¹⁴, se ha producido el reconocimiento expreso del renombrado derecho desde el 7 de diciembre de 2018, fecha de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales¹¹⁵.

En efecto, se trata de una norma con un importante Título X que bajo la rúbrica “garantía de los derechos digitales” recoge una serie de medidas que suponen importantes modificaciones en el ET, pero también en el EBEP¹¹⁶. Por lo que interesa en este trabajo, la “estrella mediática”¹¹⁷ se recoge en la Disposición Final 13^a que introduce un nuevo art. 20 bis en el ET de cuyo tenor literal se desprende el reconocimiento del derecho de los trabajadores “a la desconexión digital”, junto a la “intimidación en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador (...) y uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización” que se ejercerá según “la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

Si bien se trata de una normativa innovadora que pretende actualizar la regulación de las relaciones laborales a la realidad, presenta ciertas carencias que difuminan estas buenas expectativas. Por un lado, respecto del precepto elegido para ser introducido, el art. 20 ET, es decir, en relación directa con los límites del poder directivo empresarial, por entender que éste queda sujeto a esa limitación en el tiempo de trabajo. Sin embargo, debe compartirse la crítica de la doctrina sobre la clamorosa ausencia de la incorporación de este nuevo derecho al elenco del art. 4 ET¹¹⁸, pues debería especificarse su carácter individual, además del colectivo.

Ushakova, T., “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *op. cit.* Sobre el convenio colectivo de la empresa AXA, la primera que introdujo estas cláusulas en nuestro país, estupendo estudio de Taléns Viscoti, E.E., “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, *Revista de Información Laboral*, n.º. 4, 2018, pp. 204-206.

¹¹⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOUE de 4 de mayo de 2016, con entrada en vigor en los EEMM en mayo de 2018.

¹¹⁵ LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales. BOE de 6 de diciembre de 2018. Entra en vigor el día 7 de diciembre, según la DF 16^a.

¹¹⁶ Al respecto, como siempre, una análisis ortodoxo y exhaustivo, en el Blog del Prof. ROJO TORRECILLA, E., “Los derechos digitales laborales en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos Personales y garantías de los derechos digitales. Notas al título X”, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2018/12/los-derechos-digitales-laborales-en-la.html>; (fecha consulta 07-12-2018).

¹¹⁷ *Op. cit.*

¹¹⁸ Con la calificación de “decepcionante”, un estudio en profundidad y centrado en el papel de la negociación colectiva al respecto de los derechos digitales en el ámbito laboral, BAYLOS GRAU, A., “Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivados de la Ley Protección de datos Personales y garantías de los derechos digitales”, *Revista de Derecho Social –editorial-* (en prensa). Un adelanto más sintético en el Blog. del mismo Profesor, <http://baylos.blogspot.com/2018/11/la-garantia-de-los-derechos-digitales.html>;

Así, se ha desperdiciado la posibilidad de otorgarle la primacía de los derechos fundamentales del trabajador a su intimidad¹¹⁹ y, a la vez se desprecia la consideración individualista del art. 18.3 CE sobre la capacidad del trabajador para gestionar sus datos, en lugar de entregarle ese poder al empresario, como si se tratase de un instrumento de gestión empresarial más¹²⁰. Y, sobre el propio contenido, se echan en falta las referencias a los derechos de conciliación, que sí aparecen entorno a los empleados públicos [art. 14, letra j) bis EBEP]¹²¹.

Es cierto que el art. 88 LOPDP señala que el contenido esencial del derecho de desconexión digital es “garantizar fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”. Por lo tanto, más allá de los límites temporales y espaciales que se derivarán para la empresa, a través de la regulación de este derecho tendrá que preservarse la intimidad y la conciliación de la vida personal con el trabajo. Y, para alcanzar ese objetivo, el papel de la negociación colectiva tendrá un papel protagonista, hasta el punto que el art. 91 LOPDP conecta, de forma directa, el ejercicio de estos derechos digitales con “lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”.

No obstante, ese importante papel que se otorga a la negociación colectiva, deviene invisible, prácticamente, en relación con las situaciones de especial riesgo, como son las derivadas del trabajo a distancia y la conocida afección de la “fatiga informática”. Precisamente sobre estos casos, el art. 88 LOPDP remite el desarrollo del tema a una “política interna” en la que los representantes de los trabajadores se limitan a ser consultados, pero será el empresario el que unilateralmente implemente esas “acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de la fatiga informática”. Pues bien, de esta manera el empleador será el que determine el verdadero alcance de los derechos digitales de estos trabajadores por lo que se ha afirmado por la doctrina que se ha “neutralizado” el avance que, en este campo, podría haber supuesto la alabada norma¹²².

De tal forma que la duda se puede presentar sobre la posibilidad de reclamación individual por un trabajador como derecho subjetivo a la desconexión digital,

¹¹⁹ Goñi Sein, J.L., “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores. Análisis desde la perspectiva del Reglamento de Protección de Datos de 2016”, *Revista de Derecho social*, n.º. 78, 2017, pp. 25-29.

¹²⁰ Miñarro Yanini, M., “Impacto del Reglamento de Protección de Datos en las relaciones laborales: un –pretendido- cambio cultural”, *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º. 423, 2018, p.6.

¹²¹ Así lo señala en la entrada correspondiente de su blog el Prof. Rojo Torrecilla, E., “Los derechos digitales laborales en la Ley Orgánica 3/2018...”, *op. cit.*

¹²² Baylos Grau, A., “Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivados de la Ley Protección de datos Personales y garantías de los derechos digitales”, *Revista de Derecho Social –editorial-*, *op. cit.*

cuando no exista un pacto colectivo –estatutario o extraestatutario– que recoja esta posibilidad, realidad más que plausible en el contexto de los trabajadores de las plataformas digitales, tanto por su ausencia de reconocimiento como trabajadores por cuenta ajena, pero, sobre todo, por la volatilidad de este tipo de trabajos, lo que dinamita la posibilidad de implicación y organización colectiva¹²³. Ahora bien, nada debería impedir que se acuda a un pacto individual para su regulación y, como tal, pueda seguir la vía procesal oportuna. Es decir, se trata de una oportunidad que tienen la empresa y el trabajador de adaptar su jornada, pero que va mucho más allá de las clásicas premisas de la reducción de jornada o cambio de turno, típicos problemas suscitados sobre los derechos de conciliación, en el marco del art. 34.8.2 ET.

Queda esperar a su implementación práctica y esperar la correcta aplicación por los agentes sociales, desde el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, entre los que se encuentra el propio derecho al descanso y a la misma “desconexión” con sus obligaciones laborales, a parte del mismo ocio¹²⁴. Como ha manifestado para de la doctrina¹²⁵, toda esta discusión sería innecesaria si, en realidad, se cumplieren las normas ya existentes en el ordenamiento sobre el tiempo de trabajo y sus imitaciones. Mientras tanto, esperemos que la negociación colectiva consiga avanzar en esta materia, más allá de unas simples “buenas prácticas”.

5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: ¿TRABAJOS DECENTES?

El incremento de la descentralización productiva durante los años de crisis económica ha producido en Europa un “resquebrajamiento de la cohesión social”¹²⁶, tal y como reconoció de manera implícita el Presidente de la Comisión Europea, J. Juncker, cuando el 9 de septiembre de 2015, en su discurso ante el Parlamento Europeo, anunció la creación de un “Pilar Europeo de Derechos Sociales”¹²⁷. Esto es, retomar un crecimiento basado en el empleo, la igualdad y los derechos sociales,

¹²³ Rodríguez Rodríguez, E., “El desmantelamiento de los derechos colectivos de representación de los empleados a través de plataformas digitales”, en AA. VV., *XXVIII Congreso anual de la AE-DTSS. 50º aniversario de la Asociación, Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Cinca, (Madrid, 2018), pp. 1-20.

¹²⁴ En juego no está sólo la cultura del ocio, como critica acertadamente en su crítico y exhaustivo trabajo sobre el tema, Vallecillo Gómez, M^a. R., “El derecho a la desconexión ‘novedad digital’ o esnobismo del ‘viejo’ derecho al descanso”, CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social, n^o. 408, 2017, p. 167 y ss.

¹²⁵ El mismo título de este magnífico trabajo lo dice todo, Miñarro Yanini, M., “Impacto del Reglamento de Protección de Datos en las relaciones laborales: un –pretendido- cambio cultural”, *op. cit.*, pp. 7-8.

¹²⁶ Aparicio Tovar, J., “Un pilar social de la Unión Europea carcomido por la gobernanza económica”, *Revista de Derecho Social*, n^o. 79, 2017, p. 250.

¹²⁷ Ramos Quintana, M^a. I., “El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista de Derecho Social*, n^o. 77, 2017, pp.19-42.

como había enunciado apenas un año antes, el 15 de julio de 2014, cuando resultó elegido Presidente¹²⁸.

Finalmente, el 17 de noviembre de 2017, se aprobó el Pilar Europeo de Derechos Sociales, según la propuesta de la Comisión Europea de 26 de abril¹²⁹ que recoge el Consejo¹³⁰. Lo cierto es que este documento quedó limitado a una reafirmación y reordenación de los derechos sociales ya contemplados en la UE, alejándose de su pretendido carácter reivindicativo de derechos sociales, para circunscribirse a compilar una serie de principios enunciados genéricamente y, más bien, dirigidos a los Estados miembro como un recordatorio¹³¹. Su escasa virtualidad ha resultado decepcionante ante las esperanzas depositadas en él como cauce para frenar los abusos que ha supuesto la política mercantilista de las instituciones comunitarias sobre el derecho del trabajo. A pesar de esto, la doctrina¹³² destacó que, si bien la Confederación Europea de Sindicatos también ha criticado la escasa virtualidad de este documento como reacción frente a la reducción de derechos sociolaborales, presentaron una propuesta sobre la adopción de un “Protocolo Social Europeo” sobre la función de los interlocutores sociales y los derechos colectivos de los trabajadores, como garantes de esos objetivos sociales¹³³.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, en el Programa de trabajo de la Comisión para 2018¹³⁴, se proclama como un objetivo principal derivado del Pilar Europeo de Derechos Sociales, una “unión de normas sociales”. Ahora bien, reconoce que “queda mucho por hacer si queremos garantizar la justicia social y los derechos laborales sean elementos característicos del mercado común”. Insiste en la propuesta de crear una Autoridad Laboral Europea que garantice la información a los trabajadores de sus condiciones laborales¹³⁵. Propone

¹²⁸ “Un nuevo comienzo para Europa: mi agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático”, en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-546_es.htm; (Fecha de consulta: 20-011-2018).

¹²⁹ Comisión Europea, “Propuesta de proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales”, COM (2017) 251 final.

¹³⁰ Secretaría General del Consejo de Europa, “Propuesta de proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales”, 13129/17. Bruselas, 20 de octubre de 2017. DG B 1C.

¹³¹ El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo ha manifestado la necesidad de una “hoja de ruta” de derechos sociales, ante las exceptivas que había levantado la adopción del Pilar social y que no parece que finalmente se cumplan.

¹³² Blog. Prof. Antonio Baylos Grau, “Por un Protocolo Social Europeo (Ante la cumbre de Goteburgo y el Pilar Social Europeo)”, <http://baylos.blogspot.com.es/>; fecha de entrada: 16 de noviembre de 2017. Fecha de consulta: 20-11-2018.

¹³³ ETUC Resolution on Fixing the Social Foundation “ETUC Statement on the need for a Social Protocol”. Adoptado en la reunión de su Ejecutiva el 25 y 26 de octubre de 2017.

¹³⁴ COM (2017), 650 final. Estrasburgo, 24 de octubre de 2017.

¹³⁵ Cruz Villalón, J., “Propuestas para una regulación del trabajo autónomo”, *Fundación Alternativas*, Madrid (2003).

“modernizar los sistemas de seguridad social, teniendo en cuenta las nuevas formas de trabajo para colmar las lagunas, de manera que toda persona que trabaja, independientemente de su situación de empleo, pueda contribuir y tener acceso a una cobertura social”. Pues bien, desde la prudencia, se puede afirmar que a estos objetivos parece responder la reciente propuesta de Directiva “relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea”¹³⁶.

En este contexto, toma especial interés la Carta de Derechos Fundamentales y su limitación del tiempo de trabajo y de la jornada, como condiciones de trabajo dignas (art. 3.1). Es decir, regularizar los derechos de estos trabajadores “atípicos” y reconocérsele sus derechos plenos como trabajadores que son y, de la misma manera, insistirse en el género como una circunstancia específica de discriminación y donde la pobreza de los trabajos precarios es todavía mayor¹³⁷.

Hay que, valorar, al menos brevemente, la posibilidad que ha introducido la pionera legislación francesa para dar cobertura a estos trabajadores de la *gig economy*. En concreto, impone obligaciones de responsabilidad social a las plataformas que establezcan las características de la prestación del servicio y fijan su precio, a la vez que a los trabajadores se les permitirá el ejercicio –limitado- de derechos de acción colectiva. El fundamento último de esta normativa es que el legislador duda de que se trate de trabajadores independientes hasta que alcancen un determinado volumen de negocio de la plataforma. Mientras no lleguen a esas cifras fijadas por la norma, el empresario –la plataforma digital- tendrá que hacerse cargo de determinadas cotizaciones sociales. Se trata de una normativa con ciertas paradojas y limitaciones que podría acabar produciendo un efecto *boomerang* en lugar de ofrecer una verdadera equiparación de derechos entre todos los trabajadores¹³⁸.

Efectivamente, desde el punto de vista de nuestro régimen jurídico, en tanto que parece que puede descartarse el encuadramiento de estos “prestadores de servicios” en el régimen de actual de autónomos y en el de TRADES, se presenta la duda de determinar las responsabilidades de Seguridad Social de la plataforma derivadas de su rol de empresario¹³⁹. Algún autor ha defendido la necesidad de instrumentalizar la relación jurídica con la Seguridad Social mediante un “sistema especial de Seguridad Social para los proveedores que presten sus servicios a través

http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/xmlimport-9MHBXo.pdf. Fecha de consulta: 20-11-2018.

¹³⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo “relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea”, presentada por la Comisión Europea, Bruselas, 21 de diciembre de 2017, COM (2017) 797 final.

¹³⁷ Casas Baamonde, M^a. E., “Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas...”, *op. cit.*, p. 869.

¹³⁸ Ley n^o. 2016-1088, de 8 de agosto de 2016. Al respecto, en profundidad, Cialti, P. H., “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más allá de lo que parece?” ..., *op. cit.*, pp. 170-185.

¹³⁹ Hay que recordar el acta de Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social de la comunidad valenciana al respecto de las deudas de “Deliveroo” respecto de los *riders*, en tanto que se consid-

de plataformas digitales”, ya sean clasificados como trabajadores por cuenta ajena o como autónomos¹⁴⁰. Sustenta esta propuesta en las circunstancias especiales que presentan, tales como la indeterminación de la jornada, incluso del momento en que se va a prestar el servicio, o la dispersión geográfica de los trabajadores y la enorme volatilidad de la platilla. Considera que estos problemas podrían atajarse con una regulación concreta y específica que permitiera dar cumplimiento a los actos de encuadramiento, afiliación, forma de cotización y recaudación. Como ejemplo, se propone el sistema especial que se reconoce para los trabajadores fijos discontinuos que prestan sus servicios en empresas de estudio de mercado y opinión pública¹⁴¹.

No obstante, son varios los argumentos que se pueden esgrimir en contra de la necesidad de crear ese régimen especial. Hay que tener en cuenta que el Sistema de Seguridad Social español se basa en un sistema de reparto y solidaridad, por lo que apartar del Sistema a un colectivo que irá en aumento, como son los trabajadores de las plataformas digitales, podría ocasionar una fuerte pérdida de potenciales ingresos para la colectividad y sostenimiento del mismo. Pero, además, se trata de un régimen esencialmente contributivo, de manera que es necesario abonar cotizaciones cuando se trabaja para poder generar derechos de pensiones futuras y garantizar una cobertura del sistema de protección social para estos trabajadores en la misma escala que para el resto de los trabajadores¹⁴².

En realidad, no existe ningún impedimento en las prestaciones que se realizan para las plataformas digitales que no estén presentes en otros ámbitos, como el propio de autónomos, siendo la única diferencia en estos casos que la empresa es una plataforma digital, por lo que también cuenta con otros medios más inmediatos para corroborar esos aspectos que podrían resultar más problemáticos por la inmediatez en la variación¹⁴³. Por lo tanto, debe huirse de la especialidad para los trabajadores de plataformas, también en relación al régimen de la Seguridad Social y de la protección social, en general. Deberán garantizarse los mismos derechos para estos que para los trabajadores de empresas que no son plataformas. Ahora bien, resulta acertada la línea marcada por la Ley 6/2017 sobre la mejor adecuación de las obligaciones de cotización a la realidad y fluctuación del volumen de actividad e ingresos de los trabajadores autónomos¹⁴⁴.

eran trabajadores por cuenta ajena. *Vid.* <https://adriantodoli.com/2017/12/18/comentario-a-la-resolucion-de-la-inspeccion-de-trabajo-sobre-delivero-son-laborales-y-no-autonomos/>

¹⁴⁰ Hernández Bejarano, M., “El apoyo europeo al modelo de economía colaborativa: algunas cuestiones y propuestas para afrontar una regulación laboral y de seguridad social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 192, 2016, (BIB 2016\85594) 15-16.

¹⁴¹ (O. 6-11-1989, BOE de 15 de noviembre de 1989).

¹⁴² Suárez Corujo, B., “The sharing economy: the emerging debate in Spain”, *op. cit.* pp. 38-41.

¹⁴³ García Rubio, M^o. A., “La prestación de servicios a través de las plataformas digitales...”, *op. cit.*

¹⁴⁴ En especial, DD.AA. 4^a y 5^a, DF primera.Dos, DF segunda.Dos y Tres de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo (BOE de 25 de octubre de 2017).

En definitiva, en el actual mercado globalizado, el mayor riesgo, sin duda, es la capacidad adaptativa de este instrumento jurídico a las necesidades del trabajo nacido en la esfera de la *gig economy*. No resulta difícil adivinar las posibilidades legitimadoras de las relaciones laborales surgidas en torno a las plataformas digitales que justamente buscan dar cobertura a una relación laboral sin horarios, sin salarios mínimos, sin cobertura social, ni derechos colectivos. Se pretende legalizar los falsos *self-employed* que prestan sus servicios bajo fórmulas de trabajo *on demand*. Esta liberalización de los derechos laborales resulta muy peligrosa¹⁴⁵, al basarse exclusivamente en el pago por resultados, obviando el resto de los derechos mínimos que deben garantizarse en toda prestación de servicios que se presta bajo notas de dependencia y subordinación.

La alternativa a esto sería acabar resignándose al peligroso contrato “de cero horas” –*zero hours contract*–, ilegal en España y otros países de la Unión, pero existente en el Reino Unido¹⁴⁶. Este tipo de contrato se caracteriza por la libertad de las partes, tanto del empresario para requerir los servicios del trabajador, como de éste a la hora de aceptarlos, sin que se establezca una cantidad de trabajo mínima garantizada, ni ningún requisito formal, con independencia de que su pueda tratar de un contrato por tiempo completo o por tiempo parcial. En definitiva, se trata de llevar a sus máximas consecuencias la flexibilidad en el ámbito de las relaciones laborales¹⁴⁷. Por este motivo resulta muy criticable en la esfera de los laboristas europeos, aunque una corriente de los estudiosos ingleses destaca su virtualidad para dar cabida a aquellos trabajadores esporádicos, como los jóvenes que están estudiando, las personas que tienen bajo su cuidado a dependientes, o, en general, quienes quieren trabajar de manera puntual y para realizar un servicio concreto¹⁴⁸.

Pues bien, se comparte la postura del Parlamento Europeo que advierte de las dudas que le plantea sobre si es ajustada a derecho y al carácter protector de las normas laborales, por lo que la descarta como una posibilidad válida. Este organismo se ha referido a esta modalidad de contratación laboral específicamente al señalar que “una propuesta de Directiva marco sobre condiciones de trabajo decentes en todas las formas de empleo habría de establecer límites con respecto al trabajo bajo

¹⁴⁵ También Ginés I Fabrellas, A. y Gálvez Durán, S., “Sharing...”, cit., p. 39, desaconsejan su incorporación, y en caso de introducirse, reclaman mecanismos de garantía.

¹⁴⁶ <https://www.gov.uk/contract-types-and-employer-responsibilities/zero-hour-contracts>. Fecha de consulta: 18-04-2018.

¹⁴⁷ Un magnífico estudio al respecto, Esteve-Segarra, A., “Zero Hours contracts: Hacia la flexibilidad absoluta del trabajo en la era digital”, *Revista de Derecho Social*, n.º. 82, 2018, pp. 40-58.

¹⁴⁸ Como se ha constatado en las recientes estadísticas, la mayoría de estos trabajadores son menores de veinticinco años. Datos en: <https://www.gov.uk/contract-types-and-employer-responsibilities/zero-hour-contracts>.

demanda” y, en concreto, va más allá, al afirmar que “no deberían permitirse” los contratos de cero horas, dada la “extrema incertidumbre que implican”¹⁴⁹.

En conclusión, estas nuevas empresas organizadas en plataformas digitales y cuya forma de negocio se caracteriza por el “trabajo bajo demanda”, no constituyen, por sí mismas, diferencias que justifiquen la inviabilidad del régimen actual de relaciones laborales, más allá de las necesarias adaptaciones que serán necesarias para todo tipo de trabajadores, tanto desde la perspectiva de los derechos laborales, como la reformulación de sus consecuencias respecto de la protección social que estos generan y que son reconocidos por los sistemas de Seguridad Social.

No se trata, de negar que las plataformas digitales conforman un modelo de negocio en auge, todo lo contrario. Como se estima que la digitalización del mercado de trabajo no ha hecho nada más que empezar, las normativas nacionales deberían regular los derechos y obligaciones que amparan estas prestaciones de servicios, para no llegar a un punto de no retorno y desmembración de los derechos laborales mínimos, como lo es, sin duda, el derecho a conocer la jornada laboral y el derecho a descansar –completamente- de las obligaciones laborales. En otras palabras, paremos este “juego de las sillas”¹⁵⁰ para combatir la pobreza y conseguir la igualdad de oportunidades –y derechos- para todos¹⁵¹.

¹⁴⁹ European Parliament resolution of 19 January 2017 on a European Pillar of Social Rights (2016/2095(INI)); y reiterando su opinión sobre la prevención de los contratos de cero horas, European Parliament resolution of 4 July 2017 on working conditions and precarious employment (2016/2221(INI)). También la Resolución del Parlamento P8_TA-PRO V (2018)0242 “Respuesta a las peticiones sobre la lucha contra la precariedad y el uso abusivo de los contratos de duración determinada”, de 31 de mayo de 2018.

¹⁵⁰ Doomen, J., “On the labor Front: The Problem of the Fictitious Employee”, *op. cit.*, p. 489.

¹⁵¹ Referencia de la política europea de empleo para el año 2019. www.europarl.europa.eu/factsheets/es. Fecha de consulta: 10-10-2018.