

El papel de la negociación colectiva. Contenidos a afrontar, aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo ¹

Miguel Rodríguez-Piñero Royo
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla²
Senior Counsellor, PwC

“De cara al futuro, una mayor diversidad de las modalidades de organización del trabajo, los cambios en las estrategias de gestión empresarial y el surgimiento de redes de producción de ámbito mundial representan desafíos para las relaciones laborales organizadas y la negociación colectiva”.

OIT, “El futuro del trabajo Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo”, 2017

Contenidos:

- 1.- Presentación**
- 2.- ¿Para qué sirve la negociación colectiva?**
- 3.- Nuevos contenidos para la negociación colectiva**
 - 3.1.- La regulación de nuevas funciones en las empresas.**
 - 3.2.- Responsabilidad social y sostenibilidad**
- 4.- Negociación colectiva y nuevas actividades**
 - 4.1.- El teletrabajo**
 - 4.2.- El Smart Working**
 - 4.3.- El trabajo en plataformas**
- 5.- ¿Qué podemos esperar de la negociación colectiva**

1.- PRESENTACIÓN:

En una fecha tan señalada como ésta en la que se celebran las trigésimas jornadas de estudio sobre negociación colectiva he sido invitado a participar aportando una ponencia sobre un tema sumamente interesante, pero también difícil. Se me ha pedido que intervenga reflexionando sobre el papel de la negociación colectiva frente a nuevas actividades y nuevas formas de trabajo, así como los nuevos contenidos que ésta está llamada a tener ante las transformaciones que está experimentando el mercado de trabajo. Todas estas cuestiones comparten un aspecto, su relación con las últimas tendencias y con el futuro de la economía, la sociedad y las relaciones laborales. Tienen que ver con las tendencias en el trabajo; tienen que ver con el futuro.

¹ Este trabajo tiene su origen en la intervención de su autor en la XXX Jornada de estudio sobre negociación colectiva de la CCNCC, celebrada en Madrid el 26 de octubre de 2017. Mantiene el tono general de la intervención, completado con un mínimo paquete de notas.

² Grupo de Investigación PAI SEJ-322; Este capítulo de libro es un resultado científico del proyecto de investigación Der 2015-63701-C3-3-R, “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico”

La elección del tema es oportuna. A estas alturas del siglo XXI el debate central en el mundo de las relaciones laborales se está produciendo precisamente en relación con el futuro del trabajo. Así ha llamado la Organización Internacional del Trabajo a la iniciativa que ha adoptado con motivo de su primer centenario como organización, diseñado como un “*espacio para reflexionar acerca de los grandes retos que nos esperan y sobre cómo pueden la OIT y sus Estados Miembros responder a dichos retos de la mejor manera y desarrollar el futuro que queremos*”³. Aparecen nuevas formas de trabajar, se transforman las que ya existían y hay un alto nivel de consenso en que afrontamos un nivel de cambios que pueden considerarse disruptivos principal, aunque no exclusivamente, por los desarrollos en la tecnología. Habrá en estas jornadas una sesión monográfica sobre la incidencia de las nuevas tecnologías en la Negociación colectiva", por lo que no entraré mucho en este aspecto.

Estudiar el futuro del trabajo es estudiar el futuro de la negociación colectiva, porque ni es posible pensar en un escenario en el que ésta no tenga un papel; ni es tampoco aceptable entender que las innovaciones en el trabajo puedan no afectar a la forma en que éste es ordenado por sus propios protagonistas. Debemos partir de la presencia y del protagonismo de este producto de las relaciones laborales en el futuro, aunque adaptado a lo que la forma de trabajar pueda haber cambiado en éste. Adaptación que se producirá como consecuencia de una pluralidad de factores: la propia dinámica negocial, fruto de las estrategias de sus protagonistas; reactividad ante cambios en el sistema productivo y en la población trabajadora; influencias externas, principalmente a través de cambios en la legislación que la regula. De esto precisamente es de lo que tratará mi ponencia, de estudiar qué papel puede representar en un escenario que se adivina profundamente diferente.

El tema es, como he dicho, difícil. Siempre lo es cuando se trata de adoptar una perspectiva de futuro. Es, a la vez, un tema muy abierto, que me permite ser también creativo en mi análisis, tanto en la selección de las materias a estudiar, como en el tratamiento que le dé a estas. Intentaré serlo dentro de un orden, pero ya anuncio que hay mucho personal, de mi experiencia en el estudio de esta institución y en mis opiniones al respecto. Tendré en cuenta también, finalmente, las otras dos ponencias de esta jornada, definiendo mis temas por exclusión de éstas para evitar solapamientos.

Para el desarrollo de este trabajo comenzaré trabajando con dos ideas generales, antes de bajar a aspectos más concretos: ¿Para qué sirve la negociación colectiva? Y ¿Cuál es la relación entre la negociación colectiva y el cambio en las relaciones laborales?

2.- ¿PARA QUÉ SIRVE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

Responder a la cuestión de cuál debe ser el papel de la negociación colectiva supone antes que nada identificar para qué sirve, cuál es su función en el sistema de relaciones laborales y en el ordenamiento jurídico del trabajo. Esta tarea resulta especialmente complicada por una pluralidad de razones, muchas de las cuales tienen que ver con la propia complejidad de la institución. Se trata, en efecto de una realidad que presenta un alto grado de diversidad. Aunque en el contexto de la Comisión Consultiva Nacional de

³ G. RYDER, “Prólogo”, OIT, “*El futuro del trabajo Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*”, 2017.

Convenios Colectivos parece adecuado identificar ésta con los procesos de elaboración de un instrumento normativo típico, el convenio colectivo llamado estatutario, lo cierto es que esta denominación puede denotar a una gran cantidad de procesos y de productos, resultados todos ellos de la interacción de representantes de trabajadores y empresarios para la defensa de sus intereses respectivos. Al margen de los convenios propiamente dichos, podemos ubicar diversos tipos de pactos de empresa, de acuerdos que resultan de procesos de consulta tipificados en el Estatuto de los Trabajadores, de pactos de fin de huelga... Todos ellos comparten la naturaleza de los convenios, la de ser el resultado de la autonomía colectiva con la vocación de ordenar las relaciones entre los sujetos que los firman.

Incluso si nos ceñimos a los convenios *stricto sensu*, estatutarios y extraestatutarios, podemos encontrar que algunos desempeñan unas funciones que están ausentes en otros. Quizás el mayor factor de diversificación desde este punto de vista lo marque el ámbito de la norma convencional: si es de empresa se afrontan necesidades específicas de ésta cuyo tratamiento suele estar ausentes en los sectoriales, conteniendo una regulación de la organización del personal; en el sectorial, por el contrario, se produce una ordenación del mercado de trabajo en el sector de actividad que no encontramos en los de ámbito inferior.

Finalmente, puede señalarse que las normas colectivas varían también a lo largo del tiempo, desempeñando funciones que no coinciden en cada momento. Es indudable que en el largo plazo se ha producido un claro incremento de sus contenidos, y con ello también del papel que desempeñan en la ordenación de las relaciones laborales. Un ejemplo reciente es la novedad, operada por la Ley Orgánica 7/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que ha supuesto atribuir a los convenios el protagonismo en la fijación de medidas para asegurar este derecho fundamental en las empresas, sustituyendo incluso a los planes de igualdad. Desde un punto de vista distinto, las reformas de la crisis financiera mundial han impuesto unas reformas generalizadas del Derecho colectivo en toda Europa destinadas, entre otras cosas, a facilitar la reducción de costes salariales en las empresas mediante la primacía de este nivel de negociación⁴.

A pesar de estos factores de diversidad y de cambio se puede intentar identificar algunas funciones tradicionalmente desempeñadas por estas normas paccionadas, que siguen estando presentes en nuestra realidad laboral

- Fijar precio del salario, su función original y que todavía resulta central en estos momentos
- Regular la competencia en el mercado de trabajo, fijando no sólo el precio sino también las condiciones en que se puede ofrecer y contratar la mano de obra en cada sector de actividad
- Ordenar las relaciones laborales, estableciendo el mapa de las unidades de negociación y, como consecuencia de esto, identificando a los sujetos negociadores de cada una

⁴ Nos hemos ocupado de esta cuestión en nuestro trabajo CALVO GALLEGOS & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las recientes reformas laborales como instrumento de política económica y su impacto sobre algunas condiciones ligadas a la pobreza del trabajo”, en AA.VV., “*Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo*”, Laborum, Murcia, 2017, pg.221.

- Mapear la plantilla, estableciendo la clasificación profesional que distribuirá a los trabajadores de acuerdo con su competencia profesional y funciones
- Diseñar las carreras profesionales de estas personas
- Fijar las condiciones en que prestarán sus servicios
- Procedimentalizar y protocolizar la gestión de recursos humanos
- Adecuar la normativa general, legal y convencional, a las particularidades de cada empresa

Junto a todas éstas existe una función, pocas veces explicitada, que surge ante la necesidad de dar respuesta a problemas novedosos en las relaciones laborales y en la gestión de trabajadores. Aunque como se ha dicho rara vez se menciona expresamente, es recurrente cada vez que se identifica una obsolescencia normativa, un tema complejo sin una solución adecuada. Cuando aparece un nuevo problema laboral, se tiende a mirar a la negociación para que lo resuelva. Se trata de una función que puede calificarse como prelegislativa, y que hay que entenderla en el contexto de los procesos de transformación de las relaciones laborales y del mercado de trabajo, que requieren soluciones a medida que se van produciendo sin que la legislación laboral esté en condiciones de producir respuestas al ritmo requerido.

En el mundo del Derecho operan diversos mecanismos para solucionar las situaciones de lagunas del Derecho y de obsolescencia normativa, en los que los jueces tienen un marcado protagonismo, con la colaboración de la doctrina científica. En el ámbito específico del Derecho del Trabajo se dispone de uno propio y exclusivo, que es la existencia de un conjunto de normas producto de la autonomía colectiva, que se produce de manera difusa y continuada. La existencia de normas de vigencia temporal limitada, con ámbitos de aplicación sectorializados, permite un grado de reacción y de adaptación a los que la norma legal no puede llegar. Reactividad y adaptabilidad se predicen como virtudes de unas normas tan peculiares como éstas. Y son éstas características que salen a la luz cuando se identifican carencias en el ordenamiento laboral vigente.

Existe de esta manera una tendencia a atribuir a los convenios la función de dar respuesta a estas situaciones, incluyendo entre sus papeles tradicionales éste de anteceder a la legislación. Los ejemplos son numerosos. Al hacer esto se están aceptando implícitamente algunas asunciones: que las fuentes de regulación son, de alguna manera, sustituibles, y que por tanto el convenio puede hacer lo que la ley debiera; y que ante estos fenómenos va a haber una autorregulación colectiva antes de la actuación del legislador laboral.

Es indudable que muchas veces la legislación laboral no responde como se requiere cuando se transforma el trabajo, lo que no deja de ser paradójico en un sector del ordenamiento sujeto a procesos continuos de reforma. Teniendo un ritmo de producción como pocos sectores del ordenamiento jurídico, esto no se traduce en una verdadera evolución de sus contenidos y soluciones, de tal modo que en muchas ocasiones no refleja las nuevas realidades, con obsolescencias crónicas. Pero quizás resulte aventurado concluir que las fuentes colectivas, por su naturaleza y dinámica, están a salvo de este problema. Al menos en España no parecen estarlo, habida cuenta de la crítica crónica que reciben en los debates laborales.

Debemos plantearnos el vínculo entre la negociación colectiva y los cambios en la forma de trabajar, en lo que sería una manifestación más de una cuestión clásica en el

mundo del Derecho: si éste es el motor o el reflejo de los cambios sociales. Con nuestra institución se plantea también, aunque el papel de motor de cambios parece debilitado en los últimos años, en los que nos conformamos con que esté actualizada. Más que valorar su capacidad para generar cambios, nos centramos en comprobar si es capaz de reaccionar frente a los que se producen en su entorno. Consideramos la adaptabilidad como requisito de validez para un convenio colectivo, y la atribución de mayores espacios de regulación a éste se justifica precisamente por la voluntad de incrementar la capacidad de las empresas de acomodarse a su entorno. El convenio se pretende “tailored to fit”, como un traje a la medida ajustable en cada momento. Lo dicen las partes firmantes del III AENC: *“la negociación colectiva es el espacio natural del ejercicio de la autonomía colectiva de las Organizaciones empresariales y sindicales y el ámbito apropiado para facilitar la capacidad de adaptación de las empresas...”*.

El verdadero problema que tenemos es el nivel de transformación que están experimentando los mercados de trabajo contemporáneos, en los que están cambiando muchas cosas a ritmos sin precedentes. Fenómenos como la globalización, la cuarta revolución industrial o la llegada a edad laboral de nuevas generaciones están afectando al mercado de trabajo, al tipo de organización en que se trabaja, y a la forma misma en que trabajamos. Como indica la Comisión Europea, *“la vida laboral se está transformando radicalmente por el efecto combinado del progreso tecnológico, de la globalización y de la expansión del sector de los servicios. De hecho, sectores enteros de la economía están siendo reconfigurados mediante la economía colaborativa y las plataformas en línea. La mano de obra debe hacer frente a un ritmo de cambio acelerado para adquirir nuevas competencias, ajustarse a nuevos modelos de negocios o adaptarse a las cambiantes preferencias de los consumidores”*⁵.

Ante esto debemos hacernos varias preguntas: ¿Qué negociación colectiva necesitamos para esta nueva realidad? ¿Tiene un papel en ésta? ¿Puede sustituir a una ley laboral que parece haber perdido el paso ante este cúmulo de transformaciones?

Resulta curioso constatar cómo, a pesar de la función prelegislativa que se atribuye a la negociación colectiva, ésta no está teniendo mucha presencia, al menos en esta fase de los debates sobre el impacto laboral de las transformaciones económicas y tecnológicas. En la cuarta revolución industrial no aparece como factor de cambio, y sí como objeto de éste, necesitado de adaptación ante lo que ésta está suponiendo para el trabajo.

Mi punto de partida, que actuará como hipótesis de trabajo, es que la institución que analizo tiene, a pesar de todo, una capacidad de adaptación a los cambios en la realidad que regula, una reactividad que puede considerarse, por la forma y el ritmo en que se genera, una de sus principales señas de identidad y una ventaja a la vez frente a otros mecanismos de producción normativa presentes en el Derecho del Trabajo. Que esta capacidad de reacción resulte suficiente es otra cosa.

⁵ Comisión Europea, *“Documento de reflexión sobre la Dimensión Social de Europa”*, Bruselas, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2017, pg.17; accesible en [file:///C:/Users/usuario/Desktop/reflection-paper-social-dimension-europe_es%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Desktop/reflection-paper-social-dimension-europe_es%20(1).pdf)

3.- NUEVOS CONTENIDOS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Partiendo de la existencia de un cierto grado de reactividad en la negociación colectiva, como uno de sus elementos distintivos en cuanto fuente del Derecho, cabría plantearse qué podemos esperar de esta característica en tiempos de cambios profundos en el mundo del trabajo. Es lógico pensar que se traduzca en una capacidad de dar respuesta a diversos factores, como las necesidades empresariales, las demandas de los trabajadores, los cambios legislativos, los nuevos problemas en el mercado de trabajo... De esta manera, para identificar los nuevos contenidos negociales debemos manejar dos parámetros: por un lado, la existencia de situaciones de obsolescencia o vacío normativo, de problemas en las relaciones laborales carentes de un tratamiento adecuado en el mix regulatorio laboral; por otro, la presencia de demandas de las partes negociadoras de los convenios, que pretendan ver satisfechas mediante su inclusión en éstos. De todos los temas posibles me centraré en analizar algunos que considero especialmente sugerentes, y que deben ser considerados únicamente como estudios de caso.

3.1.- La regulación de nuevas funciones en las empresas.

Una de las funciones que están adquiriendo una mayor importancia en la empresa del siglo XXI es la de asegurar el cumplimiento normativo por parte de éstas, en un marco regulatorio complejo y en el que los escándalos empresariales se han multiplicado.

El compliance se constituye como una función independiente dentro de la empresa, que requiere de una estructura organizativa propia y de unos profesionales especializados, preparados para desarrollar unas tareas complejas y delicadas. La World Compliance Association la define como *“un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos”*.

El origen del actual interés por éste se inicia, al menos en el sector privado, con la extensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Para evitarla el apartado 2º del artículo 31bis señala la forma en que se podrá eludir esta responsabilidad de la persona jurídica, indicando que *“si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen una serie de condiciones”*. Una de ellas es que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado eficazmente *“modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”*; antes de la comisión del delito, obviamente. Otra, que este modelo de prevención sea supervisado en su funcionamiento y cumplimiento por un *“órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica”*⁶. De esta manera, la verificación del respeto a las obligaciones legales de la

⁶ Otros requisitos fijados por el legislador penal son que *“los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención”* y que *“no se ha producido*

organización debe realizarse de una manera sistemática, cumpliendo unos estándares muy exigentes de eficacia involucrando a toda la entidad.

En la práctica de las empresas esta previsión se pone en práctica mediante el nombramiento de responsables de cumplimiento o “compliance officers”, quienes concentran las responsabilidades fundamentales y desempeñan las principales tareas, para lo que necesitan de un estatus jurídico adecuado tanto en cuanto a competencias como en lo que se refiere a las garantías necesarias para poder actuar con independencia.

El artículo 31 bis desarrolla en su apartado 5º los requisitos que deben cumplir estos modelos de prevención para que puedan producir este efecto de impedir la existencia de la responsabilidad jurídica de la organización:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

La vinculación entre el cumplimiento normativo y las relaciones laborales se produce a varios niveles, cada uno de los cuales debe tener su reflejo en el marco convencional de la empresa⁷. Tenemos, por un lado, el cumplimiento de las normas laborales, tanto estatales como convencionales⁸. Desde este punto de vista se trata de una parte de la actividad genérica del cumplimiento normativo, caracterizada por el tipo de normativa que se aplica. Se habla así de un “compliance laboral”, que sería la prevención y gestión

una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª”.

⁷ En general sobre esta cuestión J. L. GOÑI SEIN, “Programas de cumplimiento empresarial (“compliance programs”): aspectos laborales”, en AA.VV, “Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal”, Madrid: Edisofer, 2014, pg.367. Muy reciente es el trabajo de C. DE LA TORRE GARCÍA, “Las 10 tendencias de Compliance laboral en 2018”, accesible en su Blog personal dentro del portal de la Fundación FIDE, https://www.fidefundacion.es/Las-10-tendencias-de-Compliance-laboral-en-2018-I-II-por-Carlos-de-la-Torre-Garcia_a674.html.

⁸ Desde esta perspectiva V. GÓMEZ MARTÍN, “Compliance” y derechos de los trabajadores”, en AA.VV, “Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal”, Madrid: Edisofer, 2014, pg.421.

del riesgo normativo en el ámbito laboral; o, en sentido más estricto, la vinculación entre la prevención de delitos y las relaciones laborales⁹.

No es una práctica nueva, sino que ha estado presente tradicionalmente en nuestra práctica laboral como parte muy relevante del análisis de la situación de una empresa que supone la *due diligence*; y, con su propia autonomía, dentro de lo que se conoce como autoría laboral. La idea es la misma, la de comprobar que se cumplen todas las obligaciones impuestas por la normativa laboral y detectar cualquier conducta en el ámbito de los recursos humanos que pudiera hacer surgir responsabilidades. En esta primera vertiente el convenio colectivo es, antes que nada, criterio de validez de las prácticas de la empresa, y se buscan posibles incumplimientos de éste. Pero también es posible adoptar un enfoque más amplio, y que el mismo convenio establezca canales de control de cumplimiento, tanto de sus mismas disposiciones como de cualquier otra que resulte aplicable. Teniendo en cuenta la naturaleza de la norma pactada, se trataría sobre todo de involucrar a los representantes de los trabajadores y a éstos mismos en esta tarea. Un función de compliance bien diseñada debe utilizar la totalidad de los recursos a disposición de la empresa, e involucrar a todos sus empleados es la manera más eficiente de detectar y evitar incumplimientos.

Para los representantes de los trabajadores esta incorporación debe hacerse extendiendo sus competencias y fortaleciendo sus garantías, pero también involucrándolos en los canales de control diseñados desde la dirección, convirtiéndolos incluso en interlocutores primarios para la presentación de reclamaciones por la plantilla. El espacio propio para diseñar estas funciones es el convenio, que en España suele tener un capítulo propio sobre la representación del personal, detallando sus prerrogativas y funciones, en el que queda mucho espacio de desarrollo.

El papel de los trabajadores en el control del cumplimiento normativo puede ser muy relevante, y así se comprueba del análisis de los programas de compliance aplicados en las empresas¹⁰. Es común en éstos la previsión de mecanismos de denuncia de incumplimientos por parte de los mismos trabajadores, acompañados de mecanismos de protección frente a posibles represalias e incluso de incentivos para premiar la colaboración¹¹. Más aun, es posible imponer verdaderas obligaciones de hacerlo, cuando se tenga conocimiento de irregularidades en el funcionamiento de la empresa o en la actuación de sus empleados o directivos. El mismo artículo 31bis.5 CP señala que los modelos de organización y gestión establecidos para prevenir delitos *“impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado*

⁹ Así lo entiende I. ESTABAN ROS, “Prevención de delitos (o compliance) y relaciones laborales”, Blog Laboral Garrigues; publicado el 16 de febrero de 2017. Accesible en <http://bloglaboral.garrigues.com/prevención-de-delitos-o-compliance-y-relaciones-laborales>. Visitado el 10 de octubre de 2017.

¹⁰ De la misma opinión son R. ROJAS, E. MORALEJA & R. GUTIÉRREZ ARRANZ, “La participación del trabajador, herramienta clave en Compliance”; Blog El Derecho.com; accesible en http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/participacion-trabajador-herramienta-clave-Compliance_11_1111180001.html; colgado el 17 de julio de 2017; visitado el 2 de enero de 2018.

¹¹ Entre otros, R. RAGUÉS I VALLÈS, “El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: “whistleblowing” interno vs. “whistleblowing” externo”, en AA.VV, *“Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal”*, Madrid: Edisofer, 2014, pg.459; y R. ROJAS ROSCO, “Los canales de denuncia interna (whistleblowing) en el ámbito laboral”, Blog El Derecho.com, accesible en http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Canales-denuncia-interna-whistleblowing-compliance-laboral_11_1055680001.html; disponible el 14 de febrero de 2016, visitado el 15 de diciembre de 2017.

de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. Obligación que corresponde, es claro, a los empleados de la empresa. De nuevo es el convenio el lugar oportuno para regular aquéllos canales y estas garantías, diseñando una especie de estatus especial para el empleado denunciante que además de protegerlo incentive su participación en esta relevante función empresarial.

En una segunda perspectiva, el cumplimiento normativo exige de unos profesionales especializados encargados de la puesta en práctica de los programas exigidos por la legislación penal. Como se ha visto, el Código Penal exige para que el modelo de prevención cumpla su función que éste sea supervisado por un órgano de la persona jurídica que debe cumplir alternativamente uno de dos requisitos: tener atribuidos poderes autónomos de iniciativa y de control; o tener legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. La norma UNE-ISO 19600 contiene algunas directrices para el llamado Compliance Officer. Desde una perspectiva laboral los responsables de esta función en la empresa serán empleados de ésta, a los que se debe investir no sólo de importantes poderes, sino que también deben ser dotados de un adecuado estándar jurídico que les permita desarrollar su función¹².

Disponemos de claros antecedentes que pueden guiar esta tarea, puesto que los convenios colectivos vienen estableciendo desde hace tiempo estatutos jurídicos especialmente protectores para algunos trabajadores a los que se asignan funciones especiales. Éste es el caso de los representantes legales de los trabajadores, unitarios y sindicales, y también el de los que desempeñan funciones legalmente previstas en materia preventiva. Respecto de todos éstos se prevén garantías y prerrogativas muy eficientes, en algunos casos inspiradas en las establecidas por el legislador laboral, en otros de propia creación. Su utilización respecto de los responsables de cumplimiento normativo parece una opción natural.

Una tercera perspectiva importante en relación con el cumplimiento normativo es la existencia de un régimen disciplinario que fortalezca los mecanismos de control y denuncia establecidos por la empresa. De acuerdo con el artículo 31bis.5 del Código Penal, para que éstos cumplan su función de evitar la responsabilidad empresarial deberán establecer *“un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo”*. Esto es, tipificar infracciones específicas que se aplicarán cuando los empleados incumplan sus deberes en esta materia. Éstos serán principalmente de vigilancia y denuncia, pero cabe pensar en otros como la represalia de los denunciante por sus superiores. En general todo el aparato sancionador de la empresa debe disuadir del incumplimiento de las obligaciones legales de la empresa mediante la sanción de éste cuando se produzca.

En este caso el papel del convenio no es sólo relevante sino que resulta indispensable, ya que de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores el régimen disciplinario en la empresa debe estar recogido necesariamente en una norma acordada. No puede haber sanciones en la empresa sin un convenio que las prevea, excluyendo la tipificación del poder disciplinario en la empresa de su ámbito de decisión unilateral.

¹² En extenso R. ROJAS ROSCO, "Labour Compliance: Hacia el nuevo Estatuto Laboral del Compliance Officer", blog El Derecho.com, accesible en http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Labour-Compliance-Estatuto-Laboral-Compliance-Officer_11_1024180002.html; colgado el 26 de noviembre de 2016; visitado el 15 de diciembre de 2017.

Como se ha podido ver, la negociación colectiva debe tener un papel importante en el desarrollo de la función de cumplimiento normativo en las empresas, en distintos niveles. No parece, sin embargo, que hasta el momento ésta se haya desempeñado efectivamente. Esto puede explicarse por lo reciente de su desarrollo en España, al menos en su versión actual. También, seguramente, por el modelo de programa de cumplimiento que se está utilizando en España, en el que no se ha desarrollado el papel de los representantes de los trabajadores, tanto en cuanto garantes de la legalidad como en su papel de sujetos negociadores.

Una reflexión parecida puede hacerse en relación con otra obligación legal impuesta a las empresas por un cambio legislativo reciente. En este caso la norma que puede imponer nuevos contenidos a la negociación es el Reglamento (UE) 2016/679, conocido como Reglamento general de protección de datos¹³. Aparte de otras muchas consecuencias sobre las relaciones laborales, se puede indicar la importancia que tiene el establecimiento de la obligación de las empresas de designar, junto al responsable y al encargado del tratamiento, un delegado de protección de datos en determinados casos (artículo 37)¹⁴.

Este delegado de protección de datos será designado atendiendo a sus cualidades profesionales y, en particular, a sus conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos y a su capacidad para desempeñar las funciones previstas en el RGPD. Y se prevé que podrá formar parte de la plantilla del responsable o del encargado del tratamiento o desempeñar sus funciones en el marco de un contrato de servicios. Es posible, por tanto, que el delegado de protección sea un trabajador dependiente de la empresa en la que presta sus servicios, previéndose además, que en este caso pueda desempeñar otras funciones y cometidos¹⁵.

Pues bien, el artículo 38 RGPD recoge una serie de indicaciones respecto de la “posición del delegado de protección de datos”, dirigida a garantizar que pueda cumplir su función de manera adecuada, libre de injerencias de la dirección: participación “de forma adecuada y en tiempo oportuno” en todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales; respaldo del responsable y el encargado del tratamiento; disposición los recursos necesarios para el desempeño de sus funciones; acceso a los datos personales y a las operaciones de tratamiento; mantenimiento de sus conocimientos especializados; accesibilidad por los interesados...

En particular, el apartado 3º del artículo 38 dispone que el responsable y el encargado del tratamiento “*garantizarán que el delegado de protección de datos no reciba ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de dichas funciones*”. También se

¹³ 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.

¹⁴ Según el apartado 1º de este artículo 37 RGPD el responsable y el encargado del tratamiento designarán un delegado de protección de datos en tres casos: cuando el tratamiento lo lleve a cabo una autoridad u organismo público, excepto los tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial; cuando las actividades principales del responsable o del encargado consistan en operaciones de tratamiento que, en razón de su naturaleza, alcance y/o fines, requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala, o cuando las actividades principales del responsable o del encargado consistan en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales.

¹⁵ En tal caso el artículo 38.6 RGPD obliga al responsable o encargado del tratamiento a garantizar que dichas funciones y cometidos no den lugar a conflicto de intereses.

prevé que este empleador “no será destituido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones”.

Existe en España la tendencia a considerar a las personas que ejercitan responsabilidades relevantes como personal fuera de convenio, por considerarlos más cercanos a la empresa que al estatus ordinario de empleado de ésta¹⁶. Esta especial vinculación haría innecesaria la tutela colectiva de sus condiciones laborales; además de generar un conflicto de intereses cuando los de la empresa y los de su plantilla no coincidieran. La realidad es que el convenio puede ser el lugar idóneo para diseñar un estatuto jurídico propio para algunas posiciones críticas dentro de la empresa, impuestas por la legislación estatal o unioneuropea, creando el marco que permita a estas personas actuar con seguridad y autonomía; elementos éstos indispensables para que puedan desempeñar sus responsabilidades adecuadamente. Es en éste nivel de regulación dónde deben articularse los derechos, inmunidades y garantías que requieren; y donde debe diseñarse el aparato sancionador que asegure la aplicación de las reglas de compliance normativo, protección de datos y demás que la empresa se haya dado en cumplimiento de sus obligaciones legales. El antecedente del personal encargado de la prevención puede servir de orientación en esta tarea; gracias a éste disponemos de un catálogo de medidas de garantía y de derechos instrumentales efectivo y contrastado.

Otra dificultad para involucrar a la negociación es que existe todavía entre nosotros una tendencia a desarrollar de manera unilateral estas políticas críticas para la empresa, generalmente mediante modelos bien diseñados y comprobados por asesores externos que ofrecen el más alto nivel de garantía. En estos modelos el papel de los representantes de los trabajadores suele ser reducido; también se utilizan instrumentos regulatorios diferentes, como los códigos de buenas prácticas o los compromisos contractuales prediseñados. Pero también comienzan a detectarse, de una manera todavía incipiente, prácticas más avanzadas que, en un proceso de normalización de la función de cumplimiento, adecúan ésta a lo que es normal en la gestión de los recursos humanos en el siglo XXI, la regulación acordada de los aspectos que afectan a la forma en que se trabaja y se vive en la empresa.

3.2.- Responsabilidad social y sostenibilidad

Otra materia que tiene mucho que desarrollarse todavía en nuestros convenios es la responsabilidad social corporativa, una política empresarial que vivió un gran momento en España en la primera década del siglo XXI para luego ser barrida por la crisis financiera mundial producida al final de ésta. A pesar de que existe una manera socialmente responsable de gestionar la crisis; y a pesar también de que las empresas han continuado desarrollado sus políticas en este campo sin que aparentemente el momento ganado por esta filosofía de gestión se haya perdido, es difícilmente rebatible

¹⁶ Es algo parecido a lo que ocurre en materia de elecciones sindicales, dónde el artículo 16 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección, excluye del derecho al sufragio activo y pasivo, y por tanto del censo electoral, al personal con contrato de alta dirección. En la práctica se está dando una interpretación extensiva a esta disposición, de manera bastante discutible, considerando excluido del sufragio a cualquier persona que ostente poderes de la empresa, con independencia del tipo de relación laboral (ordinaria o especial) que mantenga con la empresa.

la afirmación de que ha perdido su protagonismo en los debates económicos y laborales de esta segunda década. Es también cierto, aun así, que el decidido empuje del gobierno socialista en los primeros años del siglo tuvo sus frutos, convirtiéndola en un elemento estructural de la gestión de nuestras empresas, al menos de las medianas y grandes.

La relación entre RSC y negociación colectiva siempre ha sido complicada, incluso en los mejores momentos de aquélla, en razón de la consideración de ésta, desde ciertas perspectivas, como una iniciativa unilateral de las empresas, adoptada sin responder a presiones o negociaciones con sujeto alguno. El carácter unilateral de las prácticas responsables, entendida originalmente como expresión de la falta de una obligatoriedad jurídica, se extendió hasta llegar a impedir la misma negociación de estas políticas de la empresa, consideradas como una expresión de su libre voluntad, de acuerdo con sus propios valores y prioridades.

La RSC, siendo un fenómeno global, ha presentado siempre algunas particularidades en España, siendo la más señalada que ha estado siempre muy centrada en cuestiones laborales, a diferencia de cuanto ha ocurrido en otros países. En ella ha habido un marcado protagonismo de los interlocutores sociales y de la administración laboral, que llegaron a crear un Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas (CERSE), órgano asesor y consultivo que de manera coherente con esta planteamiento fue adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales como ministerio competente en materia de políticas públicas de impulso y fomento de la responsabilidad social de las empresas del Gobierno de España.

Esta visión de la RSC tiene consecuencias en cuanto a las materias en las que se pretende un comportamiento responsable de las empresas, muchas de las cuales tienen que ver con el empleo y las condiciones de trabajo. Basta con señalar las iniciativas que la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas señala como indispensables para una “gestión responsable de los recursos humanos y fomento del empleo”¹⁷:

- creación de empleo de mayor calidad para contribuir a un desarrollo sostenible de la sociedad.
- mejora las condiciones de igualdad, conciliación, no discriminación y la inserción laboral de colectivos con mayores dificultades para acceder o mantenerse en el mercado laboral y aquellos en riesgo de exclusión social, así como de mujeres víctimas de violencia de género.
- creación y mantenimiento de empleo basado en la estabilidad, así como la formación y el desarrollo profesional de los trabajadores.
- puesta en marcha de prácticas que impulsen la diversidad en las plantillas
- impulso de la inclusión en los planes de prevención de medidas de promoción de la salud en los centros de trabajo

Si se analiza desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, nos encontramos frente a materias que son objeto de los procesos de negociación en las distintas unidades, como un contenido típico de los convenios.

¹⁷ Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora. El texto de la estrategia está disponible en el portal del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, concretamente en la dirección http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/EERSE_WEB.pdf.

Este modelo tiene efectos también en los procesos para su implantación. El Informe del Foro de Expertos en Responsabilidad Social de las Empresas presenta a ésta como un proceso de diálogo y acuerdo social, afirmando que *“el escenario en el que se debe desarrollar la RSE es el del diálogo y acuerdo con todas las partes interesadas. Como resultado debería tenderse a la consecución de prácticas de responsabilidad social adoptadas por las empresas que sean fruto de un proceso de diálogo y acuerdo con todas las partes interesadas”*¹⁸. Entre éstos se incluyen las organizaciones sindicales, principales promotores de este modelo de gestión empresarial. Más concretamente el Documento *“La Responsabilidad Social de las Empresas. Diálogo Social”*, acordado por los interlocutores sociales más representativos a nivel nacional afirma que uno de los principios generales de la RSE es la implicación y participación de los trabajadores¹⁹.

Este carácter participativo y paccionado de la RSC enlaza con la tradición de nuestra negociación colectiva de tratar las materias propias de su dimensión interna, como son los temas laborales antes indicados y otros generalmente conocidos como acción social. El resultado es una práctica de RSC en la que ésta no es tan unilateral como se suele predicar de ella, y que presenta por el contrario importantes espacios de negociación. De esta manera, en el modelo defendido en España por las organizaciones sindicales, y apoyado por el Gobierno de la Nación, los trabajadores y sus organizaciones debían considerarse *stakeholders* primarios, que debían ser no sólo destinatarios de algunas de las medidas implantadas por las empresas, sino también participes en la adopción de las decisiones fundamentales en la materia.

Recientemente, el Acuerdo Interprofesional de Cataluña 2015-2017 señala como uno de los temas a desarrollar en ésta en la Comunidad Autónoma el de la RSC, señalando que *“la negociación colectiva es un instrumento donde puede desarrollarse la Responsabilidad Social (en adelante RS), promoviendo un marco económico más sostenible y responsable. Es fundamental el reconocimiento de las organizaciones sindicales, en los sectores y empresas, como uno de los grupos de interés en materia de RS, como representantes de las personas trabajadoras, y su participación en este ámbito”*. En consecuencia, *“se recomienda que los convenios colectivos sectoriales y de empresa contemplen estos aspectos”*. Sindicatos como *stakeholders*, y el convenio como el ámbito en el que las empresas deben acordar con éstos su política de responsabilidad social; éste es el modelo que desde muchos sectores se defiende en nuestro país.

También en este campo las posibilidades son múltiples, y la práctica negocial española comienza a ponerlo de manifiesto. Están por un lado las iniciativas socialmente responsables de las empresas, cuya presencia en el convenio indica que ésta ha optado por negociarlas con sus empleados. Al hacer así se aleja del modelo más convencional o

¹⁸ Fechado en 2007, es accesible en http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/RespoSocEmpresas/foro_expertos/contenidos/INFORME_FOROEXPERTOS_RSE.pdf; visitado el 15 de diciembre de 2017.

¹⁹ Lo que se explica así: *“Implicación y participación de los trabajadores: Se considera que la participación e implicación de los trabajadores en las estrategias y políticas de RSE es un buen instrumento para el desarrollo y el fomento de las mejores prácticas de responsabilidad social, en aspectos tales como el aprendizaje y la formación, la organización del trabajo, la igualdad de oportunidades, la inclusión social, el cambio industrial y las reestructuraciones”*. Aprobado por la Comisión de Seguimiento y Evaluación del Diálogo Social el 19 de diciembre de 2007 con el título *“La Responsabilidad Social de las Empresas. Diálogo Social”*.

tradicional de la RSC, que considera que ésta debe ser estrictamente unilateral, expresando el compromiso de la empresa adoptado por sí misma y de acuerdo con sus propios valores. Un ejemplo muy conocido es la Disposición Adicional Tercera del Convenio Colectivo de la Industria del Calzado²⁰, que señala que *"las empresas que suscriban códigos de conducta de responsabilidad social, lo negociarán previamente con los representantes legales de los trabajadores"*. Otra forma de aproximarse a esta cuestión la encontramos en el artículo 76 del XIV Convenio Colectivo General de la Industria Química²¹ que dispone que *"sin perjuicio de los derechos y facultades concedidos por las Leyes, se reconoce a los Comités de Empresa y Delegados Sindicales del artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) las siguientes funciones:..... 2. Anualmente, conocer y tener a su disposición: (...) El balance de aplicación y seguimiento de los compromisos asumidos por parte de las empresas que hubieran suscrito alguna fórmula de responsabilidad social -o corporativa- de empresa"*. Debemos indicar, sin embargo, que se trata todavía de supuestos muy raros, prácticamente testimoniales²².

Esta presencia de los representantes de los trabajadores se justifica particularmente con aquellas iniciativas que intentan involucrar a los propios empleados en algunas de sus actuaciones, según un modelo de "voluntariado corporativo". En éste se elige un determinado sector de actividad social, para el que se diseña un programa de cooperación en el que la empresa aporta soporte económico y organizativo, y sus empleados su trabajo²³. Las posibilidades son múltiples, y esta modalidad de voluntariado empieza a ser algo bastante común en nuestras empresas, sobre todo en las de cierta dimensión.

Al margen de las iniciativas empresariales los convenios pueden apoyar las que adopten los propios trabajadores. Por ejemplo, facilitando su participación en programas de cooperación o voluntariado ajenos a la empresa mediante permisos retribuidos, excedencias, sabáticos, adaptaciones de jornada... En estos casos, en los que generalmente se adapta la jornada o el tiempo de trabajo para permitir al empleado desarrollar esta actividad, el convenio debe prever éstos como verdaderos derechos de los trabajadores, que pueden ser utilizados bien libremente, bien trámite la autorización de una comisión creada *ad hoc* por en la propia norma.

²⁰ Suscrito con fecha 25 de julio de 2005 y publicado en el BOE 7 octubre 2005, núm. 240.

²¹ BOE 6 agosto 2004, núm. 189.

²² Un análisis de estos convenios en F.F.J. CALVO GALLEGO & M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Responsabilidad social corporativa: ¿un nuevo instrumento para las políticas laborales?", en M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ (dir.), *"Política social europea y Comunidades Autónomas"*, Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2007. También debe manejarse el completo estudio de J. GARCÍA VIÑA, "Los mecanismos negociados de implantación de la responsabilidad social empresarial en España", *Actualidad Laboral*, nº 13, 2011, pág. 1550. Y puede verse también el trabajo de D. MORENO MENDOZA, "Los acuerdos colectivos sobre responsabilidad social empresarial como nuevas experiencias de negociación colectiva laboral en España", accesible en <http://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2010/03/acuerdos-de-empresa-y-rs-david-moreno-mendoza-art.pdf>

²³ En la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas se prevé una medida dirigida precisamente a *"facilitar y proporcionar oportunidades de voluntariado corporativo"*. En concreto, *"se promoverá que las empresas y administraciones públicas faciliten y proporcionen oportunidades de voluntariado corporativo para sus empleados, en coordinación con los representantes de los trabajadores"* (medida nº 28).

Directamente vinculada con la RSC, siendo considerada en muchos casos como una parte de ella, se encuentran las políticas medioambientales de las empresas, cada vez más un componente estructural en el diseño de su actividad²⁴. De la misma manera, en un primer momento estas cuestiones se trataron de una manera estrictamente unilateral, para ir progresivamente hacia un modelo pactado o, al menos, consultado con la plantilla²⁵. Hoy podemos hablar de un verdadero contenido típico de la negociación colectiva, aunque con una presencia todavía no generalizada y desde luego mucho menor que la que tienen otras materias²⁶. Como era previsible, el tratamiento de estas materias no es sólo escaso sino también irregular, concentrándose en ciertos sectores cuya actividad genera un gran impacto en el medio natural (construcción, química, cemento), y en algunas empresas con políticas especialmente desarrolladas en este campo (empresas de aguas, de energía). Cabe indicar, finalmente, que junto a las cláusulas convencionales es posible encontrar en algunos sectores acuerdos monográficos sobre política medioambiental²⁷.

En este caso la tendencia al tratamiento colectivo se explica por varias razones, como el contenido de las medidas a implementar, que exigen la colaboración de los trabajadores; o la alta sensibilidad de las organizaciones sindicales españolas hacia estas cuestiones, que hace que en muchas ocasiones sea éstas el verdadero motor del compromiso de las empresas y administraciones²⁸. Los contenidos que encontramos en los convenios son también diversos²⁹: compromisos de reducción de la huella de carbono; de gestión de

²⁴ En el citado documento “La Responsabilidad Social de las Empresas. Diálogo Social” se señala como uno de los principios generales de la RSE su “dimensión y naturaleza medioambiental”, afirmándose que “*está vinculada estrechamente al concepto de desarrollo sostenible, entendiéndose ésta como la vía de asegurar que el crecimiento económico y social satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias. Teniendo en cuenta la situación actual, las estrategias de los poderes públicos en materia medioambiental deberían propiciar la implicación de las empresas, los sindicatos y las organizaciones de ciudadanos, ya que la desatención o los ataques al medio ambiente pueden provocar violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas que trabajan y viven en ese ambiente afectado*”.

²⁵ Existe un informe elaborado en el ámbito de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de trabajo que analiza la actitud de los interlocutores sociales ante estos problemas. Véase B. BROUGHTON, “*Greening the European economy: Responses and initiatives by Member States and social partners*”, EUROFOUND, Dublín, 2009; accesible en <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2009/labour-market-industrial-relations/greening-the-european-economy-responses-and-initiatives-by-member-states-and-social-partners>

²⁶ Una buena recopilación de experiencias la realiza M. GUTIÉRREZ PÉREZ en su trabajo “La protección del medio ambiente como factor condicionante de las relaciones laborales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* Nº 3/2010.

²⁷ Pueden analizarse los distintos supuestos de convenios y acuerdos en N. MENDOZA NAVAS & A.M. MORENO MÁRQUEZ, “*Salud laboral y el medio ambiente en la negociación colectiva*”; Albacete: Bomarzo, 2009.

²⁸ Me remito a las completas reflexiones sobre esta implicación de M.L. MARTÍN HERNÁNDEZ & R. SASTRE IBARRECHE, “Un nuevo espacio para la acción sindical: la defensa del medio ambiente”, *Revista de Derecho Social*, nº 6, 2000, pg. 60. Véase al respecto el informe español al estudio antes mencionado: A. ALTIERI & M. CAPRILE, “Spain – Greening the European economy: responses and initiatives by Member States and social partners”; septiembre de 2009, accesible en <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/national-contributions/spain/spain-greening-the-european-economy-responses-and-initiatives-by-member-states-and-social-partners>

²⁹ En general M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, “Medio ambiente y relaciones de trabajo». *Temas Laborales*, nº 50, 1999. Un estudio pionero fue el de M.P. RIVAS VALLEJO, “La protección del medio ambiente en el marco de las relaciones laborales”, *Tribuna Social*, 103, 1999, pg. 9. Disponemos de un estudio completo de esta cuestión en N. MENDOZA NAVAS & A.M. MORENO MÁRQUEZ, op.cit supra, passim.

residuos; de eficiencia energética; de utilización del teletrabajo; de “apagón” de instalaciones; nombramiento de delegados de medioambiente³⁰; diseño de políticas de transporte sostenible... El tratamiento de estas cuestiones depende del nivel de compromiso y, sobre todo, de visibilidad que se le quiera dar; lo recomendable sería incluir un capítulo monográfico en el texto del acuerdo, que reúna una diversidad de medidas, derechos y compromisos en diferentes ámbitos de las relaciones laborales, unificados por su objetivo común de protección del medioambiente.

Uno de los ámbitos de las políticas medioambientales en los que el papel de la negociación puede resultar más importante es el del transporte sostenible, un caso particular que se está introduciendo en nuestras empresas comenzando, como suele ocurrir en estas situaciones, por el sector público y las grandes empresas, las unidades de negociación generalmente más sensibles a estas preocupaciones. El concepto básico sobre el que se construyen estas medidas es el de “movilidad sostenible”, que es definida en la Ley 2/2011, de Economía sostenible como “*el derecho de los ciudadanos al acceso a los bienes y servicios en unas condiciones de movilidad adecuadas, accesibles y seguras, y con el mínimo impacto ambiental y social posible*”. El instrumento por excelencia para poner en marcha estas políticas es el plan de movilidad, que incluye diversas medidas para reducir el impacto de los traslados provocados por la actividad de la empresa, particularmente en los de los trabajadores cuando acuden al centro de trabajo de ésta.

El desarrollo de estas políticas implica convertir a la movilidad en una responsabilidad compartida también por la empresa, que es en última instancia quien la genera. Se espera de ésta que se involucre en mejorar el transporte de sus trabajadores, más allá de las tradicionales rutas de autobuses cada vez menos frecuentes. Se crean en éstas órganos paritarios con responsabilidades en esta materia, se nombra un gestor de movilidad, se tienen en cuenta en general las consecuencias en términos de movilidad de las distintas decisiones de la empresa. Y ello tanto en interés de los empleados (tiempos de desplazamiento, gastos de transporte, riesgos relacionados con el tráfico), como de la sociedad en su conjunto.

Una cuestión central es el papel de los representantes de los trabajadores en el desarrollo de estas políticas. En muchas ocasiones son éstos los que ostentan la iniciativa para tratar estos problemas, que afectan directamente a sus representados; y que resultan coherentes con las líneas de actuación de las organizaciones sindicales. La necesidad de asegurar la eficacia de las medidas mediante la colaboración de los empleados; y el tipo de medidas que se están manejando apuntan a un alto grado de participación sindical, bien en la elaboración y gestión del plan de movilidad que se está generalizando; bien en la negociación del correspondiente convenio.

³⁰ En el sector de la Industria Química se le atribuyen al delegado de medio ambiente las siguientes funciones: colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción medioambiental; promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en el cumplimiento de la normativa medioambiental; ejercer una labor de seguimiento sobre el cumplimiento de la normativa medioambiental, así como de las políticas y objetivos que la empresa establezca en ese sentido; colaborar en el diseño y desarrollo de las acciones formativas en materias relacionadas con las obligaciones medioambientales de la empresa.

Las medidas que encontramos en los planes de movilidad y en los convenios colectivos son de diverso tipo, y afectan generalmente a las materias acordadas en éstos: oferta de transporte colectivo; financiación de abonos de transporte público; incentivos a la utilización de transportes sostenibles, económicos o en tiempo de descanso; oferta de bicicletas a la plantilla; establecimiento de puntos de carga de baterías para vehículos eléctricos; reconocimiento del derecho a recargar las baterías en la red eléctrica de la empresa; mejor tratamiento a efectos de aparcamiento de los automóviles particulares de alta ocupación; ayudas a la adquisición de vehículos menos contaminantes.. En algunos casos se fomenta la movilidad geográfica para acercar trabajo y domicilio, reconociendo un derecho absoluto o prioridad de los trabajadores para ocupar puestos de trabajo más próximos a su lugar de residencia. En otros se fomenta la autoorganización de los trabajadores, como en los programas de vehículos compartidos. Cabe señalar, finalmente, las medidas relacionadas con el uso intensivo e inteligente de la tecnología TIC, que permite desarrollar el trabajo sin necesidad de presencia física y, por lo tanto, sin que resulte necesario el desplazamiento del trabajador. Se promueve, así, el uso de la videoconferencia como forma ordinaria de celebrar las reuniones de trabajo; el recurso a la formación on-line, en lugar de los cursos presenciales; la limitación de los momentos hábiles para celebrar reuniones presenciales; y, sobre todo, la promoción del teletrabajo como modalidad de prestación de servicios³¹.

Resulta interesante en este sentido la Proposición de Ley de Movilidad Sostenible presentada en 2008 por Greenpeace y Ecologistas en Acción, Comisiones Obreras, Los Verdes e Izquierda Unida. En ésta se pretendía introducir la obligación de algunas empresas y administraciones públicas (las que contaran con centros de trabajo de más de 200 trabajadores) de elaborar y desarrollar un plan de transporte de empresa con el objetivo de reducir la utilización del automóvil en el transporte de sus trabajadores y fomenten otros modos menos contaminantes. En el artículo 13.2 se preveía que “*en la elaboración y desarrollo de los planes de transporte de empresa participarán los representantes de los trabajadores*”. Los planes así elaborados serían presentados por las empresas al ayuntamiento correspondiente. Aquí la lógica es la de responsabilizar a la organización empresarial del impacto de los desplazamientos profesionales de sus empleados, debiendo adoptarse medidas en este mismo ámbito con participación de la representación de éstos. Esta participación podría articularse mediante la celebración de acuerdos de empresa o la introducción de estos compromisos en el convenio de este nivel que pudiera haber.

Una de las particularidades del desarrollo de planes de movilidad es que generan un nuevo espacio de negociación, conformado por los trabajadores que comparten unas mismas necesidades de movilidad por ubicarse en un espacio territorial de trabajo común. Así, al margen de las medidas que puedan adoptarse dentro de cada empresa hay otras que deben diseñarse en el espacio conformado por el polígono industrial, el parque empresarial, el campus tecnológico y similar. Espacios en los que se puede concentrar un gran volumen de personas y de medios de transporte, donde coinciden

³¹ Desde esta perspectiva el teletrabajo se estaría utilizando más en la línea de sus primeros promotores, vinculado con una finalidad medioambiental. Así ocurrió en la California de los años 70 del siglo XX, donde ante un serio problema de contaminación por el uso masivo del automóvil el trabajo remoto se presentó como una medida que podía reducir el número de desplazamientos por motivos profesionales. En España, sin embargo, el teletrabajo fue percibido desde un primer momento más bien como un instrumento de conciliación de la vida laboral y familiar, que permitía a los trabajadores con obligaciones familiares poder compaginar el cuidado de familiares con el trabajo, realizando éste desde el propio domicilio.

empresas sin vinculación entre sí pero que generan, por su propia vecindad, problemas comunes. Los planes de evacuación conjunta en el marco de las políticas de prevención de riesgos laborales son una primera muestra de que estos nuevos ámbitos tienen su reflejo en las relaciones laborales

De la movilidad se han ocupado hasta ahora las administraciones y los gestores de estos espacios, que han gestionado aspectos tales como el tráfico privado y comercial, el acceso al transporte público o los aparcamientos. Hay otras cuestiones que escapan de su competencia, porque son decisiones empresariales: horarios escalonados de entrada y salida en los diferentes centros de trabajo; disponibilidad de plazas de aparcamiento dentro de las instalaciones propias; horario de carga y descarga de proveedores, o de salida de productos... Es necesario por ello contar también con los sujetos empresariales en nuevos ámbitos de cooperación; en éstos es lógico prever la presencia de los representantes de los trabajadores, que actuarían en representación del conjunto de personas que desarrollan su actividad en estos espacios. En la Ley 6/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Movilidad de la Comunidad Valenciana encontramos un artículo 14 dedicado a “Planes de movilidad de instalaciones productivas”, en el que se prevé que *“las instalaciones productivas o de servicios podrán formular planes de movilidad en relación con los desplazamientos cotidianos de su personal, bien de forma individualizada bien conjuntamente en el seno de asociaciones extendidas a ámbitos o sectores homogéneos”*. Esta norma autonómica no resulta especialmente sensible hacia el papel de los representantes del personal, limitándose a señalar que *“dichos planes se formularán de manera concertada con las asociaciones de usuarios, y una vez aprobados se remitirán a la autoridad de transporte correspondiente a los meros efectos de su conocimiento”*.

Además del papel de estos órganos en la elaboración de los convenios y planes de movilidad hay que resaltar que existen otras formas de participación que les permiten también actuar en la movilidad sostenible, como son la elaboración de planes territoriales, la creación de órganos especializados, etc. Así, el artículo 20 de la misma Ley 6/2011 de Movilidad de la Comunidad Valenciana crea el Foro de la Movilidad de la Comunitat Valenciana, que se presenta como *“órgano de participación ciudadana en materia de movilidad”*. Pues bien, este Foro, según se prevé en el apartado 2º de este artículo, integrará, junto a Administraciones, organizaciones empresariales y otras entidades, a las organizaciones sindicales³².

4.- NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y NUEVAS ACTIVIDADES

En este apartado me referiré a algunas de las nuevas actividades que encontramos en el mercado de trabajo del siglo XXI, consecuencia de los múltiples cambios experimentados por éstos. De nuevo el enfoque que seguiré será uno eminentemente casuístico, eligiendo algunos que me parecen especialmente interesante desde la perspectiva de este estudio, pero dejando claro en todo momento que son sólo algunos supuestos dentro de una realidad mucho más compleja.

³² Se prevé expresamente la participación de personas expertas en la materia y asociaciones de consumidores y usuarios, así como otros actores sociales y económicos relevantes en relación con la movilidad, tales como empresas operadoras de servicios, asociaciones de comerciantes, asociaciones de personas con movilidad reducida, etc.

4.1.- El teletrabajo

El teletrabajo puede ser considerado como un supuesto típico de modalidad de trabajo desarrollado como consecuencia de cambios tecnológicos, en concreto con las innovaciones en materia de las TIC (tecnologías de la infocomunicación) en las últimas décadas del siglo XX; durante este período recibió mucha atención, aunque no llegó a adquirir el desarrollo inicialmente previsto, que no se ha producido hasta la centuria actual. También resulta muy interesante como manifestación de los problemas de la negociación colectiva para cumplir su función reguladora ante formas de trabajo que suponen cambios importantes respecto de las tradicionales³³.

A estas alturas puede decirse que su desarrollo no ha sido como se preveía, por exceso y por defecto. Ha tenido menos extensión de lo que se preveía en un primer momento; pero a la vez se ha producido su difusión a todo el mercado, al dejar de ser una forma de empleo para ser cada vez más un componente de la prestación profesional para muchas personas, que lo combinan con las formas tradicionales de ésta. Se empieza a hablar, así, de “jornada no presencial”, más que de trabajo remoto, cuando ambas denominaciones tienden a coincidir en la práctica; y la previsión de otros tiempos ajenos al de trabajo estrictamente considerado (disponibilidad, atención, desplazamiento largo) se extienden a todo tipo de actividades, al margen de aquellas en las que tradicionalmente existían. En el siglo XXI es una forma de prestar el trabajo; y aparece vinculado con otros elementos relevantes de éste, como el tiempo de trabajo, su conciliación con la vida personal y familiar, la movilidad sostenible...

Esto es así porque se han producido algunos desarrollos que no eran previsibles a principios de siglo, y que han cambiado su presencia en el mercado: principalmente un cambio tecnológico, que ha llevado al abaratamiento de las TIC, a la conectividad total, al acceso universal a la información y a la portabilidad de equipos³⁴. Esto ha interactuado con la extensión de las estrategias de externalización, favorecidas por la disponibilidad de tecnología; con una tendencia generalizada al alargamiento de la jornada laboral; con las políticas de ahorro de costes de las empresas. El resultado ha sido un teletrabajo muy distinto a como se preveía³⁵.

³³ Un estudio encargado por la CCNCC lo estudió desde la perspectiva de esta institución en el año 2001; véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (coord.), “*Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*”; Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001. Accesible en http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/NNAA_Sectores_Emergentes_PapelNC_2001.pdf. Hay una actualización del año 2007, accesible en http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/Actualizacion_2007_Informe_NNAA_Sectores_Emergentes.pdf.

³⁴ Sobre estos factores, en extenso, L. BOMBARDERO, “*Trabajar en la era digital*”, LID; Madrid, 2015. Desde otra perspectiva, P. LÓPEZ GARCÍA, “*La digitalización en el mundo del trabajo*”, Fundación Primero de Mayo, nº 96, julio de 2016, disponible en http://www.1mayo.ccoo.es/nova/NBdd_Shwdocumento?cod_primaria=1185&cod_documento=4869

³⁵ Sobre la situación actual de esta forma de empleo, véase el reciente estudio de J. C. MESSENGER, “*Working anytime, anywhere: The evolution of Telework and its effects on the world of work*”, *IUSLabor*, nº3, 2017. Accesible en <https://www.upf.edu/documents/3885005/140470042/11.Messenger.pdf/97d66c02-0edf-5fd8-2b29-7300017d47c0>.

Estas novedades han propiciado el desarrollo de un nuevo sector, que originalmente era considerado una modalidad de trabajo remoto pero que hoy seguramente no merece esta calificación al no producirse una prestación de remota de servicios entre la empresa y el trabajador. Se trata del trabajo en telecentros, en su modalidad de telemarketing, en el que se contacta con los clientes de manera remota, pero se prestan los servicios de manera presencial en instalaciones de la empresa, lo que lo aleja del trabajo virtual. En relación con esta forma de empleo un aspecto fundamental desde la perspectiva que se sigue en este estudio es la existencia de una unidad de negociación que agrupa a estas empresas. Se trata de la unidad de ámbito estatal del sector de contact center, que ha sustituido a una anterior denominada de telemarketing, y que bajo este nuevo nombre ha aprobado hasta la fecha dos convenios estatutarios. En su artículo 2 define su ámbito funcional para incluir a *“todas las empresas y (...) todo el personal de las mismas cuya actividad sea la prestación de servicios de contact center a terceros”*³⁶. A su vez, estos servicios se definen como *“todas aquellas actividades que tengan como objetivo contactar o ser contactados con terceros ya fuera por vía telefónica, por medios telemáticos, por aplicación de tecnología digital o por cualquier otro medio electrónico, para la prestación, entre otros, de los siguientes servicios que se enumeran a título enunciativo: contactos con terceros en entornos multimedia, servicios de soporte técnico a terceros, gestión de cobros y pagos, gestión mecanizada de procesos administrativos y de «back office», información, promoción, difusión y venta de todo tipo de productos o servicios, realización o emisión de entrevistas personalizadas, recepción y clasificación de llamadas, etc., así como cuantos otros servicios de atención a terceros se desarrollen a través de los entornos antes citados”*. Se incluyen en esta definición también las actividades coadyuvantes, complementarias o conexas con la actividad principal. Como se comprueba, no nos encontramos ante un teletrabajo en sentido estricto; y lo definitorio del sector no es la forma en que los trabajadores prestan el servicio sino la actividad de la empresa, en línea con lo que es tradicional en nuestras relaciones laborales

Otra modalidad de actualidad es el teletrabajo invisible, aquél que se produce de manera no organizada como una continuación de la jornada ordinaria de trabajo en el domicilio del trabajador, sin control ni remuneración. La facilidad de conectarse con los sistemas informáticos corporativos lo hace posible; la ausencia de límites ha llevado a plantear la existencia de mecanismos de protección frente a esta ampliación de la disponibilidad laboral, de los que me ocuparé en otro apartado de este trabajo.

Frente a esta situación, desde la perspectiva de este estudio nos encontramos en una situación paradójica, ya que podemos plantearlo a la vez como un éxito y un fracaso de la negociación colectiva. Ésta ha tenido éxito en tratarlo en la medida en que su regulación actual en toda Europa proviene de la negociación colectiva, a partir de la firma de un trascendental acuerdo a principios del siglo. Se trata del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo firmado el 16 de julio de 2002 por los interlocutores sociales europeos, que ha tenido un enorme impacto en el desarrollo de un marco normativo adecuado para esta actividad³⁷. Este Acuerdo (en adelante AMET) se firmó en un

³⁶ El vigente ha sido publicado por Resolución de 29 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing). BOE nº 165, de 12 de julio de 2017, pg. 59955

³⁷ La bibliografía española sobre este acuerdo es relativamente amplia; entre otros, véanse los trabajos de L. MELLA MENDEZ, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 2003, pg. 21; JURADO SEGOVIA & THIBAUT ARANDA, “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo”, *Temas laborales*, nº 72, 2003, pg. 35; M.D.

momento en el que se carecía en una mayoría de los Estados miembros de regulaciones específicas sobre ésta, más allá de las anacrónicas referencias al trabajo a domicilio³⁸. Su firma supuso un impulso al desarrollo de legislaciones estatales. Pero sobre todo su mayor impacto fue el de atribuir a la negociación colectiva el protagonismo en la regulación del teletrabajo en la empresa, de acuerdo con una serie de principios que han definido su tratamiento en todos los Estados miembros a lo largo del siglo XXI. Los principios acordados en este Acuerdo Marco, además, se han convertido en el estándar para cualquier regulación, sea estatal o convencional, del trabajo remoto. La definición que aporta, finalmente, también se ha convertido en canónica, y hoy se entiende de manera general que el teletrabajo es *“una forma de organización y/o de realización del trabajo, con el uso de las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la que un trabajo, que hubiera podido ser realizado igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de estos locales de manera regular”*. Definición muy amplia porque, como recuerdan los interlocutores sociales europeos en la Cláusula Primera del AMET, *“el teletrabajo cubre un amplio abanico de situaciones y prácticas sujetas a cambios rápidos. Por esa razón, los interlocutores sociales han elegido una definición de teletrabajo que permita cubrir las diferentes formas de teletrabajo regular”*.

Se trata, por tanto, de una verdadera experiencia de éxito en una norma que, a pesar de todas sus particularidades como fruto del diálogo social unioneuropeo, debe considerarse un producto de la negociación colectiva. Este acuerdo tuvo continuación en otros sectoriales posteriores.

Lo mismo cabe decir de la recepción de este Acuerdo Marco en España, protagonizada principalmente por los interlocutores sociales. El Acuerdo para la Negociación Colectiva 2003, firmado por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal, que dedica a esta cuestión un capítulo VII, titulado “El teletrabajo: Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo”. En éste las organizaciones firmantes del ANC expresan su apoyo en su totalidad al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, al que consideran *“un instrumento especialmente útil para facilitar y extender la introducción del teletrabajo en las empresas y resolver algunas dudas que venían surgiendo en determinados aspectos del campo laboral en relación con el teletrabajo”*. El apoyo al Acuerdo Europeo se produce mediante el compromiso de implementar sus disposiciones en España por la vía de la negociación colectiva: *“las organizaciones empresariales y sindicales firmantes nos comprometemos durante la vigencia de este acuerdo a promover la adaptación y el desarrollo de su contenido a la realidad española”*. El sucesivo Acuerdo para la Negociación Colectiva 2005 reproduce este compromiso de las partes en ordenar la implantación del teletrabajo en las empresas españolas, aunque con un tratamiento mucho más escueto que su antecesor. El siguiente

SANTOS FERNÁNDEZ, “El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo: negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria”, *Trabajo*, nº 14, 2004, pg.45; J.M. SERRANO GARCÍA, “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco europeo de 16 de julio de 2002”, *Relaciones Laborales*, nº 21, 2002, pg. 17.

³⁸ La iniciativa real de elaborar una norma a nivel europeo sobre teletrabajo correspondió no a los interlocutores sociales europeos sino a la Comisión, que inició con éstos consultas sobre esta materia el 27 de junio de 2000, prosiguiendo con una segunda ronda de consultas el 16 de marzo de 2000. Posteriormente, el 20 de septiembre de 2001, la CES (y el comité de enlace EUROCADRES/CEC), la UNICE/UEAPME y el CEEP anunciaron su intención de entablar negociaciones con vistas a llegar a un Acuerdo Europeo sobre esta forma de empleo. Las negociaciones se iniciaron el 12 de octubre de 2001 y finalizaron el 23 de mayo de 2002, fecha de conclusión del acuerdo, firmado el 16 de julio de 2002.

ANC, firmado el 6 de febrero de 2007, reproduce el texto del ANC 2005 en este punto, lo que expresa la continuidad del diálogo social estatal. Iniciada la crisis los tres Acuerdos para el empleo y la negociación colectiva firmados a lo largo de esta década (para los periodos 2010-2012, 2012-2014 y 2015-2017) han mantenido la presencia de un compromiso de las organizaciones firmantes para regular en los convenios esta materia, a partir de su definición como “*una de las formas innovadoras de organización y ejecución de la prestación laboral derivada del propio avance de las nuevas tecnologías*” y de su reconocimiento como “*como un medio de modernizar la organización del trabajo*” (I y II ANC); y de su valoración como un medio de “*modernizar la organización del trabajo para hacer compatible la flexibilidad para las empresas y la seguridad para los trabajadores*” (III ANC). Los tres han mantenido una línea de continuidad en el tratamiento de esta figura, estableciendo algunos criterios que pueden ser utilizados por las empresas y por los trabajadores y sus representantes: el carácter voluntario y reversible del teletrabajo, tanto para el trabajador como para la empresa; la igualdad de derechos, legales y convencionales, de los teletrabajadores respecto a los trabajadores comparables que trabajan en las instalaciones de la empresa; y la conveniencia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc. También a nivel autonómico fueron numerosos los acuerdos de ordenación de la negociación colectiva que se ocuparon de la promoción de su tratamiento en los convenios

La introducción durante la reforma del año 2012 de un nuevo artículo 13 en el Estatuto de los Trabajadores, que se dedica a un trabajo a distancia definido como “*aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa*”, debe entenderse igualmente como una consecuencia de este impulso convencional. Aunque su ámbito de aplicación no coincide exactamente con el del AMET (al faltar la referencia al soporte tecnológico que se considera intrínseco al teletrabajo), no hay dudas de que esta norma legal se inspira directamente en lo acordado en Europa, puesto que su contenido normativo reproduce en gran medida lo pactado a nivel europeo en el año 2002.

Cabe hablar, finalmente, de una experiencia de éxito para la negociación colectiva por el tratamiento de gran calidad que ha recibido en algunos convenios, que han sido referenciales para el resto del sistema de relaciones laborales. Han sido generalmente las empresas vinculadas con la tecnología las que primero y mejor se han ocupado del teletrabajo, destacando el papel desempeñado por los sucesivos convenios de las diversas empresas del grupo Telefónica.

Si estos aspectos nos pueden llevar a hablar de éxito, existen otros en nuestra negociación colectiva que apuntan a la idea de cierto fracaso. Lo primero es la escasa presencia de esta figura en los convenios, a pesar de las continuas llamadas desde el ámbito interconfederal para que éstos se ocuparan de su introducción en las empresas. Según diversos estudios son todavía pocos los convenios que lo tratan, lo que se ha explicado por el desarrollo también escaso de esta forma de empleo en nuestro país³⁹.

³⁹ M.C. ARAGON GÓMEZ, “El teletrabajo en la negociación colectiva”, en R. ESCUDERO RODRIGUEZ (coord.), “*Observatorio de la negociación colectiva 2010*”, Madrid, CINCA, 2010, pg. 334, en pg.339. Véase también L. MELLA MÉNDEZ, “Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: contenido general y propuestas de mejora”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, nº 6, 2016.

Un dato interesante puesto de manifiesto por estos estudios es que son los convenios de empresa los que con más frecuencia se ocupan del teletrabajo, frente a un muy escaso tratamiento en la negociación sectorial. Estos convenios son, generalmente, de empresas dedicadas a actividades con un uso intensivo de las tecnologías TIC⁴⁰.

Un segundo indicio de fracaso es la forma en la que es tratada esta cuestión en los pocos convenios que le dedican atención. En general vamos a encontrar una reiteración de las reglas del AMET o de los Acuerdos interconfederales españoles, sin mucho añadido. Aunque podemos encontrar igualmente algunas ideas originales, generalmente en aquellas empresas que acreditan una mayor experiencia con formas de trabajo remoto. El hecho de que los convenios reproduzcan los contenidos normativos de los acuerdos europeo o españoles no supone en sí mismo un problema, en la medida en que éstos tienen un alto nivel de calidad técnica; y que la forma en que se ha implementado el AMET, por remisión a las negociaciones en los Estados miembros, explica esta forma de tratar la materia. Hay otro aspecto que puede explicar esta situación, y que debe considerarse en cualquier estudio del trabajo remoto desde la perspectiva del sistema de negociación colectiva: la existencia de otros instrumentos en los que se regula esta actividad. En efecto, junto a los convenios colectivos vamos a encontrar otras regulaciones, algunas pactadas, en las que las empresas establecen las condiciones de su implantación y uso.

En un primero momento el instrumento típico era el llamado “pacto de teletrabajo”, denominación que englobaba dos tipos diferentes de acuerdo. Uno era de naturaleza colectiva, y se celebraba a nivel de empresa entre la dirección de ésta y la representación de su plantilla, para poner en marcha alguna experiencia de uso de éste. El otro era un acuerdo entre el trabajador individual y su entidad empleadora, por el que ambos aceptaban poner en práctica el trabajo remoto, generalmente de acuerdo con las condiciones establecidas en un pacto de teletrabajo colectivo; era la manifestación del principio de voluntariedad que siempre ha guiado su ordenación.

Los pactos de teletrabajo de naturaleza colectiva fueron la primera manifestación de regulación de esta actividad en Europa, en los años previos a la firma del AMET. Precedieron también a las primeras regulaciones en esta materia, por lo que su importancia no puede ignorarse. Se vinculaban sobre todo a experiencias piloto, para las que era necesario detallar todos sus aspectos técnicos y organizativos. Con el tiempo sus prescripciones pasaron, al menos parcialmente, a los convenios colectivos de las empresas que tenían una experiencia mayor.

En realidad el pacto de teletrabajo es necesario para una ordenación adecuada de éste, incluso cuando el convenio aplicable se haya ocupado de él. Son muchas las cuestiones técnicas a definir, y una norma colectiva general no es el lugar adecuado para ello. Por esto es común que las prescripciones convencionales se vean completadas con otras más precisas, que se presentan bien como un acuerdo de empresa, bien como un anexo al propio convenio.

No faltan tampoco las regulaciones unilaterales del teletrabajo, generadas por las propias empresas. Esto es especialmente común en el ámbito de las administraciones públicas, que fueron de las primeras entidades en apoyar su utilización; éstas

⁴⁰ Se puede encontrar una enumeración exhaustiva de estos convenios en A. DE LAS HERAS GARCÍA, “*El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*”, Madrid, CEF, 2016.

implantaron diversos programas, regulados a través de distintos tipos de normas administrativas, que venían a cumplir, por su nivel de detalle, el papel de los pactos de teletrabajo vistos para el sector privado. No hay que olvidar, por otra parte, que esta implantación suele haber sido acordada previamente con las organizaciones sindicales representativas de este sector, a través de acuerdos en los que se han establecidos las condiciones de su utilización, por lo que la unilateralidad es más formal que real. La realidad es que son los sindicatos los que verdaderamente están empujando el uso de formas de trabajo virtual en las administraciones públicas españolas, con la idea de que la generalización de su uso tenga efectos también en el sector privado.

Por lo que se refiere a éste, cuando se trata de autorregulación del teletrabajo vamos a encontrar, más que documentos monográficos sobre éste, un tratamiento en los textos de organización del trabajo y de utilización de los medios tecnológicos de la empresa. En estos documentos, formulados con el estilo de códigos de buenas prácticas, se establecen las condiciones en que los empleados podrán teletrabajar, y las condiciones en las que lo harán.

Este escaso desarrollo real de una ordenación colectiva del teletrabajo resulta insatisfactorio en un momento en que éste está cambiando de naturaleza, y va a hacerlo también su presencia en las empresas. Por las razones indicadas va camino de convertirse en un momento o fase en la prestación de trabajo para una mayoría de los trabajadores, a medida que la hiperconectividad de éstos se extiende con los desarrollos tecnológicos⁴¹. Lo que vamos a tener cada vez más es prestación de servicios fuera no sólo del lugar de trabajo ordinario, sino también más allá de los horarios tradicionales, ocupando tiempos privados del trabajador incluyendo los de desplazamiento a las instalaciones de la empresa. Una prestación que no va a ser siempre similar a la que se desarrolla en la empresa, por lo que puede no ser necesario disponer de los mismos instrumentos informáticos.

Por eso quizás más que establecer una regulación del teletrabajo al uso resulta conveniente prever disposiciones para regular el trabajo fuera de las condiciones usuales.

Es evidente que en aquellos casos en los que se prevea recurrir a las formas tradicionales de éste, sustituyendo al trabajo presencial por otro en el domicilio del trabajador, se deberá prever la forma en que se llevará a cabo con el grado de detenimiento necesario. En los demás casos es necesario disponer también de reglas claras, acordadas con los representantes de los trabajadores. Pero esto, como se ha dicho, es un fenómeno más amplio que el del trabajo remoto, y lo trataré en un apartado posterior. Sí me atrevería a decir que estas cuestiones son de la suficiente extensión como para constituir un contenido normal de los convenios, para todo tipo de empresas y sectores, saliendo del nicho de las tecnológicas.

Incluso si nos ceñimos al teletrabajo tradicional, aquél prestado de manera regular en el domicilio del trabajador con conexión a la empresa, podemos identificar algunos problemas nuevos, cuya solución puede estar en la negociación colectiva. Quizás el más

⁴¹ Según la Comisión Europea, Hace 10 años 1 de cada 14 europeos teletrabajaba, hoy lo hace uno de cada 6. En “*Documento de reflexión...*”, op.cit., pg.6.

relevante sea el del “derecho a teletrabajar”, la posibilidad de que el trabajador exija a su empresa prestar la totalidad o parte de su jornada de manera remota⁴².

No me refiero a la voluntariedad, un elemento esencial en la regulación de esta figura y que hoy está garantizado legal y convencionalmente. Esta voluntariedad se refiere a la ausencia de un deber de aceptar una imposición de la empresa. De lo que se trata aquí es de otra cosa, de que la voluntad del trabajador baste para que puede acceder a trabajador conectado remotamente, sólo porque le interese hacerlo, existiendo una obligación de la empresa de hacerlo posible.

El principal obstáculo jurídico es que la voluntariedad establecida por el AMET es bilateral, de tal manera que tampoco puede obligarse a la empresa que acepte una solicitud de su empleado en este sentido. Desde un punto de vista organizativo las empresas se oponen a esto porque quieren controlar una decisión tan importante, en el marco de una cultura de recursos humanos todavía presencialista en la que el trabajo remoto no se percibe como una posibilidad ordinaria.

Dado que la legislación no reconoce este derecho debe ser la negociación colectiva la que lo establezca, incluyendo el compromiso del empleador de aceptar las peticiones de los trabajadores. Un derecho absoluto no resulta viable, por lo que serán varios los aspectos a acordar: puestos susceptibles de prestación remota; las circunstancias del trabajador, como la exigencia de una antigüedad determinada o la existencia de responsabilidades familiares; duración de esta situación; porcentaje de jornada en remoto, etc. Otra cuestión compleja es determinar qué trabajador debe tener prioridad, en el caso de que no existan oportunidades de teletrabajo para todos los empleados que lo solicitan.

Su conceptualización como un derecho surge de su carácter instrumental para otros derechos de los trabajadores, como los vinculados a la conciliación de la vida laboral y familiar o la protección de la mujer víctima de violencia de género. Desde otra perspectiva el teletrabajo se presenta como componente para otras políticas de la empresa gestionadas con su plantilla, como la mediambiental que acabamos de ver.

4.2.- El Smart Working

Otra de las nuevas formas de trabajo que encontramos en el siglo XXI es el llamado “Smart working”. Éste se refiere a la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación para un uso más eficiente de la actividad humana, que no sólo permita mejorar los resultados sino que sea más comprometido con el medioambiente y reporte más y mejores beneficios económicos y sociales (ADECCO). Este concepto deriva de uno anterior, el de “Smart Cities”, y su objeto es lograr una gestión más eficiente del capital humano mediante un uso intensivo y sobre todo inteligente de las TIC, con la finalidad de lograr la triple sostenibilidad (social, económica y medioambiental) de las

⁴² Desde esta perspectiva, J. R. MORATALLA ESCUDERO, “¿Es el teletrabajo un nuevo derecho laboral del trabajador?” El Derecho, accesible en http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/internet_y_tecnologia/teletrabajo-nuevo-derecho-laboral-trabajador_11_690805003.html; visitado el 8 de enero de 2018.

empresas. Esto se conseguiría ampliando la capacidad de decisión de las personas sobre cómo, cuándo y dónde trabajan, sustituyendo la presencia física en la empresa por una conexión digital que puede realizarse en cualquier momento. No coincide con el teletrabajo tradicional, pero sí se aproxima a las nuevas formas de éste que se están generalizando. Se habla, así, de “telework” y de “ICT-Mobile Work”.

De esta forma de trabajar se predicen una serie de rasgos distintivos, entre los cuales estarían los siguientes:

- movilidad permanente,
- comunicación continua y bilateral trabajador/empresa
- pluralidad de lugares de trabajo
- alto nivel de conectividad
- trabajo remoto
- acceso global y constante al conocimiento
- networking
- autogestión del tiempo de trabajo
- horarios y jornadas de trabajo flexibles

El Smart working exige también nuevas formas de dirección en las empresas, más orientadas hacia los resultados y el reconocimiento de espacios para la iniciativa y autonomía del trabajador⁴³.

Aunque es una realidad con un alto contenido tecnológico, en su desarrollo no hay que obviar otros factores como la llegada de nuevas generaciones, criadas en entornos muy tecnificados, al mercado de trabajo; la globalización; el crecimiento de modelos freelance de prestación de servicios; la extensión de nuevas estrategias empresariales ; o la aparición del trabajo en plataformas, entre otras⁴⁴.

Esta nueva forma de trabajar afecta profundamente a elementos nucleares de la relación de trabajo, tratados en los convenios colectivos, por lo que su introducción en las empresas debe verse acompañada necesariamente de cambios en éstos. Se pueden identificar numerosas cuestiones que deben ser tratadas por los convenios en mercados de trabajo hipertecnificados:

- Comunicación en formatos electrónicos entre empresa, trabajadores y representantes de éstos
- Medios de pago del salario y otras cantidades, a través de banca electrónica u otros canales
- Utilización de medios de la empresa fuera de la jornada de trabajo y para fines privados del trabajador

⁴³ En las conclusiones del World Economic Forum de DAVOS del año 2016 se afirma al respecto lo siguiente: “*as physical and organizational boundaries are becoming increasingly blurred, organizations are going to have to become significantly more agile in the way they think about managing people’s work and about the workforce as a whole*”. WORLD ECONOMIC FORUM, “*The Future of Jobs: Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*”, Global Challenge Insight Report, Davos, enero de 2016, pg.31.

⁴⁴ Me remito a la excelente sistematización realizada por J. CRUZ VILLALÓN en su trabajo “La transformación de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales*, nº 138, 2017, pg.14.

- Utilización de medios del trabajador (como smartphones, tabletas o portátiles) para usos profesionales, incluso con conexión remota a la intranet corporativa (el llamado BYOD)⁴⁵
- Nuevas formas y estándares de control del tiempo de trabajo
- Mayores exigencias de control de la productividad y del desempeño de los trabajadores
- Cuestiones relacionadas con la indeterminación del lugar de trabajo, como lo son los relativos a la integración en censos electorales sindicales; el acceso a la representación legal de la plantilla; medidas de prevención de riesgos laborales; identificación de accidentes como de trabajo, etc.
- Gestión de nuevos riesgos para los derechos de los trabajadores relacionados con la tecnología: privacidad, trazabilidad, libertad de expresión, sobreexposición por iniciativa de la empresa, propiedad intelectual, derechos vinculados con la propia imagen...
- Gestión de los nuevos riesgos para las empresas: uso extralaboral de los medios de la empresa; fugas de información; ataques informáticos; absentismo presencial; riesgo reputacional por presencia de los empleados en las redes sociales⁴⁶; responsabilidad frente a terceros, etc.
- Determinación concreta de las obligaciones laborales y control de su cumplimiento

En general tiempo, lugar y contenido de la prestación van a verse afectados sustancialmente. Cambia también el ejercicio de los poderes empresariales, tanto en lo relativo a la dirección como en cuanto a vigilancia y control de la prestación de los empleados. Unas transformaciones que no van a ser posibles sin un marco convencional ajustado a estas nuevas realidades, que están ya presentes en numerosos sectores y empresas⁴⁷. Son, de hecho, las carencias de los convenios vigentes lo que han generado los grandes problemas que se están produciendo en la práctica de nuestras relaciones laborales, que han tenido que ser resueltas de manera progresiva por los tribunales.

Muchos de estos problemas tienen que ver con cómo se trata la tecnología en los convenios colectivos en España. La presencia en éstos es todavía muy escasa, a pesar de lo generalizado de su uso en nuestro tejido productivo; y a pesar, también, de la constatación de las dificultades que está produciendo esta situación. Son numerosos los estudios que lo denuncian⁴⁸. La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos

⁴⁵ Se trata de las siglas de la expresión inglesa “Bring your own device”.

⁴⁶ El primer informe del Proyecto Technos, del Instituto de Estrategia Legal en Recursos Humanos de Cuatrecasas se ocupa monográficamente de esta cuestión; S. DEL REY GUANTER (dir.), *“Impacto de las redes sociales en la organización del trabajo, en los recursos humanos y en el mercado de trabajo”*, Madrid, Wolters Kluwer, 2017

⁴⁷ Para LÓPEZ GARCÍA, *“lo idóneo es que la implantación de la digitalización viniera de una forma natural dentro de los mejores estándares de calidad en el trabajo, donde se premie el talento y la fidelización de las plantillas, a través de mejores convenios colectivos, por ser las principales protagonistas de que este proceso digitalizador se lleve a cabo”*; *“La digitalización...”*, ibidem.

⁴⁸ Entre otros, P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, *“La regulación de las TIC en la negociación colectiva”*, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.), *“Observatorio de la negociación colectiva de CC.OO.”*, Madrid, Cinca, 2010, pg.303. Para este autor *“el análisis de los convenios actualmente en vigor muestra que no es tan común como sería deseable la determinación del alcance de los poderes empresariales en relación al uso de los medios tecnológicos para el control de sus trabajadores, la gestión y utilización de los medios informáticos de la empresa por parte de sus trabajadores, la puesta en práctica del teletrabajo, etc.”*; si bien reconoce que *“es preciso reconocer que existe un número mayor de convenios*

las clasifica dentro de las cláusulas con “escasa incidencia en la negociación colectiva”, situando el umbral para ello en la afectación a menos del 30% del total de trabajadores con convenio. Según sus estudios trianuales sobre la negociación colectiva, este número fue en el año 2007 (último de la serie publicada en este formato) del 7,2%. La serie comienza con un 6,8 % en 1997, y llega al 7,2% en 2007, con un máximo del 8,5% en el año 2004⁴⁹. Un estudio más reciente cifra en un 3,24% del total de convenios los que en el año 2014 trataron cuestiones relacionadas con la implantación de las nuevas tecnologías⁵⁰.

Ni siquiera el hecho de que se recoja en su clausulado menciones a los soportes tecnológicos garantiza una regulación colectiva adecuada de estas materias. En muchos convenios vamos a encontrarlas sólo en su régimen disciplinario, sancionando el uso indebido de los medios electrónicos propiedad de la empresa. Otras veces veremos el estatus quo tecnológico recogido en la clasificación profesional, que puede definir los grupos profesionales por referencia a los medios que se han de manejar. Menos frecuente es encontrar una regulación de los derechos sindicales, bien mediante el reconocimiento de derechos de acceso a estos medios para realizar las comunicaciones con la plantilla (los llamados “derechos on-line”), bien (y esto es mucho menos frecuente) garantizado la participación de los representantes de los trabajadores en la decisión de implantar cambios tecnológicos. Otros contenidos que podemos encontrar tienen que ver con el ejercicio de los poderes de control y la garantía de la privacidad de los empleados; con la formación necesaria para mantener constante su actualización técnica; con la retribución de las competencias vinculadas con la tecnología; con su uso para fomentar la conciliación de la vida laboral y familiar, o para reducir el impacto medioambiental, etc. La presencia de un capítulo monográfico sobre esta materia en este mismo libro me exime de prestarle mayor atención.

Hay algunos temas tradicionales que adquieren una mayor relevancia en un contexto de alta digitalización. La formación de los trabajadores es el más claro ejemplo de esto. También puede señalarse cómo, entre las obligaciones del trabajador se incrementa la importancia de la diligencia debida en el cumplimiento de las directrices técnicas de su empleador, hasta llegar a configurarse una verdadera “diligencia informática”, el utilizar adecuadamente los medios electrónicos y digitales puestos a su disposición, de acuerdo con las instrucciones y los códigos de autorregulación establecidos a tal efecto⁵¹. Esto

en los que se hace alguna alusión a estos avances técnicos”. Véase también M. CORREA CARRASCO, “La proyección de las nuevas tecnologías en la dinámica (individual y colectiva) de las relaciones laborales en la empresa: su tratamiento en la negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social*, nº 31, 2005, pg.46; y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO et al., “Nuevas tecnologías y Derecho del Trabajo: estado de la cuestión en España”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, “*El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el año 2002: puntos críticos*”; Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, pg.259.

⁴⁹ “*En cambio, todavía existe una serie de cláusulas que tienen una escasa incidencia en la negociación colectiva, al afectar a menos del 30% de los trabajadores con convenio colectivo. Entre estas cláusulas con reducida repercusión en la negociación colectiva pueden destacarse las relativas (...) a la implantación en las empresas de nuevas tecnologías*”; CCNCC, “*La negociación colectiva en España en 2006, 2007 y 2008*”, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2009, pg.135.

⁵⁰ M.A. FALGUERA BARÓ, “Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual”; *Trabajo y Derecho*, nº 19, 2017, pg.3 (de la versión electrónica).

⁵¹ En algunas empresas se habla de la existencia de un deber de mantenerse en “ciberforma”, creando esta figura para visualizar el cumplimiento del conjunto de obligaciones derivadas del uso de los distintos soportes tecnológicos, cumpliendo las disposiciones establecidas por la empresa y evitando cualquier tipo de riesgo para ésta.

tiene que reflejarse en el convenio que aplique la empresa, tanto en su régimen disciplinario como en lo relativo a la determinación de las obligaciones laborales.

Los interlocutores sociales representados en el Consejo Económico y Social han reconocido la necesidad de potenciar el tratamiento de estas cuestiones. En su informe sobre “La digitalización de la economía” afirman lo siguiente: “*Asimismo, es necesario reforzar el papel de la negociación colectiva y el enriquecimiento de sus contenidos en relación con los cambios tecnológicos y sus repercusiones en el empleo y en las relaciones de trabajo. La negociación colectiva, por su naturaleza y por las funciones que cumple, es el instrumento que puede facilitar, en particular, una adecuada gobernanza de las estrategias de transformación digital de las organizaciones productivas dinamizando las relaciones laborales en un sentido proactivo, es decir anticipándose a los cambios y sus efectos, y equilibrador en relación con estas*”⁵².

Un tema que será recurrente en el mercado de trabajo hiperconectado será el de la progresiva permeabilización de las fronteras entre la actividad profesional y la vida personal del trabajador. Este fenómeno opera en dos direcciones: de una parte se constata como actuaciones de éste en su ámbito privado pueden tener importantes consecuencias en su relación de trabajo, como ocurre cuando se difunden en las redes sociales manifestaciones o contenidos contrarios a ésta. Esto no es algo estrictamente nuevo, ya que se trata de una nueva manifestación del clásico conflicto entre libertad de expresión y obligaciones contractuales; sólo que ahora los medios de dar a conocer estas opiniones tienen un alcance incomparablemente mayor, como también lo son los que dispone la empresa para controlar la actividad de sus empleados en las redes. El convenio es, una vez más, el canal adecuado para establecer las reglas que aseguren un adecuado equilibrio entre los intereses de ambas partes, así como para prever las consecuencias en caso de incumplimiento.

De otra parte es evidente a estas alturas que la generalización de las TIC y de la conectividad total está teniendo como consecuencia la ampliación de la dedicación laboral de los trabajadores más allá de los límites de la jornada de trabajo, al hacer posible una disponibilidad continua de éstos por resultar fácilmente accesibles a sus empleadores. Esto nos lleva a un problema que está teniendo un gran impacto en los debates laborales, el de la necesidad de defender el uso particular del tiempo particular del trabajador frente a esta invasión; o, por decirlo con la terminología que se está generalizando, garantizar su derecho a la desconexión digital⁵³.

Se trata sin duda de la consecuencia más llamativa de la extensión del Smart Working, que ha adquirido un importante valor simbólico como icono de los excesos de un mercado de trabajo altamente tecnificado y conectado. Su reconocimiento se ha

⁵² CES, “*La digitalización de la Economía*”, Informe 3/2017, elaborado a iniciativa propia y aprobado en la sesión ordinaria del Pleno del día 25 de octubre de 2017. En pg.154

⁵³ Contamos ya con importantes publicaciones al respecto. Véanse en este sentido los trabajos de F. ALEMÁN PÁEZ, “El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail N° 2016-1088”, *Trabajo y derecho*, n.º. 30, 2017, pg. 12; M. R. VALLECILLO GÁMEZ, “El derecho a la desconexión: ¿“Novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?”, *Revista de trabajo y seguridad social CEF*, n.º. 408, 2017, pg. 167; C. MOLINA NAVARRETE, “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales*, n.º 138, 2017, pg.249; S. DEL REY GUANTER (dir.), op.cit., pg.532.

producido en muchos países por la negociación colectiva, como ha ocurrido en casos muy conocidos en Alemania y Francia.

También ha ocurrido así en el nuestro, aunque con una presencia testimonial en nuestros convenios. El principal desarrollo convencional hasta la fecha, que ha tenido un gran impacto en nuestras relaciones laborales pero parece que poco seguimiento, ha sido sin duda el Convenio Colectivo del Grupo AXA 2017. En éste se trata esta cuestión en su artículo 14, titulado precisamente “Derecho a la desconexión digital”, con la siguiente redacción:

Los cambios tecnológicos producidos en las últimas décadas han provocado modificaciones estructurales en el ámbito de las relaciones laborales. Es innegable que hoy en día el fenómeno de la “interconectividad digital” está incidiendo en las formas de ejecución del trabajo mudando los escenarios de desenvolvimiento de las ocupaciones laborales hacia entornos externos a las clásicas unidades productivas: empresas, centros y puestos de trabajo. En este contexto, el lugar de la prestación laboral y el tiempo de trabajo, como típicos elementos configuradores del marco en el que se desempeña la actividad laboral, están diluyéndose en favor de una realidad más compleja en la que impera la conectividad permanente afectando, sin duda, al ámbito personal y familiar de los trabajadores. Es por ello que las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo.

Se trata de una novedad ciertamente interesante, que merece cierto comentario. Parece claro que se consolida la denominación de “derecho a la desconexión digital” para referirse a esta garantía. Su presencia en este convenio no es casual, ya que se firmó en una empresa que utiliza de manera intensiva las NNTT, a pesar de no ser tecnológica en sentido estricto. Esto explica que este artículo se inserte en una regulación completa de estas materias, incluyendo otros específicos sobre el teletrabajo y la implantación de nuevas tecnologías. Es, además, un convenio de empresa, lo que confirma que es a este nivel en el que la negociación está avanzando. Cabe señalar, finalmente, que este convenio aplica a una empresa de matriz francesa, introduciendo en nuestro país prácticas ya conocidas en la matriz, lo que es un claro ejemplo de circulación de soluciones convencionales entre distintos sistemas de relaciones laborales, en este caso a través de la presencia de empresas multinacionales en varios de ellos.

Desde el punto de vista del contenido esta primera regulación es todavía algo pobre, en la medida en que se limita a establecer una prohibición general que puede ser sin embargo fácilmente superada por la empresa, a la que se le permite hacerlo en caso “de fuerza mayor o circunstancias excepcionales”. Es de esperar que en sucesivas apariciones de este derecho los convenios sean más detallados tanto en cuanto al alcance de la desconexión como en lo relativo a los supuestos en los que la empresa puede legítimamente conectar con sus empleados.

El papel de la negociación colectiva está siendo muy relevante, siendo éste un ejemplo muy claro de función prelegislativa, al compensarse por esta vía las carencias de la

legislación laboral. Ésta, que comienza a aparecer, sigue las líneas marcadas por la práctica convencional, cuando no se apoya en los propios convenios. Este es el caso de Francia, donde se aplica desde 1 de enero de 2017 una ley que impone a las empresas con más de 50 empleados el deber de negociar con los representantes de éstos un derecho a la desconexión. Este modelo de regulación, mucho menos ambicioso en sus resultados de lo originalmente previsto, puede servir de pauta a otros ordenamientos. En el nuestro ya se está planteando esta cuestión, especialmente tras la aprobación del texto francés. Los responsables del Ministerio de Empleo han expresado que se trata de una cuestión que está en su agenda. Y se han presentado algunas iniciativas parlamentarias en este sentido.

En Comú Podem registró en el Congreso el 7 de marzo de 2017 una proposición no de ley en la que emplazaba al Gobierno a aprobar, previo acuerdo con los agentes sociales, una regulación que evitara que los trabajadores continuaran trabajando tras finalizar su jornada por el uso de los medios electrónicos de la empresa y, además, garantizar la seguridad y su salud en el trabajo y el descanso necesario⁵⁴. También se instaba a impulsar un plan de uso de las TIC fuera de la jornada laboral con el objetivo de educar digitalmente tanto al empresariado como a los trabajadores. Se proponía al Congreso lo siguiente:

«El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

- 1. Impulsar una regulación legal conjuntamente con los agentes sociales del uso de las tecnologías de la comunicación (mensajería y correos electrónicos o dispositivos móviles) fuera de la jornada laboral con el objetivo de evitar que los trabajadores y trabajadoras puedan continuar trabajando después de finalizar su jornada laboral utilizando los medios electrónicos de la empresa, y garantizar la seguridad y salud en el trabajo y el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y el respeto a las vacaciones de las personas trabajadoras.*
- 2. Impulsar la creación de un plan de uso de las tecnologías de la comunicación fuera de la jornada laboral con el objetivo de educar digitalmente tanto al empresariado como a los trabajadores y trabajadoras.*
- 3. Impulsar la creación por parte del Instituto Nacional de Estadística de indicadores de medición del estrés laboral de los trabajadores y trabajadoras.*
- 4. Impulsar la derogación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.*
- 5. Impulsar la realización de un estudio que analice si el uso intensivo de las tecnologías de la información y de la comunicación (mensajería y correos electrónicos o dispositivos móviles) puede llegar a provocar problemas de adicción o dependencia.»*

Por su parte, con fecha de 27 de marzo de 2017 el Grupo Parlamentario Socialista presentó en el Congreso de los Diputados una Proposición No de Ley sobre protección de los derechos digitales de la ciudadanía⁵⁵, para su debate en Pleno, en el que, entre otras cosas, se solicitaba de la Cámara que instara al Gobierno a “*acometer políticas que garanticen la protección de la privacidad digital en el ámbito laboral y la desconexión*

⁵⁴ BOCG serie D, nº 127, de 22 de marzo, pg.52

⁵⁵ BOCG serie D, nº 139, de 7 de abril de 2017, pg.4.

de los trabajadores fuera del horario de trabajo. El Gobierno presentará un proyecto de ley para reformar el régimen laboral vigente a fin de:

- a) Garantizar la privacidad de los trabajadores en la utilización de medios digitales.
- b) Preservar la intimidad de los trabajadores ante las tecnologías utilizadas por los empresarios para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales.
- c) Garantizar el derecho a la desconexión digital de los trabajadores fuera del horario laboral⁵⁷.

4.3.- El trabajo en plataformas

Si hay que señalar una nueva forma de empleo que caracterice la segunda década del siglo XXI ésta debe ser sin duda el trabajo a través de plataformas⁵⁶. Forma emergente, pero con una importante presencia en todos los mercados de trabajo y sectores, demuestra una capacidad de crecimiento verdaderamente inquietante. En los debates laborales del momento ocupa un lugar central, tanto por este ritmo de extensión como por las consecuencias, actuales y potenciales, que puede tener sobre el Derecho del Trabajo⁵⁷.

No entraré en el primer debate, ciertamente esencial, sobre esta modalidad de trabajo, centrado en su misma denominación. Se discute sobre si merece o no el adjetivo de “colaborativo”, originario en experiencias de consumo colaborativo que poco tienen que ver con esto, verdaderas prestaciones de servicios onerosos en mercados competitivos. Por esto hablaré de “trabajo en plataformas”, usando una expresión que creo hace justicia a la realidad de lo que supone.

El trabajo en plataformas es una forma típica de prestación de servicios en la economía digital, aunque no es desde luego la única consecuencia de su desarrollo. Se caracteriza por apoyarse en un instrumento digital que permite el desarrollo de la actividad de la empresa, bien conectando prestadores de servicios con los usuarios de éstos, bien canalizando la misma realización de éstos. Dentro de éste se distinguen varias modalidades, desde el punto de vista del papel de los distintos sujetos involucrados, hablándose así de trabajo basado en plataformas colaborativo, bajo demanda y de

⁵⁶ Los miembros del proyecto de investigación Der 2015-63701-C3-3-R han publicado un portal sobre esta materia, en el que se reproducen sus resultados científicos y se incluye numerosa información sobre el impacto de la economía colaborativa. Este portal se denomina “Trabajo, Persona, Derecho y Mercado”, y se localiza en la siguiente dirección electrónica: <http://grupo.us.es/iwpr/>

⁵⁷ A pesar de lo reciente del fenómeno disponemos ya de una abundante bibliografía sobre esta realidad desde la perspectiva del Derecho del Trabajo. Entre otros muchos trabajos, HERNÁNDEZ BEJARANO & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (dir), “Economía colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos”, Bomarzo, Albacete, 2017; A. TODOLI, “El trabajo en la era de la economía colaborativa”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016; P. PÁRAMO MONTERO, “Las nuevas formas emergentes de trabajo, Especial referencia a la economía colaborativa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº128, 2017, pg. 183; F. TRILLO PÁRRAGA, F. “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, nº 76, 2016, pg. 59; F. CAVAS MARTÍNEZ, “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 406, 2017, pg.23; M.L. BIRGILLITO, “El trabajo en la era de la gig-economy. Una aproximación desde una perspectiva internacional”, *Trabajo y Derecho*, nº 29, 2007.

acceso⁵⁸, siendo el segundo el que más efectos puede tener desde el punto de vista laboral⁵⁹. El trabajo a demanda combina en ocasiones con la acumulación de recursos personales para proyectos concretos, generando el llamado *crowdworking* que se presenta como una modalidad extrema del trabajo en plataformas, generando mayores dificultades para su ordenación⁶⁰.

Uno de los elementos centrales del debate en torno al trabajo en plataformas tiene que ver con su ubicación en la tradicional dicotomía laboral/no laboral que determina la aplicación o exclusión en bloque del Derecho del Trabajo, cuestión que es respecto de esta forma de empleo especialmente compleja (por la diversidad de situaciones que podemos encontrar y las formas novedosas de articular los servicios), generando a la vez riesgos de deslaboralización, de precarización y de pérdida de la eficacia reguladora del ordenamiento laboral, del que escaparían sectores enteros del mercado de trabajo⁶¹. Es ésta una cuestión propia del legislador y los jueces laborales, donde tradicionalmente los sujetos colectivos han tenido poco que decir al tratarse de un tema de orden público, consecuencia de una decisión fundamental del Derecho del Trabajo, la de delimitar a qué personas y servicios se aplica.

Al margen de esto, e desarrollo de esta forma de empleo ha permitido identificar una serie de materias necesitadas de una regulación propia, bien por la carencia de normas que las traten, bien porque la forma en que lo hacen las que se les aplican resulta insuficientes o insatisfactorias⁶². Frente a algunas opiniones que defienden la autorregulación del sector, la intervención reguladora aparece como la opción que recibe más apoyos. Se ha hablado, por ello, de la existencia de una “agenda reguladora”

⁵⁸ A. PRADA BLANCO, “*Hipercapitalismo cognitivo e infomonopolios: Industria 4.0 y sociedad*”, Estudios de la Fundación Primero de Mayo, nº101, julio de 2017, pg.6.

⁵⁹ En general, las estrategias de utilización del trabajo sólo en términos de estricta necesidad, bajo demanda, se han extendido en todo el mercado, y los soportes digitales la han facilitado, conjuntamente con estrategias empresariales de reducción de costes y de gestión por proyectos.

⁶⁰ En detalle A. GINÈS I FABRELLAS, “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso de Amazon Mechanical Turk”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº6, 2016.

⁶¹ La mayoría de los estudios citados se refieren a esta cuestión. Los hay también monográficos, entre los que destacan los de S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas”, *Temas Laborales*, nº 138, 2017; C. GARCÍA QUIÑONES, “Desarrollo tecnológico y nuevas maneras de trabajar: ¿Hacia una reconfiguración en los contornos del derecho del trabajo?”; comunicación presentada al XXVI Congreso de la AEDTSS; Córdoba, 2016; y A. TODOLÍ SIGNES, “El trabajador en la “Uber economy”: Ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario”; otra comunicación a este mismo Congreso.

⁶² El Parlamento Europeo ha señalado en su “Resolución sobre las condiciones laborales y el empleo precario” que “*hay numerosos factores, como por ejemplo la digitalización y la automatización, que están contribuyendo a que se produzca una transformación de la naturaleza del trabajo, incluido el aumento de las nuevas formas de empleo; señala, a este respecto, que las nuevas formas de trabajo pueden requerir nuevas normas, proporcionadas y que respondan a los cambios, para lograr que todas las formas de empleo estén cubiertas*”. Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221(INI)); accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0290+0+DOC+PDF+V0//ES>. La Confederación Europea de Sindicatos ha llegado a proponer “un marco europeo sobre el trabajo colaborativo” para evitar “*el debilitamiento o la neutralización de los salarios mínimos, de la normativa sobre tiempo de trabajo, de la seguridad social, del régimen de jubilación, de la fiscalidad, etc.*”, así como para asegurar “*la aplicación efectiva de los reglamentos y la legislación nacional y europea y los derechos de los trabajadores en entornos en línea; establecer reglas justas, garantizar que se paga el salario mínimo equitativo y la disponibilidad del acceso a la seguridad social; proteger los derechos a la propiedad intelectual*” Resolución de la CES sobre la digitalización: “*hacia un trabajo digital justo*” Adoptada en el Comité Ejecutivo el 8-9 de junio 2016. Accesible en <http://www.ccoo.es/21d4392f1c3a0985ca39f0050cd3a773000001.pdf>

para el trabajo en plataformas, una serie de intervenciones del legislador laboral exigida por las carencias del Derecho del Trabajo en vigor para acomodar en su seno, de una manera adecuada, a estas actividades⁶³. En ésta encontramos, entre otros, los siguientes temas:

- lucha contra la economía informal
- gestión de prestaciones de escasa entidad económica o marginales
- calificación de los servicios
- tutela colectiva de trabajadores dispersos
- condiciones económicas y de trabajo
- respeto de los derechos fundamentales, especialmente en lo relativo a la intimidad
- determinación de la legislación aplicable, en los supuestos de prestación transnacional
- adaptación de los mecanismos de protección social

Muchos de éstos son materias propias de convenio colectivo, especialmente todo lo que tenga que ver con las condiciones de trabajo y la tutela de los derechos de los trabajadores. Como en otras formas de empleo y contenidos indicados a lo largo de este trabajo, hay un papel para los interlocutores sociales. Especialmente porque el legislador está demostrando en casi todas partes una sorprendente incapacidad de reacción, dejando toda la responsabilidad por el momento a jueces y a administración laboral.

Si pensamos en una regulación convencional encontraremos, sin embargo, importantes dificultades. Una primera es la delimitación de las unidades de negociación, ya que esta forma de empleo se encuentra en una pluralidad de sectores, atravesando las fronteras tradicionales que confirman las relaciones negociales. Esto es así porque una forma de empleo no determina una unidad de negociación, como se pudo comprobar en su momento con el teletrabajo. Resulta dudoso que pueda aplicarse aquí el modelo del telemarketing, agrupado en un único convenio de contact-center. Aquí se ha producido una delimitación no sólo en base a la forma en que se desarrolla la actividad, sino también al tipo de servicios. Éstos constituyen el objeto de unas empresas, conformando un verdadero sector empresarial que permite definir una unidad adecuada para negociar un convenio. En el trabajo en plataformas encontramos precisamente lo contrario, puesto que las actividades económicas gestionadas por estos canales son de todo tipo, estando incluidas en los ámbitos de convenios tradicionales. Una posibilidad sería construir espacios de regulación convencional sectoriales, determinando convenios para determinado tipo de plataformas en razón de las actividades que engloben (servicios, transporte de personas, transporte de comida...); otra, generar convenios de empresa que se aplicarían a las gestoras de cada una de estas plataformas. La dimensión de algunas de éstas justifica tener su propio convenio, algo que se ve facilitado por las últimas reformas laborales en España. La falta de voluntad de los operadores del sector es un obstáculo serio para esta solución.

⁶³ Me remito a mi trabajo M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de Seguridad Social”, *Temas Laborales*, nº138, 2017, pg.125. En éste he desarrollado esta idea con detalle.

Una segunda dificultad se produciría en una hipotética constitución de la relación negocial, por la falta de interlocutores representativos del sector y de sus empleados. Esto está viéndose corregido en los últimos tiempos, al aparecer tanto asociaciones de empresarios digitales como organizaciones de empleados de algunas plataformas. Incluso en estos casos puede resultar imposible medir su representatividad, de acuerdo con los estándares comunes de nuestra legislación laboral.

Existe una tercera dificultad para poder constituir relaciones convencionales en este ámbito, que es la falta de espacios de coincidencia en los intereses de plataformas y trabajadores digitales, que permitan encontrar elementos de acuerdo. Una mayoría de empresas del sector consideran inconveniente cualquier tipo de regulación por considerarla restrictiva de la innovación que debe caracterizar éste. Tanto más si la regulación que se pretende es convencional, con mayor capacidad para limitar los poderes directivos. A lo que se suma que en muchas el modelo de negocio se basa en negar la calidad de trabajador a los prestadores, y por tanto la de sujeto con capacidad de negociar colectivamente.

La gran diversidad de actividades que podemos encontrar en las plataformas supone una dificultad adicional para organizar una respuesta convencional común. Estas actividades se encuentran ya reguladas por sus propios convenios, por lo que se aplicaría la prohibición de concurrencia del artículo 84 del Estatuto de los Trabajos, a falta de prioridad aplicativa salvo que se opere a nivel de empresa⁶⁴.

Pero no debemos engañarnos sobre cuál es el principal obstáculo que encontraría una hipotética negociación: el carácter autónomo del trabajador en una mayoría de las plataformas. En muchas ocasiones el trabajo en plataforma se basa en un paradigma de trabajador autónomo, al que se llama free-lance, carente de todo tipo de vinculación laboral ni con ésta ni con sus clientes. Incluso si se produce una regularización del empleo en esta actividad, reconociendo la laboralidad de quienes la merezcan y asignando el carácter de dependientes a los autónomos con una vinculación económica especialmente fuerte con su plataforma⁶⁵, la realidad es que en este sector seguirá habiendo un gran número de autónomos, ordinarios y TRADE, para los que una ordenación colectiva arrastra importantes complicaciones⁶⁶.

La necesidad de mejorar la tutela colectiva de los trabajadores autónomos es una antigua reivindicación, que se ha dado respuesta parcial en algunos ordenamientos con la creación de figuras particulares del tipo TRADE español. Las soluciones parciales de reconocerles formas avanzadas de organización, acercar su estatus en materias colectivas a los asalariados, o incluso reconocer ciertos instrumentos de ordenación colectiva han demostrado ser insuficientes, especialmente en un contexto de

⁶⁴ Un estudio muy interesante que analiza estas actividades desde la perspectiva de las unidades de negociación colectiva actualmente vigentes es el de A.B. MUÑOZ RUIZ, “Sector digital, plataformas profesionales y convenio colectivo aplicable”, *Revista de Información Laboral*, nº2, 2017.

⁶⁵ Una de las principales críticas que se hacen a la economía colaborativa es que está forzando una calificación de actividad por cuenta propia a situaciones en las que lo que hay es trabajo por cuenta ajena, provocando una huida del Derecho del Trabajo en detrimento de los prestadores de servicios.

⁶⁶ Uno de los primeros estudios sobre la realidad del trabajo en plataformas en algunos Estados europeos es el de HWS, SPENCER & JOYCE, “*Crowd work in Europe. Preliminary reports from a survey in the UK, Sweden, Germany, Austria and the Netherlands*”, Foundation for European Progressive Studies, diciembre 2016; especialmente en pg.14, “Employment status of crowd workers”.

generalización de este tipo de trabajo en lo que se conoce ya como “revolución free-lance”; y en un proceso, también, de precarización de la situación de estas personas.

La extensión del trabajo autónomo contratado a través de plataformas está actuando, de hecho, como un factor promoviendo un replanteamiento de los derechos colectivos de este sector del mercado de trabajo. No es el único, puesto que la revolución free-lance, erosionando los espacios propios del trabajo asalariado, y la progresiva pérdida de calidad de este tipo de empleos presiona en esta misma dirección. Nos encontramos, pues, ante un cruce de tendencias, una que pretende replantearse la forma de entender y ordenar las actividades por cuenta propia, y otra que busca un marco adecuado para las personas que realizan profesionalmente tareas a través de plataformas. Ambas coinciden en su diagnóstico sobre esta forma de empleo en Europa, como un importante factor de precarización del trabajo; y las dos se plantean un objetivo común, mejorar esta situación cambiando radicalmente la forma en que pensamos el Derecho sindical y la propia negociación colectiva.

Por otra parte, las propuestas para el fortalecimiento de la vertiente colectiva del estatuto jurídico del trabajo autónomo deben inscribirse en otro debate más amplio, sobre el acercamiento de los regímenes respectivos de éste y del empleo asalariado, un debate potenciado por el proceso de precarización que está experimentando éste. También en los debates sobre el trabajo a través de canales digitales se ha planteado esta cuestión, proponiendo puentes entre ambas regulaciones o la creación de nuevas figuras intermedias entre las dos.

Son múltiples las voces que en esta segunda década del siglo XXI están abogando por un fortalecimiento de los derechos colectivos de estas personas. El mismo Parlamento Europeo en su Resolución de 2017 sobre las condiciones laborales y el empleo precario pide a la Comisión y a los Estados miembros que, dentro de sus competencias respectivas, *“garanticen que los trabajadores autónomos, que son considerados empresas unipersonales desde el punto de vista jurídico, tengan derecho a la negociación colectiva y a la libertad de asociación”*⁶⁷.

También se está promoviendo que se reconozca a este colectivo un verdadero derecho a la negociación colectiva. El Parlamento Europeo, en su Resolución antes citada, pide a la Comisión y a los Estados miembros que promuevan políticas que empoderen a los trabajadores, *“mediante el refuerzo del diálogo social y el fomento de la negociación colectiva, garantizando que todos los trabajadores, con independencia de su condición, puedan acceder al derecho de asociación y de negociación colectiva, y ejercerlo, con libertad y sin sanciones directas o indirectas por parte del empleador”*. La Confederación Europea de Sindicatos, por su parte, considera que las autoridades públicas deberían garantizar que respeten una serie de normas mínimas a fin de prevenir la competencia desleal en las plataformas en línea, en particular garantizando *“el derecho a organizarse, realizar acciones colectivas y negociar convenios colectivos”*⁶⁸.

⁶⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221(INI)); accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0290+0+DOC+PDF+V0//ES>

⁶⁸ Resolución de la Confederación Europea de Sindicatos sobre cómo abordar los nuevos retos digitales para el mundo del trabajo, en particular el trabajo colaborativo; adoptada en la reunión del Comité Ejecutivo de 25-26 de octubre de 2017.

No se trata sólo de una reivindicación, sino que estamos insertos en un proceso efectivo de construcción de una dimensión colectiva en este tipo de trabajos. La realidad laboral demuestra como los autónomos están progresivamente adaptándose a las formas de organizarse y actuar colectivamente de los trabajadores asalariados, creando sujetos representativos homologables y poniendo en marcha prácticas de negociación. En particular las formas tradicionales de asociacionismo profesional están evolucionado en sus instrumentos y objetivos⁶⁹. A la vez los sindicatos tradicionales se están replanteando su postura respecto de este colectivo⁷⁰.

Este fenómeno se está produciendo con especial incidencia en el sector digital, en el que el alto grado de conectividad entre las personas que trabajan en él ha favorecido su organización. Así, el World Economic Forum señalaba en las conclusiones de su encuentro de 2016 la relevancia de “*modern forms of association such as digital freelancers’ unions*”⁷¹. La Confederación Europea de Sindicatos ha identificado, estudiando este sector, distintos enfoques de actuación colectiva en la economía digital⁷²:

- el enfoque "París/Burdeos" para organizar a conductores y mensajeros;
- el enfoque "Londres" para ir a los tribunales;
- el enfoque "Frankfurt" para ofrecer intercambio de información a través de una web "faircrowdwork";
- el enfoque "Viena/Colonia" para crear comités de empresa en empresas de plataforma;
- el enfoque “Copenhague” para iniciar un diálogo con plataformas y hacerlas entrar en convenios colectivos;
- el enfoque "Estocolmo" instando a las autoridades públicas a revisar la ley de la competencia para excluir a los trabajadores individuales de plataformas con medidas anti-cartel;
- el enfoque "Seattle" para promover y apoyar el establecimiento de cooperativas;

Aplicando esta cuestión a la realidad española, podríamos hablar del enfoque “Deliveroo”, seguramente la empresa cuyos trabajadores han estado más activos sindicalmente, y que consistiría en la creación de sus propios sindicatos, la convocatoria de una huelga y la presentación de denuncias ante la Inspección de Trabajo. Una visión totalmente sindical de la solución a sus problemas, que resulta coherente con la percepción que tienen de su condición, que no es otra que la de trabajadores empleados de la empresa que gestiona la plataforma.

⁶⁹ Un estudio muy completo y actualizado de esta dimensión colectiva en EUROFOUND, “*Exploring self-employment in the European Union*”, Dublín, 2017, pg.54 y sigts; accesible en <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2017/exploring-self-employment-in-the-european-union>.

⁷⁰ La estrategia de la Confederación Europea sobre el trabajo atípico incluye “*abrir los sindicatos, organizar y proteger mejor a los trabajadores autónomos*”; Resolución de la CES sobre la digitalización: “*hacia un trabajo digital justo*”, adoptada en el Comité Ejecutivo el 8-9 de junio 2016; accesible en <http://www.ccoo.es/21d4392f1c3a0985ca39f0050cd3a773000001.pdf>.

⁷¹ WORLD ECONOMIC FORUM, “*The Future of Jobs: Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*”, Global Challenge Insight Report, Davos, enero de 2016, pg.31.

⁷² Resolución de la CES sobre cómo abordar los nuevos retos digitales para el mundo del trabajo, en particular el trabajo colaborativo. Adoptada en la reunión del Comité Ejecutivo de 25-26 de octubre de 2017. Accesible en <http://www.ccoo.es/bbcb4b1628cc513ebe954f292043127f000001.pdf>.

Me parece especialmente interesante señalar que el objeto de negociación entre los transportistas y la empresa no fue un convenio o acuerdo colectivo, sino las condiciones contractuales con las que la plataforma contrataba sus servicios. No se trataba de establecer un marco completo de las relaciones laborales en la empresa, sino que el objetivo estaba mucho más focalizado, afectando al precio de las entregas, el número de éstas, la posibilidad de rechazar pedidos, la compensación de los gastos incurridos... El objetivo de la huelga que convocaron, la primera de la economía colaborativa en España, pretendía modificar el contrato-tipo utilizado por la empresa. Igualmente ilustrativo es la combinación de medios de presión utilizados, puesto que para lograr la principal reivindicación del colectivo, el reconocimiento de la laboralidad de su vinculación con la empresa, buscaron otras vías, acudiendo a la Inspección de Trabajo y a los tribunales de trabajo.

Podríamos añadir el enfoque UGT, que ha puesto en marcha un portal on-line para asistir a los trabajadores virtuales en sus reclamaciones frente a las plataformas. Se trata de la plataforma “Tu Respuesta Sindical Ya”, operativa desde septiembre de 2017 como “soporte laboral a las personas trabajadoras que desarrollan sus trabajos en plataformas digitales”⁷³. Se presenta como una Plataforma de información, reivindicación, organización y denuncia, así como una vía de participación, para resolver rápidamente las dudas y asesorar a las personas empleadas en este sector.

Sea como fuere, es imposible negar la existencia de una dimensión colectiva en el trabajo autónomo en plataformas, lo que puede tener importantes consecuencias. No es que la actuación coordinada no sea ya patrimonio exclusivo de los trabajadores por cuenta ajena, es que se puede llegar más lejos y considerar que cuando ésta se asemeja en todos sus elementos a la practicada por los asalariados, puede operar como un indicio de la condición laboral de quienes las ponen en práctica. Esto se inscribe, de nuevo, en un proceso más general de acercamiento, material y jurídico, entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico⁷⁴.

Las posibilidades de extender al trabajo por cuenta propia las instituciones propias del Derecho Sindical se encuentran en la Unión Europea con un obstáculo aparentemente insalvable en la que resulta seguramente más trascendente para la mejora de su estatus: la prohibición del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores autónomos justificada por consideraciones de defensa de la competencia. Esta limitación rige en varios ordenamientos europeos, y es ya una realidad para el Derecho unioneuropeo, a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2014, asunto C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media, que no deja muchas dudas a este respecto⁷⁵. Se trataba de un asunto muy particular, en el que existía una

⁷³ Accesible en <http://www.turespuestasindical.es/>

⁷⁴ Así, en este mismo foro de Davos se reconocía como una consecuencia de los cambios en el trabajo para los gobiernos que “*an important set of regulations concerns (...) the equivalent treatment in law of different forms of labour and employment types*”. WORLD ECONOMIC FORUM, “*The Future of Jobs: Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*”, Global Challenge Insight Report, Davos, enero de 2016, pg.31.

⁷⁵ Un comentario en E. ROJO TORRECILLA, “¿Negociación colectiva para asalariados y autónomos? Los falsos autónomos llegan a los tribunales europeos. Una nota a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre”, *El Blog de Eduardo Rojo*, accesible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/12/negociacion-colectiva-para-asalariados.html> Publicado el 7 de diciembre de 2014; visitado el 30 de diciembre de 2017. También G. L. BARRIOS BAUDOR, “Límites a la negociación colectiva “profesional” en el ámbito del trabajo autónomo: el Derecho de la

determinada actividad que era desarrollada indistintamente por autónomos y asalariados, y para la que se había celebrado un convenio colectivo. La legislación nacional sobre negociación colectiva (neerlandesa) preveía expresamente la posibilidad de negociar convenios para los contratos de servicios de profesionales por cuenta propia. El órgano jurisdiccional nacional planteó al europeo la validez de una norma convencional de esta naturaleza, desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

La conclusión a la que llega el Tribunal no se expresa de una manera muy clara: para éste, el Derecho unioneropeo sólo excluye del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE a una disposición de un convenio colectivo que se aplique a trabajadores autónomos si se cumplen tres requisitos: que el trabajador esté afiliado a una de las organizaciones firmantes; que las tareas que realice a través de un contrato no laboral para un empresario sean las mismas que los trabajadores por cuenta ajena de éste ; y que *“este mismo prestador sea un «falso autónomo», es decir, un prestador que se encuentra en una situación comparable a la de esos trabajadores”*, correspondiendo al tribunal nacional proceder a tal apreciación. Interpretando contrario sensu, si se trata de un verdadero autónomo, a pesar de cumplir los demás requisitos, no se le podrá aplicar un convenio colectivo sin violar el Derecho de la competencia. El mandato jurídico, así entendido, es bastante claro.

Kunsten Informatie se presenta como el complemento especular de la famosa sentencia Albany, que sentó las bases para el difícil estatus quo de los derechos laborales colectivos frente al Derecho económico de la Unión⁷⁶. Mantiene expresamente la existencia de un “espacio protegido” para la negociación colectiva⁷⁷, resguardado de las omnipresentes mandatos del Derecho de la libre competencia: *“el Tribunal de Justicia tiene declarado que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas que tienen lugar entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1”*. Pero deja claro que esta inmunidad jurídica es interpretada restrictivamente, sin extenderse a lo que no pueda considerarse como un verdadero convenio en el sentido laboral del término: así, *“disposiciones de convenios colectivos como la controvertida en el asunto principal, por haber sido celebradas por organizaciones de trabajadores pero en nombre y por cuenta de los prestadores autónomos de servicios que son miembros de las mismas, no son resultado de una negociación colectiva que tenga lugar entre interlocutores sociales y, en razón de su naturaleza, no pueden quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1”*. Y ello porque *“en la medida en que una organización que representa a trabajadores entre en negociaciones en nombre y por cuenta de los prestadores autónomos de servicios que son miembros de esa*

Competencia”, comunicación presentada a las XXVIII Jornadas Catalanas de Derecho Social, accesible en www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=371

⁷⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de Septiembre de 1999, asunto C-67/96. Un completo estudio en A. GUAMÁN HERNÁNDEZ “Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, serie Derecho Social Internacional y Comunitario, nº. 92, 2011, pg.144 sigts

⁷⁷ En Albany el Tribunal afirmó que aunque *“es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores”*, ello no obstante, *“los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo”*.

organización, ésta no estará actuando en condición de sindicato y, por tanto, de interlocutor social, sino que lo hará, en realidad, como asociación de empresas”. Una actuación colectiva de estos profesionales para mejorar sus condiciones laborales supone una práctica colusoria ilícita, sin que se considere su posible finalidad social.

Existe en Europa, por tanto, un problema técnico-jurídico que impide avanzar en la extensión de este derecho fundamental para todo un sector del mercado de trabajo, el de los profesionales por cuenta propia⁷⁸. Un problema al que se ha denominado como “the Antitrust Menace”⁷⁹, que en realidad oculta otro político fundamental, la preeminencia de lo económico sobre lo social en el proceso de integración europea, que se ha manifestado con toda crudeza en las primeras décadas del siglo XXI. Son muchas las voces que exigen un cambio en esta situación. Recientemente la Confederación Europea de Sindicatos ha indicado como una de las posibles tareas a asumir por las autoridades públicas la de “*garantizar que la legislación de competencia no impide que los genuinos trabajadores autónomos y los trabajadores independientes se organicen y negocien acuerdos colectivos*”⁸⁰; y en el contexto de la implantación del Pilar Europeo de Derechos Sociales ha afirmado que presionará a la Unión Europea para “*dar orientación a los Estados miembros de que la interpretación correcta de las normas de competencia de la UE no impide a los trabajadores autónomos negociar colectivamente sus salarios y condiciones de empleo*”⁸¹.

5.- ¿QUÉ PODEMOS ESPERAR DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

Como se ha podido comprobar a lo largo de las páginas anteriores, en la economía y en las relaciones laborales del siglo XXI están produciendo nuevas necesidades de regulación que no han producido todavía una reacción del legislador, lo que produce que se busque en la negociación colectiva una respuesta a estas exigencias. Ahora bien, se nos plantea en este punto un problema tradicional de esta institución, cómo conseguir que las distintas propuestas que circulan sobre la necesidad de que la negociación se ocupe de determinadas materias, o que lo hagan de determinada manera, se filtren a los convenios. Porque además de la reactividad que se predica de ella el sistema de negociación colectiva presenta una serie de rasgos que dificultan su recepción.

⁷⁸ Aunque hay alguna experiencia nacional de adaptación de la normativa de defensa de la competencia para admitir la negociación por parte de los intereses en nombre de personas que prestan de manera personal servicios; así ha ocurrido en 2017 en Irlanda, donde una reforma de su Ley de Competencia de 2002 ha permitido el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva para dobladores, músicos de estudio y periodistas free-lance; en EUROFOUND, “*Exploring...*”; op.cit., pg.59. Existen procesos de negociación recurrente en el Reino Unido y en Italia.

⁷⁹ En la acertada expresión de V. DE STEFANO, en su trabajo “Non-Standard work and limits on Freedom of Association: a Human Rights-Based Approach”, *The Industrial Law Journal*, vol.46, n°2, 2017, pg.185

⁸⁰ Resolución de la Confederación Europea de Sindicatos sobre cómo abordar los nuevos retos digitales para el mundo del trabajo, en particular el trabajo colaborativo; adoptada en la reunión del Comité Ejecutivo de 25-26 de octubre de 2017.

⁸¹ Puede accederse a esta contribución en el portal de Antonio Baylos; Medidas propuestas por la CES para desarrollar el Pilar Social Europeo, publicado el 18 de noviembre de 2017, y visitado el 15 de diciembre de 2017; accesible en la dirección <http://baylos.blogspot.com.es/2017/11/medidas-propuestas-por-la-ces-para.html>

Estamos ante un sistema autónomo, en el que las decisiones son tomadas por sus propios protagonistas, incluyendo los contenidos de los acuerdos; un sistema heterárquico, carente de una jerarquía entre las normas pactadas que permitan a unas imponer sus contenidos a los otros; una normativa difusa, dispersa en múltiples de unidades de negociación cada una de las cuales actúa como un legislador independiente; y que tiene sus propias prioridades, que son las de los sujetos negociadores, que tienen a fijarse unos objetivos cercanos a sus intereses económicos más inmediatos. Es una institución que opera, además, en un contexto muy difícil, por las circunstancias económicas del siglo XXI, esa suma de globalización, concentración empresarial y uso extensivo de la tecnología. La reactividad de la negociación supone también que ésta acuse tales dificultades, reduciendo su presencia y su capacidad reguladora del mercado.

En estos momentos estamos poniendo énfasis en la función prelegislativa de esta institución, esperando que compense el desfase del Derecho del Trabajo de creación legislativa. La entidad de las cuestiones a tratar sin embargo obliga a plantear si no la estaremos forzando, exigiéndole una respuesta más allá de sus límites. Porque para poder lograr este objetivo deberemos violentar sus límites funcionales, al superar los sectores tradicionales para buscar unidades de negociación determinados según criterios originales. Seguramente deberemos superar también sus límites personales tradicionales, para incluir en el ámbito de aplicación a empleados de contratistas y filiales, y a trabajadores autónomos (dependientes y no). Tampoco podremos respetar lo que se ha considerado siempre como sus límites materiales, aquellas materias entendidas como propias de la negociación, para incluir otras nuevas. Incluso habría que pensar si al demandar este nuevo papel no forzaríamos los límites ontológicos de esta institución, que no deja de ser la agregación de acuerdos entre multitud de sujetos negociadores con intereses diversos, para los que las cuestiones planteadas pueden no ser relevantes o prioritarias; o que carecen del poder de negociación suficiente para imponer su presencia en los pactos a los que llegan.

Se da la circunstancia, además, de que esta presión se produce en un momento en que esta institución experimenta un proceso de desgaste en toda Europa. El Parlamento Europeo ha expresado recientemente su preocupación por el debilitamiento de la negociación colectiva y de la cobertura de los convenios colectivos⁸². La realidad española confirma el impacto de la crisis en los procesos de negociación, en los resultados de ésta y en su índice de cobertura.

Cabría plantearse, por consiguiente, la siguiente pregunta: ¿Le estamos pidiendo demasiado a la NC? ¿Podemos esperar de ésta todas las respuestas que necesitan las relaciones laborales del siglo XXI? Seguramente no, lo que no obsta a que ésta deba desempeñar un papel protagonista liderando la transformación del Derecho del Trabajo.

Ejercerlo no le va a resultar fácil, sin embargo, y no es tampoco previsible que sea capaz de hacerlo con sus propias fuerzas. Será necesario, y ésta es una de las principales

⁸² La cita completa es la siguiente: el Parlamento Europeo “*observa con preocupación el debilitamiento de la negociación colectiva y de la cobertura de los convenios colectivos; pide a la Comisión y a los Estados miembros que promuevan políticas estratégicas de cobertura universal de los trabajadores en el marco de los convenios colectivos, al tiempo que salvaguardan y refuerzan la función de los sindicatos y las organizaciones empresariales*”; Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221(INI)).

conclusiones de este trabajo, intervenir sobre ella para orientarla hacia estas nuevas funciones, a través de los instrumentos disponibles y con pleno respeto a la autonomía colectiva de sus protagonistas.

Podemos esperar también, y sería ésta una segunda conclusión general, un cambio de paradigma en lo que es la negociación y el convenio colectivos, como consecuencia de la necesidad de adaptarlo a estas realidades. Los cambios disruptivos tienen consecuencias que también lo son, y esto supone, tratando la materia que hacemos, que se alteren algunas de las señas de identidad de los convenios en cuanto a cómo se negocian y estructuran, de qué asuntos se ocupan, a quiénes se aplica.