

## Sector digital, plataformas profesionales y convenio colectivo aplicable.

**Ana Belén, Muñoz Ruiz.** Profesora Titular Visitante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Carlos III de Madrid

Publicación:

Revista de Información Laboral num.2/2017  
Editorial Aranzadi, S.A.U.

---



### **I. La disrupción digital y su incidencia en la vertiente colectiva de la relación de trabajo**

Los avances tecnológicos han supuesto una revolución del mundo laboral transformando el Derecho del Trabajo en la medida que han afectado a un número importante de instituciones básicas<sup>1</sup>. Este proceso es dinámico y está en constante

---

evolución. Los cambios más recientes advierten de la automatización de tareas y del uso de las plataformas digitales. En efecto, la sustitución del trabajo humano por robots que ya se vislumbra en las empresas, está teniendo consecuencias sobre el empleo ya que ahora se produce más, más barato y con menos trabajadores<sup>2</sup>. La tecnología emergente ha hecho posible también el surgimiento de nuevos modelos de negocio como las plataformas profesionales que producen una disrupción con la concepción tradicional de la empresa ya que se alejan del modelo integrado y jerárquico y se aproximan a estructuras de mercado fragmentadas<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Por todos, vid. MErcader Uguina, J.R., *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, 2002.

<sup>2</sup> El impacto negativo de la tecnología informática sobre el empleo fue vaticinado por Rifkin en su libro «*El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*» (Paidós, 1998). En palabras del autor: «las tecnologías informáticas más sofisticadas acercarán cada vez más a la civilización a un mundo sin trabajadores». En una obra más reciente «*La sociedad de coste marginal cero*» (Paidós, 2014), el autor ilustra cómo la automatización y la robótica están destruyendo puestos de trabajo citando numerosos ejemplos que afectan a todos los sectores de actividad. Vid. especialmente el Capítulo 8 titulado «El último trabajador», pp. 155-170.

<sup>3</sup> Almirall, E., *¿Estamos preparados para la «gig economy»? Cómo evaluar si nuestra empresa debe abrazar un modelo de plataformas*, Harvard Deusto Business Review, 2015, n.º 251, pp. 64-75.

Lo característico de las plataformas digitales es su infraestructura abierta y participativa donde productores y consumidores pueden interactuar generándose un valor añadido para ambas partes. Es gráfico a estos efectos que en la industria del teléfono móvil, los usuarios que se registran en alguna de las plataformas (por ejemplo, Apple) pueden adquirir valor de la propia plataforma pero también de los programadores que producen contenidos para ella con el propósito de ampliar la funcionalidad de las aplicaciones a las que acceden los usuarios a través del teléfono móvil<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Específicamente sobre este tema, Parker, G.G., Van Alstyne, M.W. y Choudary, S.P., *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy – And How to Make Them Work for You*, Hardcover, 2016.

Conviene tener en cuenta que la digitalización del trabajo va más allá del sector TIC y que afecta en alguna medida a todas las ramas de actividad. La tecnología digital resulta atractiva para todos los negocios porque incrementa la eficiencia de la plataforma al funcionar como un mercado electrónico que oferta productos y servicios a cualquier persona del mundo. Pero sobre todo una de las ventajas de estas nuevas empresas son sus costes de producción y distribución. Claras manifestaciones de esta nueva realidad son Uber, Alibaba o el propio Facebook que se han convertido en referentes mundiales sin disponer físicamente de los productos que ofertan (taxis, propiedades o contenidos digitales). El resultado es que las plataformas profesionales pueden crecer más rápidamente que los negocios tradicionales y asumir posiciones de liderazgo en industrias dominadas hasta ahora por empresas consolidadas<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Más extensamente, Parker, G.G., Van Alstyne, M.W. y Choudary, S.P., *Platform Revolution: How*

---

*Networked Markets Are Transforming the Economy – And How to Make Them Work for You* , Hardcover, 2016.

Las implicaciones laborales de los nuevos modelos de negocio basados en el software están todavía en una fase embrionaria. Así, los primeros debates han focalizado su atención en si los conductores de Uber son trabajadores dependientes ya que las plataformas virtuales han venido asumiendo que son autónomos <sup>(6)</sup>. Sin embargo, como se comprobará en este trabajo, también es posible identificar problemas de índole colectivo como, por ejemplo, qué convenio colectivo sectorial debe aplicarse a sus empleados.

<sup>6</sup> El supuesto más conocido ha afectado a la empresa Uber. Al respecto, existen dos fallos judiciales de gran relevancia que consideran a los conductores de Uber como trabajadores dependientes. El primero dictado en Estados Unidos es el caso O'Connor v. Uber Technologies de 11 de marzo de 2015 donde el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito del Norte de California resolvió que existe relación laboral entre los conductores y la empresa Uber. El segundo caso judicial más reciente se ha resuelto el 28 de Octubre de 2016 en Reino Unido (Aslam, Farrar and Others v Uber).

## **II. Los criterios para determinar el convenio colectivo aplicable a los trabajos del sector digital y a las plataformas profesionales**

El sector digital y las plataformas profesionales han suscitado cierto debate en relación a la identificación del convenio colectivo sectorial de aplicación debido a la singular forma de desarrollar su actividad. Por ejemplo, una plataforma digital que oferta el servicio de alquiler de vehículos con conductor sin contar con conductores entre su plantilla. Conforme al criterio general, para determinar el convenio colectivo aplicable, habrá que estar a aquél convenio que se corresponda con el ámbito funcional, personal y territorial propio de la actividad que desarrolla la empresa. Respecto al servicio de alquiler de vehículos con conductor, cabe preguntarse si debemos aplicar el Convenio Colectivo de Alquiler de Vehículos con y sin conductor o bien el Convenio Colectivo de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública que incluye en su ámbito funcional a las empresas de programación informática.

Precisamente, en los últimos años, se han planteado algunas consultas a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos que, si bien sus informes no tienen carácter vinculante, son de gran interés por la novedad del tema que están abordando. Constituye un patrón común a todas las consultas que las empresas no tienen convenio colectivo propio ya que carecen de representantes de los trabajadores. Para resolver el problema planteado, en las resoluciones de la Comisión Consultiva se apuntan dos posibles criterios según se conceda prevalencia al elemento de la estructura organizativa o bien a la finalidad de la empresa. A continuación, se analizan los casos concretos donde se ha aplicado uno u otro de los parámetros mencionados.

### **1. La prevalencia de la estructura organizativa de la empresa tecnológica**

El primero de los supuestos a analizar se refiere al Expediente 2010/066 de 24 de febrero de 2011 donde se plantea el convenio colectivo sectorial aplicable a una

---

empresa dedicada al desarrollo de aplicaciones informáticas y material educativo on line para instituciones de enseñanza, que se distribuye a través de diferentes plataformas tecnológicas, principalmente Internet y aplicaciones educativas para móviles. Consta en el expediente que no se ha pactado convenio colectivo propio ya que su plantilla se limita a tres empleados (dos programadores informáticos y un administrativo).

La empresa venía aplicando el Convenio Colectivo de Enseñanza y Formación no Reglada que incluye en su ámbito funcional a todas las empresas privadas que se dediquen a impartir enseñanza y formación no reglada, sea cual sea la modalidad o forma de impartirla. Ahora bien, entre su plantilla no cuenta con trabajadores que diseñen los contenidos educativos ya que dicha actividad es desarrollada por colaboradores externos que perciben una compensación económica por el servicio prestado como creadores de contenido. De ahí que se suscite la duda de si no sería más adecuado aplicar el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública que se ajusta mejor a la estructura organizativa de la empresa o bien atender a la finalidad real de la empresa. Sobre este último aspecto, cabe subrayar que la compañía se describe en su página web como una empresa dedicada a la educación.

En este caso, la Comisión Consultiva se inclina por el criterio de la estructura organizativa ya que considera, por una parte, que la actividad realizada podría ser indicativa de una empresa dedicada a la creación de contenidos educativos, pero en la medida que estos conocimientos provienen de profesionales con los que la empresa no mantiene contrato y atendiendo a su estructura organizativa donde el personal contratado se centra en las concretas tareas del desarrollo informático de las aplicaciones necesarias para la transmisión de los contenidos educativos, ofreciendo una herramienta on line donde volcar conocimientos para ser compartidos, se concluye que el ámbito funcional del Convenio Colectivo de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública resultaría más adecuado para la regulación de las relaciones laborales en la empresa por entender que su actividad constituye esencialmente un servicio de informática prestado a terceros. En concreto, la plantilla está formada por dos trabajadores con la categoría profesional de programador informático, con funciones de desarrollo, implantación y mantenimiento de programas informáticos, y un administrativo que realiza tareas de archivo, atención telefónica y organización administrativa general y está previsto ampliar el personal contratado incorporando profesionales dedicados a la programación informática.

## **2. La aplicación del test de la realidad económica a los nuevos modelos de negocio basados en el software**

El análisis del conjunto de Informes de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos dictados sobre esta temática advierte que no siempre el criterio de la estructura organizativa ha sido el factor empleado para clarificar la norma convencional aplicable a la plataforma digital. Es más, se puede afirmar que

---

el criterio de la estructura organizativa ha sido sustituido por otro más adecuado de cara a discernir la cuestión controvertida. En efecto, la Comisión Consultiva ha realizado un importante esfuerzo por comprender las nuevas dimensiones del negocio basado en el software y ha profundizado respecto de la finalidad real de este tipo de empresas. Para ello, se atiende a una suerte de indicios que contribuyen a esclarecer a qué se dedica la empresa. Así, parece relevante revisar los contratos mercantiles que suscribe la compañía digital con los clientes para identificar la finalidad general de la empresa. A su vez, se tiene en cuenta la capacidad de los colaboradores con la plataforma para ofertar el servicio directamente a los clientes, si los colaboradores cobran directamente por el servicio o es la propia plataforma quien lo hace. En la misma línea de actuación, parece útil formular la pregunta de si la tecnología digital se perfila como un medio o constituye el objeto de la actividad de la empresa. Como se observa, todos los factores descritos giran en torno a la realidad económica de la empresa.

Para comprender mejor la problemática, resulta de gran interés el caso resuelto por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el Expediente N.º 79/2016 de 14 de diciembre de 2016, donde se suscita la duda sobre el convenio colectivo aplicable a una sociedad que se define como una empresa tecnológica que ofrece un servicio de transporte y alquiler de vehículos con conductor, a través de una aplicación móvil y de una página web. La plataforma dispone de dos oficinas físicas en Madrid y en Málaga pero también se prestan servicios bajo reserva en Barcelona, Valencia, La Coruña, Bilbao y Tenerife. La cuestión radica en que el servicio de transporte no se realiza por empleados de la plataforma digital sino por transportistas autorizados con los que la compañía digital mantiene una relación mercantil.

El modelo de negocio descrito es muy semejante al desarrollado por empresas tan en auge como Uber o Lyft que se califican a sí mismas como vendedoras de software a través de su plataforma. En el supuesto concreto, el objeto social de la empresa se describe de la siguiente forma: «el desarrollo, realización, prestación y comercialización de todo tipo de aplicaciones para terminales móviles, incluyendo, a título meramente informativo, servicios de intermediación de transporte de viajeros y de geolocalización. La realización y prestación, a través de líneas telefónicas e informáticas, de toda clase de servicios, estudios y proyectos de mercado». De ahí que la empresa estuviera aplicando el Convenio Colectivo estatal de empresas de Consultoría y Estudios de Mercado. Sin embargo, se valora también en el Informe de la Comisión Consultiva si, en su lugar, se debería tener en cuenta el Convenio Colectivo de Alquiler de vehículos con y sin conductor cuyo ámbito funcional y personal se refiere a las empresas de alquiler de vehículos con y sin conductor y a sus centros de trabajo y a la totalidad del personal que ocupa las empresas afectadas.

Como se observa, se está ante una transformación de gran envergadura en la medida que la digitalización del trabajo acompañada de la externalización de la actividad empresarial permite la prestación de un servicio especializado como es el

---

alquiler de vehículos con conductor sin contar con trabajadores-conductores integrados en la plataforma. Como se ha explicado, mientras la plantilla de la plataforma digital realiza un trabajo de oficina, gestionando la aplicación telefónica y organizando las cuestiones administrativas y la promoción de nuevos clientes, el servicio de transporte se ejecuta por transportistas autorizados con lo que tiene una relación mercantil. La plataforma se limita a asumir los costes laborales del personal experto en las aplicaciones móviles y página web. Así, junto a los Departamentos más o menos comunes de la gestión empresarial (finanzas, ventas, marketing y recursos humanos), se crean otros nuevos como, por ejemplo, el denominado producto que aglutina a un equipo de trabajo que desarrolla la aplicación móvil y la página web y otros de logística y excellence cuyas funciones son la captación y formación de conductores y la atención de éstos.

Partiendo de los hechos descritos, la Comisión Consultiva señala que si bien es cierto que el servicio de transporte que ofrece se ejecuta por los transportistas autorizados que mantienen una relación mercantil con la plataforma profesional, ello no obsta a que el fin de la empresa sea prestar un servicio de transporte en nombre propio, utilizando transportistas contratados para ello. Para llegar a esta conclusión, hay que tener en cuenta una serie de indicios que confirman su rol como empresa de transporte en lugar de proveedora de software. A estos efectos, se valora que ni el transportista ni sus conductores pueden ofrecer el servicio de transporte directamente a los usuarios del servicio y que la empresa actúa como intermediario en nombre propio, canalizando a través de los terminales en posesión de los conductores las reservas realizadas por los usuarios; los conductores deben aceptar las reservas que reciban y en ningún momento pueden cobrar o exigir cantidad alguna a los usuarios, siendo la plataforma digital la que cobra directamente el servicio por el desplazamiento que ejecuta el transportista. Cuando el análisis se centra en observar cómo la empresa opera (vende trayectos), parece claro que la empresa debe ubicarse en el sector del transporte, aunque tenga una tecnología sofisticada. De ahí que podamos decir que la empresa no sólo comercializa software sino también trayectos.

Atendiendo al test de la realidad económica, la Comisión Consultiva concluye que la actividad principal de la plataforma profesional consiste en prestar un servicio de vehículos con conductor y que la aplicación informática es el medio para lograrlo. Los fundamentos de esta decisión se basan en los indicios que confirman su rol como empresa de transporte en lugar de proveedora de software. Explica la Comisión Consultiva que el servicio de alquiler de vehículos se comercializa y gestiona por la plataforma que gestiona directamente las reservas de los usuarios que solicitan el servicio a través de un dispositivo móvil y cobra directamente a los usuarios el transporte realizado. La peculiaridad está en la forma utilizada para la contratación del transporte, que se hace mediante la aplicación informática desarrollada por la propia empresa, que tiene empleados dedicados a su desarrollo, mejora y mantenimiento, pero el software utilizado constituye el medio o herramienta para conseguir el fin económico de la empresa, que es prestar un servicio de alquiler de vehículos automóviles para las personas que lo demandan.

---

Por lo que se estima que la empresa tiene un adecuado encaje en el ámbito funcional de los Convenios Colectivos de alquiler de vehículos con y sin conductor ya que se ajustan mejor a su finalidad real que no es otra que realizar un servicio de vehículos con conductor.

Conviene apuntar que de nuevo la empresa no tiene convenio colectivo propio ya que carece de representantes de los trabajadores. Sin embargo, a diferencia del caso anterior, si bien la plantilla del centro de Málaga cuenta con tres empleados, en el centro de Madrid hay setenta trabajadores, número suficiente para convocar elecciones a representantes de los trabajadores.

La actividad del transporte no es la única afectada por la expansión de los modelos de negocio basados en el software. Precisamente, también se ha suscitado controversia en el sector sanitario. En concreto, en el Expediente N.º 88/2015, 10 mayo de 2016 se formula consulta sobre el convenio colectivo aplicable a los centros de trabajo que la empresa tiene en Cádiz y Madrid, dedicados a prestar servicios a compañías aseguradoras para ofrecer tratamientos médicos (de consulta, hospitalización, diagnóstico o rehabilitación), a los asegurados de estas compañías que hayan sufrido un accidente en cualquier lugar del territorio nacional. El call center de la compañía se dedica a derivar a los asegurados a centros y consultas médicas.

La empresa estaba aplicando en Cádiz el Convenio Colectivo provincial de Establecimientos Sanitarios de carácter privado<sup>7</sup>, y en Madrid el Convenio Colectivo nacional de Contact Center cuyo ámbito funcional hace referencia expresa a la tecnología digital<sup>8</sup>. De nuevo, se produce una divergencia entre el servicio ofertado y la plantilla de trabajadores. Así, en la página web de la empresa hay referencias a centros médicos propios y concertados, pero la empresa explica a la Comisión Consultiva que no tiene centros asistenciales propios, y únicamente lleva a cabo un control de calidad de los servicios asistenciales concertados mediante test proyectivos realizados por el personal administrativo<sup>9</sup>. En realidad, la plantilla de la empresa (veinticuatro trabajadores en el centro de Cádiz y cuatro empleados en Madrid) realiza funciones de gestores de expedientes y trabajos administrativos. En el centro de Cádiz, la mayor parte de los empleados son tramitadores de expedientes que gestionan todo el tratamiento de pacientes contactando telefónicamente con éstos y con los centros médicos subcontratados para prestar el servicio sanitario. Por su parte, en el centro de Madrid, se desarrollan trabajos administrativos implementando datos en el programa de gestión y gestionando la red de centros concertados. Del relato fáctico se deduce que la empresa concierta el servicio médico con las compañías de seguros generales y después subcontrata la prestación del tratamiento con una red de centros sanitarios, de hospitalización, diagnóstico y rehabilitación. Hay coincidencia en relación con el resto de los expedientes analizados en el sentido que la empresa no tiene representantes de los trabajadores.

---

<sup>7</sup> En los artículos 1.º y 2.º del Convenio Colectivo se describen los ámbitos funcional y personal de la

siguiente forma: «El presente convenio colectivo será de aplicación a todas las empresas de carácter sanitario instaladas en el ámbito de la provincia de Cádiz y que se especifica en el artículo 2.º»; «El presente convenio regulará a partir de su entrada en vigor las relaciones laborales de los/as trabajadores/as de las Empresas destinadas a establecimientos Sanitarios de Hospitalización (Clínicas Privadas concertadas o no con cualquier Administración u Organismo Público) y Asistencia Sanitaria».

8 La referencia a la «tecnología digital» se incluyó en el II Convenio Colectivo para el sector de Telemarketing (BOE 8 de Marzo de 2002). En la versión actual (BOE 27 Julio de 2012) el artículo 1.º del Convenio Colectivo expresa que: «Dentro del ámbito del artículo 1.º la aplicación de este convenio será obligatoria para todas las empresas y para todos los trabajadores de las mismas cuya actividad sea la prestación de servicios de Contact Center a terceros. A los efectos del presente convenio quedan encuadradas en la prestación de servicios de Contact Center 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. Tal definición incluirá las actividades coadyuvantes, complementarias o conexas con la actividad principal».

9 Su función es hacer el seguimiento del tratamiento, comprobando que los tratamientos que prestan los médicos asistenciales guardan relación directa con el accidente, y se ajustan a criterios médicos legales de causalidad (tipográfico, evolutivo, causa-efecto), es decir, que la patología tratada por los especialistas sea la causada por el accidente sufrido; además supervisa los tiempos de estabilización de los lesionados hasta que se produce el alta médica del asegurado (accidentado), con el fin de optimizar la duración de los tratamientos prestados para un mejor control de los gastos de sus clientes.

En el estudio del caso, la Comisión Consultiva considera secundario el elemento organizativo (el hecho de que los empleados del call center concentren sus procesos de trabajo en la parte administrativa de la gestión sanitaria ofertada a sus clientes) y, en su lugar, otorga más relevancia a los contratos mercantiles que suscribe la empresa con las compañías aseguradoras clientes donde se expresa que la finalidad es prestar un servicio médico a los accidentados de aquéllas. Pues bien, ante la estructura empresarial empleada por la empresa, se considera que la actividad de asistencia sanitaria forma parte integrante de su hacer empresarial, aunque recurra a la subcontratación para la ejecución del servicio médico ofertado. Razón por la cual, se consideran de aplicación al centro de Cádiz el Convenio Colectivo de Establecimientos sanitarios de carácter privado de la provincia de Cádiz<sup>10</sup> y al centro de trabajo de Madrid el Convenio Colectivo de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, asistencia sanitaria, consultas y análisis clínicos de la Comunidad de Madrid<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Publicado en el BOP de Cádiz de 16 de Mayo de 2013.

<sup>11</sup> Publicado en el BOCM 08 de Noviembre de 2010.

Como se puede comprobar en los ejemplos analizados, en las compañías digitales se produce una externalización de las actividades esenciales o medulares. Esto es lo que ocurre también en el Expediente 2005/0054 de 21 de marzo de 2007 donde se solicita informe respecto del convenio de aplicación a una empresa que presta servicios de consultoría a distancia (a través de página web, correo

---

electrónico, boletines digitales y un teléfono gratuito), y que había externalizado mediante subcontrata los trabajos de consultoría, realizando únicamente la gestión administrativa y comercial del servicio.

La singularidad de este supuesto respecto de los anteriores se refiere a que la empresa realiza dos actividades: venta de cursos de formación empresarial a distancia (en materia laboral, fiscal, contable y en el ámbito del negocio estatal) y consultoría empresarial<sup>12</sup>. En ambos casos, los servicios de formación y consultoría no se desarrollan con personal propio. De hecho, venía aplicando, a sus trabajadores el Convenio Colectivo Estatal de Enseñanza y Formación no Reglada, ya que la empresa en sus orígenes ofrecía los servicios de formación a sus clientes en todo el territorio nacional, pero, en el momento de la consulta su actividad consiste principalmente en la venta a través de tele-operadoras de los productos (formación y consultoría), con una tendencia, según se indica en los porcentajes de facturación, a disminuir las ventas por formación no reglada a distancia, creciendo en importancia las ventas por consultoría. Por lo que se plantea si sería más adecuado aplicar a los empleados el Convenio Colectivo Estatal para Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable.

<sup>12</sup> La consultoría empresarial se lleva a cabo mediante una «Línea Activa» que consiste en el acceso de clientes a una página web, en la cual pueden consultar formularios, modelos y legislación, pudiendo plantear dudas profesionales en el ámbito empresarial, recibiendo asesoramiento general con una orientación telefónica, que no incluye resolución, ni trámite, ni gestión de documentación ni planificación empresarial.

La Comisión Consultiva realiza un análisis que va más allá de la estructura organizativa de la empresa y focaliza su atención en la actividad principal que se realiza. No se concede especial importancia al hecho de que la plantilla de trabajadores esté compuesta por personal administrativo que realiza las labores propias de este grupo, y comerciales dedicados a la venta telefónica de los productos que ofrece la empresa. La tecnología digital se considera un medio y no el objeto de la actividad desarrollada por la empresa. Así, explica la Comisión Consultiva, pese a que la actividad se realiza en un entorno telemático, este dato no es factor suficiente para entender aplicable el Convenio Colectivo Estatal para el Sector de Telemarketing, ya que no consta que la empresa se dedique a la promoción, difusión y venta de un producto o servicio por cuenta de un tercero.

En definitiva, atendiendo a la actividad de la empresa, se desprende que la empresa en cuestión, en estos momentos, se dedica principalmente a la consultoría a distancia –a través de una página web, el correo electrónico, boletines digitales y un teléfono gratuito– y, en menor medida, a la formación empresarial on-line, por lo que se estaría en el caso de considerar que tal actividad tendría un adecuado encuadramiento dentro del ámbito funcional del Convenio Colectivo Estatal para Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable. Del mismo modo tampoco cabría aplicar el Convenio Colectivo Estatal de Enseñanza y Formación no Reglada ya que, sobre la base del principio de actividad principal, y habida cuenta de que, como se ha venido a significar, la actividad de formación

on-line no aparece diferenciada y representa una parte mínima del volumen de negocio de la empresa<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> El volumen de negocio por la Línea Activa de Consultoría representa el 81% de la facturación y por la actividad de Formación a distancia el 19% restante.

La solución de aplicar el Convenio Colectivo sectorial que se corresponda con la actividad real que desarrolle la empresa parece ser la más adecuada desde todas las perspectivas. En primer lugar, se perfila como la más respetuosa con la voluntad de los negociadores de los referidos Convenios Colectivos. Cabe reparar en este punto que el criterio de la estructura organizativa podría operar como una suerte de huida del Convenio Colectivo de forma que los trabajos del sector digital y las plataformas profesionales debiliten las estructuras convencionales de sectores tradicionales al fragmentar sus recursos humanos: por un lado, atendiendo a su plantilla se reconducen a otros convenios colectivos alejados de la actividad real que desempeñan; de otra parte, al recurrir a trabajadores autónomos para desarrollar la actividad nuclear también quedan extramuros de la negociación colectiva. En segundo término, se evita de esta forma una competencia desleal entre la empresa integrada y la empresa fragmentada cuando esta última se coloca en una posición de ventaja en el mercado al aplicar una norma convencional alejada de los costes laborales propios del sector de actividad en el que debería haber estado adscrita<sup>14</sup>. Y, por último, el criterio apuntado está en línea con la pauta general fijada por la jurisprudencia en materia de convenio colectivo aplicable. Conviene recordar que la jurisprudencia viene considerando el criterio de la actividad principal o real preponderante de la empresa. Con tal fin, no es de utilidad el objeto social estipulado sino que se tiene en cuenta la actividad organizativa, productiva y económica de la empresa<sup>15</sup>. Para ello, en el interior de la empresa, y en relación con sus trabajadores, lo relevante y decisorio es la actividad real que aquélla desempeña, y en la que intervienen los empleados con motivo de la prestación de sus servicios<sup>16</sup>. En definitiva, se presta atención no sólo al conjunto de datos formales, sino de forma especial en qué organización tiene la empresa, para qué fin económico y con qué medios cuenta<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Expresa la misma opinión Thibault Aranda, J., *Convenio colectivo aplicable en la empresa por razón de su actividad*, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 71.

<sup>15</sup> Entre otras, [SSTS 10 de julio 2000](#) (Rec. 4315/1999), [29 de enero 2002](#) (Rec. 1068/2001) y [17 de julio de 2002](#) (Rec. 4859/2000). Vid. Mercader Uguina, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, 9.ª Ed., 2016, pp. 776-779.

<sup>16</sup> [STS 15 de junio de 2000](#) (Rec. 4006/1999).

<sup>17</sup> Thibault Aranda, J., *Convenio colectivo aplicable en la empresa por razón de su actividad*, cit., pág. 38.

### **III. Las desajustes presentes entre el convenio colectivo sectorial y la prestación laboral del trabajador digital**

Como ya se ha mencionado, en los informes más recientes de la Comisión

Consultiva se da prevalencia al test de la realidad económica frente al criterio de la estructura organizativa que pasa a un segundo plano en el análisis, recomendando aplicar el Convenio Colectivo sectorial que coincida con la actividad real de la empresa tecnológica. Sin embargo, las consecuencias prácticas de tales decisiones no están exentas de dificultades y problemas sobre los que conviene llamar la atención. De hecho, pese a que las consultas de la Comisión Consultiva fueron informadas por unanimidad, hay constancia de la discusión y debate que se suscitaron en su desarrollo. Paradigmático a estos efectos es el Expediente N.º 79/2016, donde se concluyó que a los empleados de la plataforma digital se debería aplicar los Convenios Colectivos de Alquiler de Vehículos con y sin conductor de Madrid y de Málaga. El paso siguiente consiste en tratar de encajar las funciones de los empleados en alguno de los grupos profesionales regulados en los mencionados convenios colectivos del sector del transporte.

Si se atiende a la estructura profesional de la plataforma se observa que se articula sobre la base de departamentos o equipos globales. El primero de ellos se denomina «Operaciones» y se encarga del análisis de datos de negocio y de la mejora de los diferentes procesos. El segundo de los Departamentos «Producto» desarrolla la aplicación móvil y la página web. La plataforma dispone también de un Departamento de Finanzas con funciones de contabilidad y gestión de costes y elaboración de presupuestos. Por su parte, el Departamento de Ventas se dedica a la captación de clientes corporativos. Las campañas de marketing y la organización de eventos y el lanzamiento de distintas promociones para dar a conocer la empresa a potenciales clientes se desarrolla por el Departamento de Marketing. La plataforma también cuenta con un Departamento de Recursos Humanos, dedicado a la selección y contratación de personal, implantación de políticas y beneficios para los empleados, gestión de la retribución de los empleados, formación, prevención de riesgos laborales y consecución de un buen clima laboral. Por su parte, el Área de Logística se encarga de la captación y formación de conductores y a la atención de éstos. Y, finalmente, Excellence es la Unidad que se dirige a la atención al cliente, al conductor y del control tráfico, así como de la gestión de las reservas y trayectos activos. Es este último el único equipo que funciona veinticuatro horas por sistema de turnos rotativos.

El primer obstáculo surge al comprobar que uno de los Convenios Colectivos de Alquiler de Vehículos con y sin conductor fue aprobado en 1977 y apenas ha sido actualizado desde entonces<sup>18</sup>. En concreto, el Convenio Colectivo aplicable a los empleados de la plataforma profesional ubicada en Málaga mantiene su vigencia desde 1977 debido a que, pese a que tenía una duración inicial de un año, no ha sido denunciado desde entonces y en el propio convenio se pactó su prórroga anual en el caso de que no existiera denuncia de las partes, lo que ha supuesto la revisión de sus cláusulas de acuerdo con el índice del coste de la vida. Se trata de un brevísimo texto convencional de una extensión de no más de tres páginas cuyas revisiones posteriores se han circunscrito a la materia salarial<sup>19</sup>. Además, en el convenio no se definen las funciones laborales de los grupos profesionales limitándose a listarlos y en cuanto a las categorías profesionales, cuyo contenido

poco tiene que ver con los Departamentos descritos, recuerdan bastan a la Ordenanza Laboral de Transporte por Carretera de 20 de marzo de 1971 que, por cierto, se fija como derecho supletorio<sup>20</sup>. En definitiva, se produce un desajuste importante entre la estructura profesional de la plataforma y la regulación convencional, dificultándose de esta forma la aplicación de este convenio a los empleados de la plataforma digital.

<sup>18</sup> BO. Málaga 26 de Octubre de 1977.

<sup>19</sup> BO. Málaga 15 abril 2008.

<sup>20</sup> Artículo 13 del Convenio Colectivo.

Pese a que el [Convenio Colectivo de Alquiler de Vehículos con y sin conductor de Madrid](#) es más moderno en el tiempo y más detallado en su regulación, la problemática es muy semejante<sup>21</sup>. Los Grupos profesionales que fueron pactados se refieren a personal administrativo y técnico (grupo I)<sup>22</sup>, personal de operaciones (grupo II)<sup>23</sup>, personal de taller (grupo III)<sup>24</sup> y personal subalterno (grupo IV)<sup>25</sup>. Conviene recordar en este punto que, de acuerdo a la forma organizativa de la plataforma profesional, las funciones correspondientes a los Grupos II, III y IV son realizadas por colaboradores externos que no son trabajadores de la plataforma. Cuando se analizan las categorías profesionales del Grupo I referido al Personal Administrativo y Técnico, se observa que la descripción de tareas prevista en el convenio colectivo no guarda parangón con los departamentos descritos. Ello es así desde el momento en que se plasma en el texto convencional una imagen trasnochada donde sólo los jefes de sección y negociado<sup>26</sup> reúnen las notas de iniciativa y responsabilidad y el resto de la plantilla (oficiales administrativos, auxiliares y aspirantes) se limitan a ejecutar tareas burocráticas supervisadas por sus superiores. Por otro lado, la formación requerida tampoco se ajusta a las nuevas necesidades tecnológicas de las empresas señalando tan sólo que dicho personal debe reunir conocimientos teóricos y prácticos adecuados<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> BOCAM 11 de abril de 2014.

<sup>22</sup> Jefe de sección, jefe de negociado, oficial administrativo de primera, oficial administrativo de segunda, auxiliar administrativo y aspirante administrativo.

<sup>23</sup> Se engloban aquí el delegado de zona, jefe de base, recepcionista y ayudante de recepcionista, conductor y mozo-conductor.

<sup>24</sup> En este grupo se encuadran el Jefe de Taller, Jefe de Equipo, Oficial de Primera de Taller, Oficial de segunda de Taller, conductor de clase C-2, mozo de Taller y aprendiz.

<sup>25</sup> Las categorías profesionales del personal subalterno son: Vigilante-portero, limpiador y botones.

<sup>26</sup> Jefe de Sección (es el que desempeña con iniciativa y responsabilidad el mando de uno de los grupos de actividad en que los servicios administrativos de una empresa se estructuran) y Jefe de Negociado (los que pertenecen a esta categoría profesional son los que, bajo la dependencia de un Jefe de Sección o de otro personal directivo y al frente de un grupo de empleados administrativos, dirigen la labor de su Negociado, sin perjuicio de su participación personal en el trabajo, respondiendo de la correcta ejecución de los trabajos del personal que tienen subordinado. Se asimilará a esta categoría la de cajero. Tanto el

jefe de Sección como el jefe de Negociado se responsabilizarán por velar, en sus respectivos ámbitos, por el cumplimiento de las normas vigentes en materia de seguridad e higiene en el trabajo).

**27** Oficial administrativo de primera (es el empleado que, a las órdenes de un superior, desempeña bajo su propia responsabilidad trabajos que requieran alto grado de iniciativa y perfección burocrática), Oficial administrativo de segunda (es aquel que, subordinado a un superior y con adecuados conocimientos teóricos y prácticos, realiza normalmente con la debida perfección y correspondiente responsabilidad trabajos burocráticos), Auxiliar administrativo (es el que desempeña trabajos burocráticos con elementales conocimientos teóricos y prácticos, supervisado por sus superiores) y Aspirante administrativo (es el empleado, menor de dieciocho años, que trabaje en labores propias de oficina dispuesto a iniciarse en las labores burocráticas).

Con todo ello, se observa que los procesos de digitalización del trabajo ocasionan cambios en el propio contenido funcional de los puestos de trabajo. En algunos casos, se crean nuevos puestos de trabajo, lo que determina a su vez la necesidad de definir nuevas categorías profesionales. Desde esta perspectiva, parece deseable una revisión y actualización de la clasificación profesional descrita de forma y manera que se adecuara a la realidad tecnológica donde ya se hace referencia a perfiles novedosos como el Community Manager, el Experto en Analista Web y el Gestor de Contenidos Digitales<sup>28</sup>.

**28** Vid. Conesa Zamora, A., *Los perfiles de la transformación*, Capital Humano, 2016, nº 305, pp. 92-94.

En primer lugar, según la Asociación Española de Responsables de Comunidades On Line (AERCO), el Community Manager es la persona encargada de sostener, acrecentar y, en cierta forma, defender las relaciones de la empresa con sus clientes en el ámbito digital, gracias al conocimiento de las necesidades y los planteamientos estratégicos de la organización y los intereses de los clientes. Es el responsable de gestionar la reputación on-line de la empresa a través de su presencia en redes sociales y comunidades virtuales, ya sean de creación propia o generalistas, además de ser el encargado de dinamizar conversaciones que tienen lugar en estas plataformas, en relación con la empresa. Es, por tanto, el nexo de unión entre la empresa y los usuarios<sup>29</sup>. Por su parte, el Experto en analista web se encarga de medir las acciones que la empresa realiza en la Red para saber la acogida que tienen, ver cómo evolucionan las visitas de los usuarios, y poder comparar y extraer conclusiones de cara a mejorar la estrategia on-line de la compañía<sup>30</sup>. Y, el gestor de contenidos digitales, también denominado «Digital Content Manager», se define como el redactor jefe de los contenidos digitales de la empresa. Su principal función es coordinar todos los contenidos digitales que genera la empresa, desde documentos en formato on-line y vídeos, pasando por podcasts (archivos de audio) e imágenes<sup>31</sup>.

**29** Según el documento «La función del community manager» elaborado por AERCO y la agencia Territorio Creativo, este profesional debería tener ciertas habilidades sociales y aptitudes técnicas. Entre las primeras, destacan ser un buen comunicador, ser resolutivo, una gran capacidad empática y ser asertivo a la hora de defender las ideas propias, además de saber liderar y ser capaz de animar e incentivar la conversación, si las intervenciones de los usuarios decaen. En cuanto a las capacidades técnicas, debería ser un buen redactor y disfrutar escribiendo; tener conocimientos de marketing, publicidad y comunicación corporativa; ser un apasionado de las nuevas tecnologías, ser creativo y, por supuesto, conocer el sector donde va a trabajar. Es importante, también, que tenga capacidad de liderazgo, puesto que puede tener un equipo a su cargo. Más extensamente, ACED, C. *Perfiles*

*profesionales 2.0* , UOC, 2010, pp. 40 y 44.

30 El experto en analítica web debería tener amplios conocimientos de posicionamiento en buscadores, de optimización de campañas, de e-mail marketing y de marketing digital, además de dominar los ámbitos de la publicidad on-line y el comercio electrónico, el análisis estadístico debería ser otro de sus puntos fuertes. Más allá de los conocimientos técnicos, es importante que la persona que se dedique a la analítica web conozca bien Internet, sea intuitiva y se interese por los conocimientos de los usuarios a la hora de navegar por la Red. Estos profesionales deberían tener capacidad analítica, dotes comunicativas y un gran interés por la Red. ACED, C. *Perfiles profesionales 2.0* , cit., pp. 49-53.

31 En lo que se refiere a capacidades, quien desempeñe este cargo debería ser una persona organizada y metódica, con capacidad de liderazgo (es muy probable que tenga que gestionar el trabajo de un equipo de colaboradores), creativa, con iniciativa y con habilidades comunicativas, ACED, C. *Perfiles profesionales 2.0* , cit., pp. 53-56.

En otros supuestos, se ven modificados los puestos de trabajo ya existentes. Es el caso del Marketing manager on-line que desempeña las mismas funciones que las de un director de marketing tradicional con la salvedad de que se suma el nuevo ámbito de la red. Precisamente, por este motivo, debe incluir en su plan de marketing las plataformas on-line, y tenerlas en cuenta, en especial, en lo que se refiere a la promoción comercial<sup>32</sup>. Y, finalmente, en muchos casos, lo que se produce es la supresión de determinados puestos de trabajo, de determinadas funciones<sup>33</sup>.

32 Ha de tener un profundo conocimiento de la Red, dominar las herramientas 2.0 y conocer los diferentes canales existentes, tener nociones de posicionamiento en buscadores e interesarse por el comportamiento de los usuarios en Internet. Parece importante que tenga identificados dónde están sus clientes: ¿en qué plataformas?, ¿qué les preocupa?, ¿sobre qué temas hablan? Se apunta, además, que tenga capacidad analítica, saber liderar, tener habilidades comunicativas y que sea una persona creativa, ACED, C. *Perfiles profesionales 2.0* , cit., pp. 31-35.

33 Almendros González, M.A., *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico* , Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2002, pp. 42 y 43.

Se debe apuntar que las categorías profesionales mencionadas ya han sido incorporadas en algunas experiencias convencionales de interés como es el caso del Convenio Colectivo del sector de empresas de publicidad<sup>34</sup> pero lo aconsejable es que se extiendan al resto ya que se trata de perfiles transversales a todos los sectores de actividad.

34 En efecto, en el mencionado convenio se define al Responsable de medios sociales (es la persona que diseña y planifica la estrategia y las campañas en los medios sociales. Dinamiza las campañas bajo los objetivos de la empresa y crea una comunidad alrededor de los propósitos de una compañía), al Community Manager (es la persona encargada de gestionar, dinamizar, construir y moderar comunidades en torno a una marca en los medios sociales) y al Analista de datos (es aquella persona cuyas funciones incluyen, importar, limpiar, transformar, validar y analizar datos con el fin de llegar a conclusiones y tomar decisiones. A su vez se dedica a presentar los resultados, diseñar y desarrollar bases de datos. Tiene asimismo responsabilidad para mejorar la calidad de los datos y llegar a conclusiones). Vid. Artículos 34 y ss. del referido Convenio (BOE 10 de Febrero de 2016).

Incluso más allá de la estructura profesional de los trabajadores del sector, cabe pensar que las propias condiciones de trabajo y empleo reguladas en los Convenios Colectivos sectoriales mencionados precisan de una profunda revisión para su adaptación a las necesidades específicas de los profesionales tecnológicos. En

primer lugar, se echa de menos una regulación convencional de los mecanismos de actualización de la formación de los empleados para su adaptación a las modificaciones operadas en el entorno digital porque, tal y como se ha apuntado, en vez de era digital debemos emplear la expresión inglesa «going digital» porque la era digital está conformándose y redefiniéndose a cada momento incluyéndose aquí las competencias profesionales de los empleados<sup>35</sup>. De la misma forma, teniendo en cuenta que el software es la herramienta para prestar la actividad, parece muy aconsejable la inclusión de en el convenio de una política sobre el uso de la tecnología digital en la empresa que defina los derechos y los deberes de los trabajadores digitales.

<sup>35</sup> Montecelos, M. *La era digital*, Capital Humano, 2015, n.º 300, pp. 74-75.

#### **IV. Reflexión final**

Parece conveniente que se inicie un proceso de reflexión y debate profundo en relación con las implicaciones laborales de las plataformas digitales sobre todo con la finalidad de valorar si el marco normativo actualmente vigente se adecúa o precisa de la realización de algunos ajustes. Mientras tanto, sería deseable que los negociadores también tuvieran en cuenta la disrupción digital en los procesos de modernización de los convenios colectivos. Desde esta perspectiva, sería deseable que se revisaran y, si procediera, se reformularan los ámbitos funcionales de los sectores de actividad de manera que su descripción fuera más amplia dando cobertura también a los trabajadores de los nuevos modelos de negocio basados en el software. En la misma línea, sería útil que la clasificación profesional pactada en los convenios colectivos fuera incluyendo los nuevos perfiles digitales de forma transversal a los diferentes sectores de actividad así como también se negociaran condiciones de trabajo específicas en materia de formación y políticas del uso de la tecnología digital. Con todo ello, pensamos que se reforzaría el carácter especialmente dúctil del convenio colectivo y se evitaría su riesgo de devaluación.

---