

# CRÓNICA INTERNACIONAL

## El smart working o Trabajo ágil en el ordenamiento italiano

Michel Martone

Professore Ordinario di Diritto del lavoro. Università di Teramo

### SUMARIO

1. Introducción.–2. Agilidad como sinónimo de autonomía –3. El acuerdo individual.–3.1. Forma y contenido.–3.2. La autonomía individual y la disciplina de los poderes del empresario.–3.3. Los tiempos de trabajo, de descanso y el derecho a la desconexión.–3.4. Duración y rescisión.–4. Equivalencia del tratamiento económico y aprendizaje continuo.–5. La seguridad en el trabajo.–6. Infortunios y enfermedades profesionales.–7. La incierta frontera entre trabajo ágil y teletrabajo.–8. Subordinación y trabajo ágil.

### RESUMEN

El autor analiza los rasgos distintivos de esta nueva modalidad de realización flexible de la prestación de trabajo subordinado, con el objetivo de esbozar su posible ámbito de operatividad dentro de un ordenamiento laboral que, aunque modificado de manera profunda por las reformas de los últimos veinte años producto de la crisis económica y la transformación del sistema productivo, todavía continúa considerando al trabajo subordinado como el fundamento sobre el que se apoya.

### PALABRAS CLAVE

Trabajo inteligente, reforma, Italia, subordinación, autonomía, industria 4.0, Gobierno Renzi, nuevo paradigma.

### ABSTRACT

The author analyzes the distinctive features of this new modality of flexible realization of subordinated work, with the aim of outlining its possible scope of operation within a labor order that, although modified in a profound way by the reforms of the last twenty years as a result of the economic crisis and the transformation of the productive system, it still continues to consider subordinated work as the foundation on which it is based.

### KEYWORDS

Smart work, reform, Italy, subordination, autonomy, industry 4.0, Renzi government, new paradigm.

## 1. Introducción

Tras más de dieciséis meses de gestación, finalmente se aprobó la Ley 81/2017, de 22 de mayo, que introdujo el *smart working* en el ordenamiento italiano, conocido también como “trabajo ágil”. Se trata de una innovación legislativa importante, que traspone algunas prácticas empresariales<sup>1</sup> que se

han venido incluyendo paulatinamente en la negociación colectiva nacional<sup>2</sup>, y que pone de manifies-

<sup>1</sup> Se remite, en este sentido, a los acuerdos Barilla del 2 de marzo de 2015; Zurich del 23 de septiembre de 2015 y 1 de junio de 2016; Finmeccanica del 2 de febrero de 2016; Axa del

<sup>2</sup> 12 de abril de 2016; Generali del 7 de octubre de 2016; Engie del 20 de enero de 2017; Enel del 4 de abril de 2017; Ferrovie dello Stato del 2 de mayo de 2017. En el sector crediticio ver, en concreto, las evoluciones de los contratos Intesa Sanpaolo del 10 de diciembre de 2014; BNL del 15 de julio de 2015; Unicredit del 18 de octubre de 2010 y las sucesivas renovaciones del 20 de junio de 2014 y del 4 de febrero de 2017; BPM del 23 de diciembre de 2016; Cariparma del 8 de marzo de 2016 y 9 de marzo de 2017; MPS del 29 de mayo de 2017; Findomestic del 6 de junio de 2017.

<sup>2</sup> Entre los convenios colectivos nacionales que regularon el *smart working* ver: CCNL Agrindustria del 23 de marzo de 2016; CCNL del sector alimentario del 5 de febrero de 2016;

to una vis expansiva del empleo privado al público con la aprobación de la directiva del Ministerio de Hacienda y Función Pública<sup>3</sup>.

Con esta nueva disciplina, de hecho, el legislador, recogiendo el desafío al que lamentablemente no supo responder el teletrabajo, intenta modernizar la disciplina de la relación laboral subordinada para hacer frente a las nuevas necesidades que imponen los nuevos modelos de organización del trabajo derivados de la conocida como *Fourth Industrial Revolution*<sup>4</sup>.

De este modo el legislador, continuando en línea con las más recientes reformas legislativas –empezando por el Jobs Act–, decide hacer frente a la que Massimo D’Antona definía como la “*mutación genética*”<sup>5</sup> del Derecho del Trabajo sin distorsionar las categorías de referencia, como sin embargo sugerían muchos, sino apostando una vez más por los supuestos que regula el art. 2094 del Código Civil, adaptándolos a las dinámicas de la posmodernidad para hacerlos, de hecho, más *smart*, o ágiles según se prefiera denominar.

En virtud del art. 18, apartado 1, de la Ley 81/2017, de 22 de mayo, esa especial “*modalidad de realización de la relación de trabajo subordinado*” se puede llevar a cabo “*sin precisos vínculos de horario o lugar de trabajo... en parte dentro de los locales de la empresa y en parte fuera de estos sin instalación fija*”. De este modo la subordinación se desvincula de las tradicionales categorías kantianas de espacio (dentro de una empresa) y tiempo (es decir en una única secuencia temporal) de trabajo<sup>6</sup>, pudiéndose aplicar según modalidades mucho más libres en la forma, pero no menos vinculadas en la sustancia,

porque sujetas a la necesidad de alcanzar el resultado que se espera el empresario<sup>7</sup>.

El propósito de la presente contribución es, así pues, analizar los rasgos distintivos de esta nueva (pero profundamente diferente) modalidad de realización de la prestación de trabajo subordinado, con el objetivo de esbozar su posible ámbito de operatividad dentro de un ordenamiento del trabajo que, aunque modificado de manera profunda por las reformas de los últimos veinte años, aún continúa considerando el trabajo subordinado como el fundamento sobre el que apoyarse.

## 2. Agilidad como sinónimo de autonomía

A pesar de los amplios debates doctrinales, el trabajo ágil no representa una tipología de contrato autónoma sino más simplemente, como precisa el art. 18 de la Ley 81/2017, de 22 de mayo, una especial “*modalidad de realización de la relación de trabajo subordinado*”<sup>8</sup>.

Sin embargo, se trata de todos modos de un modelo de trabajo profundamente distinto del que prevé el art. 2094 del Cód. Civ.<sup>9</sup>, en el que, en una perspectiva de desmaterialización de la empresa, las variables de tiempo y lugar de trabajo toman una relevancia completamente diferente a las tradicionalmente concebidas.

El tiempo de trabajo, reglamentado normalmente por el horario de empresa, cede paso a una gestión cronológica del trabajo que, ahí donde se alcance un acuerdo, se puede ubicar de manera variable dentro de la jornada laboral en función de las exigencias del dependiente, siempre que sean compatibles con la organización de la empresa, “*dentro de los únicos límites de duración máxima del horario de trabajo diario y semanal, establecidos por la Ley y la negociación colectiva*”, como especifica el art. 18, apartado 1, de la Ley 81/2017, de 22 de mayo.

Del mismo modo, en virtud del primer apartado del art. 18, de la Ley 81/2017, de 22 de mayo, también la ubicación espacial de la prestación laboral, a falta de “*precisos vínculos de lugar de trabajo*”, podrá ser determinada libremente por las partes.

Multiservizi del 15 de marzo de 2016 y Federculture del 12 de mayo de 2016; CCNL del sector gas-agua del 18 de mayo de 2017 y anteriormente el acuerdo ABI del 19 de abril de 2013.

3 Se trata de la directiva promulgada el 1 de junio de 2017, en aplicación de los apartados 1 y 2 de la ley de delegación 124/2015, con la que se dictan las directrices para la experimentación del smart working en las administraciones públicas con el objetivo de permitir, al cabo de tres años, por lo menos al 10% de los dependientes que lo soliciten, realizar la prestación en modalidad ágil.

4 Sobre la cuarta revolución industrial y las posibles recaídas en términos de empleo ver, en la literatura internacional, K. SCHAWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Franco Angeli, 2016; M. FORD, *Rise of the Robots: Technology and the Threat of a Jobless Future*, 2016; J. KAPLAN, *Le persone non servono. Lavoro e ricchezza nell'epoca dell'intelligenza artificiale*, Luiss Press University, 2016; W. ISAACSON, *The industries of the future*, 2016.

5 M. D'ANTONA, *La subordinazione e oltre: una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, en B. CARIUSO – S. SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona Opere*, vol. III, tomo III, pág. 1222; sobre el mismo punto ver también L. MONTUSCHI, *Un "nuovo" diritto del lavoro*, en *Scritti in onore di Gino Giugni*, II, Bari, 1999, pág. 723 y sig..

6 En este sentido cf. M. PERSIANI, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, en *Arg. Dir. Lav.*, 2005, I, p. 1; de la misma opinión también M. DELL'OLIO, *Le «nuove tipologie e la subordinazione*, en *Aa.Vv.*, *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004, pág. 21 y sig.

7 Retomando G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro ieri, oggi e domani*, en *Contratto e lavoro subordinato*, Padova, 2000, pág. 117 y sig. el derecho del trabajo a lo largo de todo el siglo pasado ha girado alrededor de tres “ejes fundamentales”, constituidos por una relación de trabajo dentro de la empresa, a horario completo y de manera exclusiva.

8 De este modo, por lo tanto, el legislador ha decidido no adherirse a la distinta impostación del proyecto de Ley 229/2016 que proponía reconducir el trabajo en modalidad ágil tanto a formas de trabajo autónomo como subordinado.

9 Con referencia específica a la realización del art. 2094 del Cód. Civ. ver para todos M. DELL'OLIO, *I soggetti e l'oggetto del rapporto di lavoro*, Torino, 1986, pág. 3 y sig..

Es más, esta renovada flexibilidad de la prestación se ve reforzada aún más, en el marco del acuerdo, asimismo por la introducción de la posibilidad de gestionar el trabajo “*también con formas de organización por fases, ciclos y objetivos*”, según una definición que asigna inevitablemente una renovada centralidad al resultado esperado de la prestación de la actividad laboral<sup>10</sup>.

Pero, examinado a fondo, el carácter realmente innovador de esta especial variación del trabajo subordinado reside no solo y no tanto en la eliminación de la necesaria ubicación espacio-temporal de la prestación laboral dentro de la empresa, que ya se había experimentado con la introducción de los supuestos del teletrabajo, sino más bien en la valorización de la autonomía de las partes. De hecho, previendo que la prestación laboral en modalidad ágil pueda “*darse mediante acuerdo entre las partes*”<sup>11</sup>, el legislador indudablemente ha vuelto a otorgar importancia a la autonomía individual en la definición de las modalidades de realización de la prestación de trabajo.

De este modo se da la vuelta, por lo menos con respecto al breve momento en el que es posible realizar la prestación de trabajo ágil, a la idea del trabajador subordinado como “*parte débil*” dentro de la relación<sup>12</sup> que necesita un aparato normativo heterónimo capaz de protegerla del desequilibrio inherente a la necesidad de “*tener que depender de otros para poder trabajar*”<sup>13</sup>.

Se puede decir que con respecto al trabajo ágil el legislador se aleja de una idea del ordenamiento del trabajo hiper garantista para dejar espacio a un nuevo modelo de disciplina que, valorizando la autonomía de las partes, apunta a adaptar la subordinación a las nuevas exigencias que derivan de un contexto de organización del trabajo que ha cambiado. Ello en detrimento de la disciplina legislativa pero sobre todo de la negociación colectiva, a la que de todos modos hay que reconocer el mérito de haber anticipado al legislador en la regulación de las hipótesis de prestación realizada, por lo menos en parte, fuera de los locales de la empresa a través del soporte de dispositivos informáticos, contribuyendo de este modo a la “*exacta individualización del perímetro normativo de opera-*

*tividad del trabajo ágil y de los relativos aspectos de definición y estructura*”<sup>14</sup>.

Una decisión que, por mucho que pueda aparecer coherente con la tendencia actual a comprimir, dentro de lo posible, la autonomía colectiva, en este caso parece acercarse más bien a la precisa voluntad de individualizar la disciplina de la prestación laboral realizada en modalidad ágil en función de las específicas exigencias del trabajador singular (por lo que se refiere a la conciliación entre tiempos de vida y trabajo) además de la misma organización empresarial, casi se trataría de un traje a medida<sup>15</sup>.

### 3. El acuerdo individual

#### 3.1. Forma y contenido

Pese a entregar a la autonomía de las partes la regulación de la prestación laboral realizada en modalidad ágil, el legislador ha individuado de todos modos las características, formales y sustanciales, del acuerdo individual.

Por lo que se refiere al primer aspecto, el art. 19, primer apartado, de la Ley 81/2017, de 22 de mayo, prevé que se “*estipule en forma escrita en aras de la regularidad administrativa y como prueba*”, con la consecuencia de que la posible falta de forma escrita no determina su invalidez, sino únicamente una limitación de los medios investigativos para demostrar que la relación de trabajo se ha estructurado en la forma de trabajo ágil, con todas las consecuencias, en términos procesales, de que la falta de forma escrita podrá determinar en relación con la imposibilidad de las partes de demostrar mediante un texto el contenido del acuerdo, salvo las excepciones previstas por el art. 2725 del Cód. Civ.

Relativamente al segundo aspecto, el acuerdo individual está destinado a disciplinar “*la realización de la prestación laboral llevada a cabo fuera de los locales de la empresa, también con respecto a las formas de ejercicio del poder directivo del empresario y a las herramientas utilizadas por el trabajador*”<sup>16</sup>.

La escritura del contrato, por lo tanto, tendrá que definir en términos analíticos las modalidades de realización de la prestación llevada a cabo fue-

10 Cf. art. 18, apartado 1, Ley 81/2017, de 22 de mayo.

11 Cf. art. 18, apartado 1, Ley 81/2017, de 22 de mayo.

12 En este sentido ver L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2ª ed., Milano, I, pág. I-XLVI, I, 838, 1915. Y como más reciente también L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, en *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2000, pág. 192 y sig.

13 Así R. SCOGNAMIGLIO, entrada *Lavoro subordinato*, en *Enc. Giur. Treccani*, 1999, pág. 1 y sig.

14 M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, en *WP CSDLE Massimo D'Antona*, 375/2017.

15 Acerca de este punto ver punto R. DEL PUNTA, *Verso l'individualizzazione dei rapporti di lavoro?*, en L. CORAZZA e R. ROMEO (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, 2014, pág. 33.

16 Cf. art. 19, primer apartado, Ley 81/2017, de 22 de mayo.

ra de la empresa, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo, si es el caso definiendo el ámbito de aplicación<sup>17</sup>.

### 3.2. La autonomía individual y la disciplina de los poderes del empresario

El legislador ha entregado a la autonomía contractual de las partes también la posibilidad de disciplinar los poderes del empresario. Por encima de todos el art. 21, apartado 2, de la Ley 81/2017, de 22 de mayo, abre el camino a la procedimentalización del ejercicio del poder disciplinario, ahí donde prevé que *“el acuerdo individual las conductas, relacionadas con la realización de la prestación laboral fuera de los locales de la empresa, que dan lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias”*.

Una decisión que denota, incluso bajo este perfil, una renovada consideración de la autonomía del trabajador subordinado y que se justifica con la necesidad de individuar y cristalizar específicas conductas relacionadas con la realización de una prestación que requiere disciplinas específicas en relación con el lugar en el que se desarrollará, al dejar ya de coincidir con la empresa.

Tanto es así que al acuerdo individual se entrega la determinación de las conductas, relevantes a nivel disciplinario, susceptibles de ser mantenidas por parte del trabajador ágil fuera del perímetro de la empresa, dictando una disciplina adicional, pero no sustitutiva, ni derogatoria, con respecto a la vigente en la empresa y cristalizada en el código disciplinario.

Consideraciones análogas valen también con respecto al poder de control, cuyo ejercicio, limitado a la *“prestación realizada por el trabajador fuera de los locales de la empresa”*<sup>18</sup> se entrega también a la disciplina del acuerdo individual.

En esta perspectiva, el poder de control sobre la prestación realizada en modalidad ágil se traducirá, con toda probabilidad, en un control centrado más en el resultado que en el respeto de las reglas organizativas y de realización del trabajo, que se justifican solo en relación con una prestación realizada dentro de los locales de la empresa.

A la amplia disponibilidad reconocida a las partes en la definición de las modalidades de control sobre la prestación realizada de manera ágil se contrapone el toque de atención presente en el art.

4 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo necesario respeto se mantiene como límite general a la autonomía individual en la regulación de los poderes del empresario.

### 3.3. Los tiempos de trabajo, de descanso y el derecho a la desconexión

Siempre desde una perspectiva de limitación del control potencial del empresario procedente del empleo de herramientas tecnológicas y queriendo evitar que ello desemboque en una ilegítima injerencia en la vida personal del dependiente<sup>19</sup>, el legislador remite al acuerdo individual para la individuación de los *“tiempos de descanso del trabajador además de las medidas técnicas y organizativas necesarias para asegurar la desconexión del trabajador de las herramientas tecnológicas de trabajo”*<sup>20</sup>.

La necesidad de establecer en el acuerdo individual los *“tiempos de descanso”* a reconocer al trabajador se reconduce a la falta de *“precisos vínculos de horario”* en la realización de la prestación en modalidad ágil que, por lo tanto, estaría sujeta a *“los meros límites de duración máxima del horario de trabajo diario y semanal, procedentes de la ley y de la negociación colectiva”*<sup>21</sup>.

Aunque, bien mirado, justamente el patente toque de atención con respecto a las disposiciones legislativas en materia de horario de trabajo, y por lo tanto también del decreto legislativo 66/2003, del 8 de abril, impondría ya de por sí el reconocimiento de las *“once horas consecutivas de descanso cada veinticuatro horas”*<sup>22</sup>.

Más interesante en cambio es el reconocimiento para el trabajador ágil del llamado *“derecho a la desconexión”*<sup>23</sup>, es decir el derecho a desconectar-

17 El acuerdo individual podría inhibir, por ejemplo, la actividad de trabajo en horario nocturno, con el propósito de evitar el respeto de las obligaciones inherentes a la calificación de trabajo nocturno en virtud del decreto legislativo 66/2003.

18 Cf. art. 21, apartado 1, Ley 81/2017, de 22 de mayo.

19 Injerencia que, en la literatura internacional, se identifica con el concepto de *“time porosity”*, elaborado retomando la idea de las infiltraciones a las que está sujeto un material o un cuerpo poroso para indicar todas las posibles formas de interferencia entre lo que se considera tiempo de trabajo y lo que se considera tiempo personal y que son susceptibles de aumentar de manera exponencial considerando las tendencias actuales en la organización del trabajo, influenciadas por el creciente progreso tecnológico y la mayor demanda de flexibilidad horaria. En este sentido ver E. GENIN, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, en *International Journal of Labour Law and Industrial Relations*, 2016, vol. 32, n. 3.

20 Cf. art. 19, último apartado, Ley 81/2017, de 22 de mayo.

21 Cf. art. 18, apartado 1, Ley 81/2017, de 22 de mayo.

22 Cf. art. 7, primer apartado, decreto legislativo 66/2003, de 8 de abril.

23 El derecho a la desconexión previsto por la Ley 81/2017 ya se ha introducido en Francia con la reciente *Loi Travail* del 8 de agosto de 2016 (*Loi n° 2016-1088 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*), que entró en vigor el 1 de enero de 2017. En concreto, mientras el legislador italiano ha entregado la disciplina del derecho a la desconexión al acuerdo individual, excluyendo la negociación colectiva, la ley francesa establece que este tenga que ser objeto de negociación colectiva y, solo a falta de esta, de acuerdos individuales (*Charte*), pero de todos modos con la obligación de reglamentar las condiciones de uso en los acuerdos empresariales.



se de los dispositivos tecnológicos utilizados para la realización de la prestación en remoto que, mirando a fondo, constituye el límite objetivo para la asunción por parte del trabajador de una obligación de disponibilidad desvinculada del horario de trabajo.

Aunque también este derecho hubiese podido derivarse de manera indirecta del necesario respeto del decreto legislativo 66/2003, del 8 de abril, que transformaría en inexigible cada prestación realizada fuera del horario de trabajo concordado, la elección de entregar su reglamentación al acuerdo individual lo hace el instrumento más adecuado para asegurar esa flexibilidad de la prestación laboral que el trabajo ágil se propone realizar.

Porque solo a través de una negociación individual específica, los tiempos de desconexión se podrán medir según cada posición laboral, con la consecuencia de que dentro de la misma empresa se podrán prever distintos tiempos de “desconexión”, pero en todo caso todos funcionales para una mejor organización empresarial, en una perspectiva de aumento de la productividad y, al mismo tiempo, de salvaguardia del tiempo *offline* del trabajador ágil.

En definitiva, el legislador, al adoptar la disciplina del trabajo ágil, ha esbozado un cuadro regulativo fiel al carácter subordinado de la prestación, en el que las prerrogativas y los poderes del empresario se forman a partir de la autonomía individual para garantizar su correcto ejercicio incluso fuera del perímetro empresarial.

### **3.4. Duración y rescisión**

Por expresa previsión del art. 19, apartado 2, de la Ley 81/2017, de 22 de mayo, el acuerdo individual relativo a la realización de la prestación en modalidad ágil “*puede ser a término o a tiempo indefinido*”, pero solo en este último caso se prevé la facultad de rescisión libre, es decir *ad nutum*, salvo el respeto de un preaviso no inferior a treinta días, elevado hasta noventa para los trabajadores discapacitados en virtud de la Ley 68/1999, a los que el legislador ha entendido asegurar un mayor periodo de tiempo útil para “*permitir una adecuada reorganización de las trayectorias laborales con respecto a las exigencias de vida y cuidado del trabajador*”.

De lo contrario, en virtud de la misma disposición, la rescisión se podrá ejercer, sin obligación de preaviso, cuando recurra un “*motivo justificado*”, tanto en el caso de acuerdo a tiempo indefinido,

como en el caso de acuerdo a tiempo definido antes de la conclusión del plazo.

Aunque muy genérica, la referencia al “*motivo justificado*” parece legitimar el recurso a los conceptos de motivo justificado elaborados por el art. 3, Ley 604/1966, en tema de despido y que, en este caso, tendrían que leerse de todos modos en relación con la realización de la prestación en modalidad ágil.

En esta perspectiva, por lo tanto, la rescisión por parte del empresario estaría justificada cuando, por exigencias de la empresa o motivos relacionados con el trabajador (pero en todo caso no como para justificar el despido) el trabajo ágil deja de ser justificado, justificable o de todos modos funcional para la organización de la empresa.

Del mismo modo y de manera legítima el trabajador podría rescindir *ante tempus* el acuerdo individual en el caso de que se manifestaran dificultades objetivas o subjetivas (incluso relacionadas con la conducta del empresario) que no permitiesen continuar con la relación en modalidad ágil.

No se excluye que las partes puedan tipificar dentro del mismo acuerdo las hipótesis (incluso solo algunas de estas) en las que se da un motivo justificado de rescisión.

En todo caso rescindir el acuerdo individual determina la prosecución de la relación laboral según las ordinarias modalidades de realización de la prestación laboral dentro de la empresa.

Aunque no se puede evitar el riesgo de que, si la prestación realizada de manera ágil ha sido especialmente funcional para la organización empresarial, la vuelta a las normales condiciones de trabajo preexistentes al acuerdo podría resultar especialmente problemática, hasta el punto de hacer imposible, o ya no proficua, la prosecución de la misma relación laboral y legitimar, de este modo, la rescisión del contrato de trabajo.

### **4. Equivalencia del tratamiento económico y aprendizaje continuo**

Con el objetivo de neutralizar posibles intentos de discriminación, el art. 20, apartado 1, Ley 81/2017, de 22 de mayo, reconoce al trabajador ágil “*el derecho a un tratamiento económico y normativo no inferior al que se da generalmente, en aplicación de los convenios colectivos con arreglo al artículo 51 del decreto legislativo 81/2015, de 15 de junio, para los trabajadores que realizan las mismas tareas exclusivamente dentro de la empresa*”.

El legislador, por lo tanto, ha querido vincu-

lar el tratamiento económico y normativo de los trabajadores ágiles al que reciben los otros dependientes que realizan las mismas tareas exclusivamente dentro de la empresa, eludiendo, de este modo, cualquier estrategia de externalización de la plantilla de la empresa relacionada con un ahorro económico.

Una decisión que, sin embargo, supone algunos problemas de tipo aplicativo al considerar que en la plantilla de la empresa podría no estar presente un dependiente que realiza las mismas tareas del trabajador ágil.

En este caso se podría definir el tratamiento económico del trabajador ágil parametrizándolo con el de un trabajador incluido en el mismo nivel contractual.

En este contexto, frente a esta incertidumbre normativa, superable solo de manera parcial por efecto de las disposiciones de la negociación colectiva, sería deseable precisar los aspectos inherentes al tratamiento económico y normativo del trabajador ágil dentro del acuerdo individual.

Siempre desde una perspectiva que evite que el trabajador ágil, durante la realización de su actividad fuera del perímetro de la empresa, pueda ser penalizado debido a una posible exclusión de las dinámicas que garantizan la actualización y el incremento del bagaje profesional, tiene que interpretarse la previsión por parte del art. 20, apartado 2, Ley 81/2017, de 22 de mayo, según la que al trabajador ágil *“puede reconocerse, dentro del acuerdo con arreglo al artículo 19, el derecho al aprendizaje permanente, en modalidades formales, no formales o informales, y a la periódica certificación de las relativas competencias”*.

Se trata sin lugar a dudas de un aspecto de originalidad con respecto a la disciplina sobre *smart working* diseñada en los numerosos convenios colectivos estipulados antes de la entrada en vigor de la ley en discusión; dichos convenios no se habían demostrado sensibles a la problemática del riesgo de alejamiento de las dinámicas empresariales debido a la realización de la prestación en remoto<sup>24</sup>.

Pero al mismo tiempo sería impropio configurarlo como un derecho en términos absolutos ya

<sup>24</sup> En tema de capacitación merece una señalación lo que prevé el convenio nacional de Ferrovie dello Stato Italiane con respecto al trabajo ágil del 2 de mayo 2017, que además de prever una específica formación para con los trabajadores ágiles pensada para “clarificar los objetivos y las modalidades técnicas de realización de la prestación en régimen de smart working”, establece del mismo modo que “Durante la realización de la prestación laboral en modalidad smart-working las trabajadoras y los trabajadores continuarán estando presentes en la trayectorias formativas y de desarrollo profesional pensadas para los trabajadores en su conjunto” (puntos 17. y 18.).

que su reconocimiento está subordinado de todos modos a una previsión expresa dentro del acuerdo individual.

Con la consecuencia de que, a falta de un acuerdo específico al respecto, el trabajador ágil no tendrá ninguna garantía con respecto a la actualización de las propias competencias, ni a la relativa certificación, con el riesgo concreto de que sus propios conocimientos no estén en línea con la evolución dentro de la empresa.

## 5. La seguridad en el trabajo

La desarticulación espacio-temporal que caracteriza la prestación realizada en modalidad ágil impone necesariamente una adaptación de las tradicionales obligaciones del empresario en tema de salud y seguridad en el lugar de trabajo, también en consideración de las modernas herramientas tecnológicas utilizadas en la realización de la actividad en remoto.

Por este motivo el legislador se ha limitado a dictar los perfiles esenciales, para no decir mínimos, de la prevención en favor del trabajador ágil, remitiendo al acuerdo individual la especificación de todos aquellos aspectos relacionados con el lugar en el que se realiza la prestación en remoto, además de las herramientas concretas utilizadas por el dependiente.

En ese sentido, el segundo apartado del art. 18 de la Ley 81/2017, de 22 de mayo, establece que *“el empresario es responsable de la seguridad y del buen funcionamiento de las herramientas tecnológicas asignadas al trabajador para realizar la actividad laboral”*.

La norma, mirando a fondo, se comporta como una especificación de la más general obligación de tutela que carga sobre el empresario en base al art. 2087 del Cód. Civ. según el que cada empresario tiene la obligación de *“adoptar en el ejercicio de la empresa las medidas que, según la especificidad del trabajo, la experiencia y la técnica, son necesarias para tutelar la integridad física y la personalidad moral de los empleados”*.

Esto se explica considerando el hecho de que el trabajo ágil sigue siendo una especial modalidad de realización de la prestación de trabajo subordinado al que, salvo expresa exclusión legislativa, se aplican las vigentes disposiciones en tema de tutela de la salud y la seguridad de los trabajadores.

Sin embargo, la formulación genérica podría llevar a considerar como configurable una responsabilidad del empresario para todos los posibles

daños a las herramientas tecnológicas asignadas al trabajador, y por lo tanto también si ocasionados por terceros extraños a la relación laboral.

De todos modos, parece razonable circunscribir la responsabilidad del empresario dentro de los límites de los principios generales en términos de responsabilidad civil, también y sobre todo en consideración de la natural atenuación del poder de control del empresario durante la realización de la actividad en modalidad ágil.

Por los mismos motivos la responsabilidad del empresario tiene que considerarse limitada a las meras herramientas de la empresa asignadas en dotación al dependiente, y no también a las que son propiedad del trabajador, para las que resultaría especialmente dificultoso realizar un control de parte del empresario.

Los ulteriores casos de responsabilidad del empresario se esbozan en el sucesivo artículo 22 de la ley en cuestión, en virtud del que *“El empresario garantiza la salud y la seguridad del trabajador que realiza la prestación laboral en modalidad ágil y en este sentido entrega al trabajador y al representante de los trabajadores para la seguridad, una informativa escrita con frecuencia anual, en la que se identifican los riesgos generales y los riesgos específicos relacionados con la especial modalidad de realización de la relación laboral”*.

Se trata del mismo modo de una disposición no fácil de interpretar porque, con el propósito de garantizar una tutela adecuada para el trabajador ágil, parecería configurar una responsabilidad del empresario no solo por lo que se refiere a la salud y a la seguridad del trabajador dentro de la empresa sino también durante la realización de la prestación fuera del perímetro de la empresa.

Mirando a fondo esto es verdad solo en el caso en el que las partes hayan indicado dentro del acuerdo individual el lugar exterior en el que se realiza la prestación en modalidad ágil, siendo posible, en este caso, para el empresario verificar que el lugar y la instalación acordados sean idóneos para garantizar la tutela de la salud y la seguridad del trabajador.

Por otra parte, a falta de un acuerdo específico de las partes en este sentido, la responsabilidad del empresario no se considera que se pueda extender fuera de los límites de la empresa, ya que se recaería en las redes de una responsabilidad objetiva, imponiendo al empresario un control sobre un lugar exterior que no solo podría desconocer, sino que además podría variar de manera constante, incluso dentro de una única jornada laboral.

Del mismo modo se considera genérica la descripción de la obligación que carga sobre el empresario de entregar al trabajador ágil, con frecuencia anual, *“una informativa”* sobre riesgos *“generales”* y *“específicos”* relacionados con la realización de la prestación de manera ágil.

El concepto de riesgos específicos, aunque no se prevé de manera expresa, tendría que estar limitado a las herramientas entregadas al trabajador ágil, a no ser que se quiera configurar, también en este caso, una responsabilidad objetiva del empresario.

Algo que sería incoherente con el espíritu de la norma, además de irrazonable, al no poderse considerar el empresario responsable, incluso penalmente, de eventos causados por factores externos al proceso empresarial y respecto a los que no tiene ningún poder de intervención.

Sirve de contraparte a la genérica responsabilidad del empresario esbozada por el legislador la previsión, con respecto al trabajador, de la obligación establecida por el artículo 22, apartado 2, Ley 81/2017, de 22 de mayo, de *“cooperar en la actuación de las medidas de prevención establecidas por el empresario para hacer frente a los riesgos relacionados con la realización de la prestación fuera de los locales de la empresa”*.

Si, de hecho, el trabajador tiene que observar las medidas de seguridad, utilizando las herramientas de trabajo conformemente con las políticas empresariales, la posible violación de las obligaciones de colaboración – además de asumir una indiscutible relevancia disciplinaria – podría determinar si no una exención, por lo menos una limitación de la responsabilidad del empresario, todas las veces que haya adoptado todas las medidas posibles para garantizar la seguridad y el funcionamiento de las herramientas tecnológicas y el desperfecto se haya ocasionado por culpa o incumplimiento del trabajador.

## **6. Infortunios y enfermedades profesionales**

Siempre desde una perspectiva que apunta a circunscribir la responsabilidad del empresario que, si se aplaza de manera excesiva, podría desincentivar el recurso al trabajo ágil, además de garantizar una adecuada protección al trabajador, el legislador ha reconocido, con el art. 23, apartado 2, Ley 81/2017, de 22 de mayo, *“el derecho a la tutela contra los infortunios en el trabajo y las enfermedades profesionales que dependen de los riesgos rela-*



*cionados con la prestación laboral realizada fuera de los locales de la empresa”.*

De este modo, una vez que el empresario haya asumido su responsabilidad para con el seguro, el riesgo de indemnización por los daños relacionados con eventos ocurridos fuera de la empresa está a cargo del Inail.

También por este motivo, el legislador, con el artículo 23, apartado 1, de la Ley 81/2017 ha resuelto que *“el acuerdo para la realización de la prestación laboral en modalidad ágil y sus modificaciones son objeto de las comunicaciones con arreglo al artículo 9-bis del decreto-ley 510/2017, de 1 de octubre, convertido, con modificaciones, por la Ley 608/1996, de 28 de noviembre, y sucesivas modificaciones”.*

La comunicación tendrá que realizarse solo en el caso de establecer una relación laboral en modalidad ágil, pero también para cada sucesiva modificación que se dé durante el desarrollo de la misma.

Modificación que podrá referirse a cualquier aspecto inherente al trabajo ágil, como por ejemplo una ampliación o una reducción de la dimensión temporal de realización de la prestación, así como una distinta individuación de los locales externos a la empresa, pero también a la reinstauración de la actividad dentro de los locales de la empresa a jornada completa.

Solo de este modo, de hecho, puede contrarrestarse, o por lo menos limitarse, cada finalidad elusiva, agilizando también los relativos controles de los servicios de inspección.

La tutela en tema de prevención que se acuerda para el trabajador ágil se completa con el reconocimiento del llamado *“infortunio in itinere”*, entendiéndolo, en virtud del art. 23, apartado 2, Ley 81/2017, de 22 de mayo, como lo que ocurre al trabajador *“durante el habitual recorrido de ida y vuelta desde la vivienda hasta el lugar establecido para la realización de la prestación laboral fuera de los locales de la empresa... cuando la elección del lugar de la prestación se deba a exigencias relacionadas con la prestación misma o la necesidad del trabajador de conciliar las exigencias de vida con las laborales y responda a criterios de sensatez”.*

La norma, así y como se ha ideado, condiciona la indemnización del infortunio *in itinere* a una preventiva individuación, basada sobre criterios de sensatez, del lugar de realización de la prestación ágil determinada según exigencias relacionadas con la prestación misma o necesidades personales del trabajador.

En esta perspectiva, está clara la exclusión del

área de indemnizabilidad de los infortunios ocurridos al trabajador ágil que no haya individuado, de acuerdo con el empresario, el lugar externo a la empresa en el que realizar la prestación en modalidad ágil, pero lo mismo no puede decirse de las hipótesis en las que las partes hayan indicado preventivamente el lugar de realización de la prestación.

La formulación de la norma, de hecho, es genérica y tan amplia que puede justificar a nivel abstracto cualquier elección por parte del trabajador ágil.

Un único límite puede darse en la referencia al criterio de sensatez, al que se tendría siempre que mirar a la hora de elegir el lugar de realización de la prestación ágil.

Pero se trata de todos modos de un criterio igualmente genérico, que presenta unos márgenes de absoluta incertidumbre en cuanto a su definición, que se traduce con la atribución a INAIL de una amplia discrecionalidad en el reconocimiento de los parámetros objetivos de subsistencia de la tutela contra los infortunios, con evidentes y probables repercusiones a la hora de un contencioso, debido a los contrastes interpretativos que alimentarían una mayor incertidumbre.

Segura en cambio es la exclusión del área de indemnizabilidad del infortunio *in itinere* procedente del llamado riesgo electivo, es decir la exposición a un riesgo ulterior y adicional reconducible exclusivamente al trabajador debido a sus libres elecciones individuales, relacionadas con motivos familiares o personales, o en todo caso del todo extrañas a la prestación laboral<sup>25</sup>.

## 7. La incierta frontera entre trabajo ágil y teletrabajo

Si la integración del trabajo ágil dentro de los supuestos del trabajo subordinado ha sido delineada con suficiente claridad por parte del legislador, bastante incierta, sin embargo, parece la frontera con respecto a lo que se ha considerado habitualmente como su *“antepasado”*, es decir el teletrabajo, casi queriendo enfatizar una diversidad más aparente que real.

Es verdad que el dato normativo no parece des-

25 Sobre el concepto de riesgo electivo elaborado por la jurisprudencia, cf. Cas. 13882/2016, de 7 de julio, según el que: *“En materia de delimitación del área de tutelabilidad del trabajador por infortunio in itinere, el concepto de riesgo electivo tiene que entenderse como todo lo que es extraño o no pertinente a la actividad laboral y se debe a una decisión arbitraria del trabajador, quien crea o se enfrenta de manera voluntaria, sobre la base de razones o impulsos personales, a una situación distinta a la inherente a la actividad laboral, teniendo de este modo una conducta que interrumpe todo nexo entre trabajo, riesgo y evento”.*



mentir esta línea interpretativa, al definir el teletrabajo como “una forma de organización y/o realización del trabajo que recurre a las tecnologías de la información en el ámbito de un contrato o de una relación de trabajo, en el que la actividad laboral, que también podría realizarse en los locales de la empresa, se lleva a cabo de manera regular fuera de los locales de la misma”<sup>26</sup>.

Es evidente, de hecho, que tanto el teletrabajo como el trabajo ágil, se caracterizan por la desarticulación espacio-temporal de la prestación laboral, si bien en el primer caso “se realiza de manera regular fuera de los locales [n.d.r. de la empresa]”, mientras que en el segundo caso “en parte dentro de los locales de la empresa y en parte en el exterior sin una instalación fija”.

La comparación entre las dos disposiciones podría generar el malentendido de que la falta de una “instalación fija” sirva como criterio distintivo del trabajo ágil frente al teletrabajo<sup>27</sup>.

Pero se trata de un malentendido fácilmente superable, porque no es posible recuperar, no obstante las múltiples definiciones de teletrabajo diseminadas tanto dentro como fuera de nuestro ordenamiento, ni una norma que ponga limitaciones a la variabilidad del lugar de realización de la prestación.

Ni, en opinión de quien escribe, se podría sostener con fundamento que el teletrabajo “cuenta con las tecnologías de la información”, mientras que en el trabajo ágil “el empleo de herramientas tecnológicas para la realización de la actividad laboral sería solo <<posible>>”. Y ello porque el largo iter parlamentario que ha precedido la promulgación de la ley en discusión hace hincapié en el soporte de las tecnologías informáticas como elemento congénito también en la prestación realizada en modalidad ágil, teniendo que interpretarse la posibilidad de utilización no tanto en términos de eventualidad sino de utilizabilidad, considerando la necesaria alternancia entre la prestación a distancia y la que se realiza dentro de los locales de la empresa<sup>28</sup>.

Aparece, en cambio, más convincente la tentativa de recuperar en la regularidad de la prestación realizada fuera de los locales de la empresa el elemento definidor del teletrabajo, donde el adverbio “regularmente” implicaría una necesaria prevalencia de la dislocación espacial de la prestación con respecto a las actividades, también telemáticas, realizadas en la empresa<sup>29</sup>. Prevalencia que, si es verdad que “no equivale a exclusividad”<sup>30</sup>, por otra parte evoca, de todos modos, una continuidad de la prestación realizada fuera de los locales de la empresa, que en cambio en el trabajo ágil sería episódica, o por lo menos, accesoria con respecto a la realizada en la empresa. Esta reconstrucción, sin embargo, por muy convincente, no tiene en cuenta el hecho de que las disposiciones sobre trabajo ágil no prevén ningún límite cuantitativo para las horas de trabajo a realizar fuera de la empresa, reservando al acuerdo individual de las partes la reglamentación de la prestación de trabajo “entre los meros límites de duración máxima del horario de trabajo diario y semanal, procedentes de la Ley y la negociación colectiva”<sup>31</sup>.

Consideraciones éstas que llevan a pensar que los dos supuestos, superponibles en muchos aspectos, difieren justamente con motivo de la amplia autonomía reconocida en el trabajo ágil a ambas partes en lo que se refiere a la determinación de todos los aspectos inherentes a la realización de la prestación fuera de la empresa, desde una perspectiva que apunta a diversificar las modalidades de realización de la prestación en función de la específica realidad empresarial, además de las exigencias del mismo trabajador<sup>32</sup>.

Si todo esto es verdad, no se pueden no comparar las dudas con respecto a la posible aplicación a la nueva figura de trabajo ágil de las normas dictadas para el teletrabajo, sobre todo con respecto a aquellas relativas a tutela de la salud y la seguridad.

26 No obstante las variadas definiciones de teletrabajo tanto a nivel de ordenamiento interno como comunitario, el derecho del trabajo privado toma en consideración la contenida en el *Accordo Interconfederale* del 9 de junio de 2004, que traspone el Acuerdo Marco Europeo del 16 de julio de 2002 y disciplina la aplicación de tutelas especiales en concreto en materia de salud y seguridad, de derecho de acceso empresarial y de derecho a pedir inspecciones por parte del trabajador con el objetivo de verificar la conformidad con la ley de los lugares de trabajo.

27 También considerando el hecho de que la disciplina de prevención del teletrabajo prevé algunas disposiciones aplicables solo si el lugar de la prestación a distancia es predeterminado o predeterminable.

28 En este sentido la ficha de lectura n. 516 del 6 de diciembre de 2016 que ha acompañado la redacción de la actual disciplina en cuestión, denominada “Tutele per il lavoro autonomo e disciplina del lavoro agile”, define el trabajo ágil como una “especial modalidad de realización

del trabajo... caracterizada principalmente por un mayor empleo de herramientas informáticas y telemáticas y de las posibilidades tecnologías existentes”.

29 Entre los primeros comentaristas con esta opinión figura M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, en *WP CSDLE Massimo D'Antona*, 2017; en los mismos términos ya se había expresado M. MISCIONE, *Diverse tipologie contrattuali: remote working, telelavoro e digital workplace*, en *Lav. Giur.*, 2009, 7, pág. 664 y sig..

30 Cf. V. MAIO, *Il telelavoro*, en M. PERSIANI (diretto da), *I nuovi contratti di lavoro*, Torino, 2010, pág. 777 y sig..

31 Cf. art. 18, apartado 1, Ley 81/2017, de 22 de mayo.

32 En términos parcialmente análogos ver G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, en *WP CSDLE “Massimo D'Antona”*, 327/2017.

## 8. Subordinación y trabajo ágil

Frente a los nuevos desafíos que supone la cuarta revolución industrial, el legislador, antes que “huir de la subordinación”<sup>33</sup>, como había sugerido la doctrina, ha decidido mantenerse fiel a la idea de subordinación que ha marcado el desarrollo del Derecho del Trabajo desde el principio.

Para hacerlo ha decidido “descongestionar” los supuestos esbozados por el art. 2094 del Cód. Civ. y, para evitar que se continúe considerando como “la sombra china de la prestación de trabajo deducida en el contrato”<sup>34</sup>, ha intentado recuperar, según condiciones precisas y límites rigurosos, espacios de autonomía dentro de la subordinación en el marco de los institutos que han sido objeto de comentario.

Así la Ley 81/2017, de 22 de mayo, nos entrega un modelo de trabajo subordinado más “ligero”

que, eliminando algunos elementos de rigidez de los supuestos, permite plasmar las modalidades ejecutivas de la prestación en relación con las exigencias de la organización empresarial en las que se sitúa el trabajo.

La valorización de la autonomía individual a través de la centralidad reconocida al acuerdo de trabajo ágil se convierte de este modo en la clave para la modernización de unos supuestos, los relativos al trabajo subordinado diseñados por el art. 2094 del Cód. Civ., que han demostrado una extraordinaria capacidad de aguante durante todo el siglo breve<sup>35</sup>. Solo el tiempo podrá decirnos si el camino elegido por el legislador habrá sido el correcto, pero ello dependerá sobre todo de las partes de la relación laboral y de su capacidad de utilizar de manera adecuada la autonomía que les ha reconocido el legislador.<sup>36</sup>

33 La expresión se debe a F. LISO, *La fuga dal diritto del lavoro*, en *Industria e sindacato*, 1992, n. 28, pág. 1 y sig..

34 M. D'ANTONA, *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, en B. CARUSO – S. SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona, Opere*, vol. III, 3, Torino, 2000, pág. 1206. Sobre este punto cf. también A. VALLEBONA, *Nuove forma di lavoro tra subordinazione, coordinazione e autonomia*, Intervención, en Actas del Congreso de Roma (27 de mayo), Bari, 1997.

35 Sobre la oportunidad de defender la centralidad de la categoría de subordinación se permite remitir a M. MARTONE, *La subordinazione. Una categoria per il nuovo secolo*, en *Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, en curso de publicación. En este mismo sentido ya se había expresado M. DELL'OLIO, *La subordinazione nell'esperienza italiana*, en *Arg. Dir. Lav.*, 1998, III, pág. 697 y sig., quien, analizando la crisis de la categoría de la subordinación diseñada por el art. 2094 del Cód. Civ., hipotizaba su superación “junto, y no renunciando, al concepto que hasta ahora, en Italia y de Italia, ha representado la clave”: análogamente ver también R. DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, en *Arg. Dir. Lav.*, 2005, II, pág. 467 y sig..

36 Sobre la calificación del concepto de organización como función propia del contrato de trabajo es preciso remitir a M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, pág. 266.