

PODER DIRECTIVO DIGITAL Y TRABAJO DESLOCALIZADO: DIALÉCTICAS MATERIALES Y DESCOMPENSACIONES REGULATORIAS

*DIGITAL MANAGERIAL POWER AND DELOCALIZED WORK:
MATERIAL DIALECTICS AND REGULATORY DECOMPENSATIONS*

FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba (España)*

Fecha de recepción: 9/2/2023

Fecha de aceptación: 15/04/2023

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL TRABAJO DESLOCALIZADO Y SU ESCENARIO MATERIAL. 2.1. Capitalismo cognitivo y aceleracionismo. 2.2. El capitalismo intensivo y el TAD como transductor de las facultades de vigilancia y control. 3. EL PODER DIGITAL DIRECTIVO Y SU RAMIFICACIÓN FRACTAL TECNOLÓGICA. 3.1. La ductilidad del poder digital directivo a la luz de las medidas de vigilancia y control en la ley 10/2021, de 10 de julio. 3.2. La ampliación policéntrica de las facultades directivas en el trabajo deslocalizado. 3.3. Las transducciones entre los dispositivos tecnológicos, los poderes de control digital y las fórmulas de trabajo deslocalizado. 3.4. La dialéctica: inflación de las facultades de control directivo versus deflación de los códigos protectores de los derechos digitales. 4. EL CONTROL DIGITAL DIRECTIVO Y SUS LÍMITES EN EL TRABAJO DESLOCALIZADO. 4.1. Los controles del trabajo deslocalizado y la intimidad y la personalidad profesional como epicentros de protección. 4.2. La conflictividad tendencial del trabajo deslocalizado y su problematización litigiosa. 4.3. Las intrusiones en la privacidad de los trabajadores a distancia: el “check list” de las facultades de vigilancia y la protección dignitativa. 5. ANEXOS. I. Resoluciones judiciales (compendio según las

instancias y resumen temático). II. Dispositivos técnicos de control del teletrabajo. III. Bibliografía.

RESUMEN: El estudio analiza los marcos de intervención de las facultades de vigilancia y control empresarial del trabajo a distancia desde el prisma analítico del poder digital directivo. Primero contextualiza dichas facetas dentro de los cambios operados en la sociedad red por el capitalismo cognitivo y el aceleracionismo tecnológico. Luego se abordan las tendencias ampliatorias del poder de dirección digital, para finalmente recabar las vulneraciones potenciales de este en los derechos fundamentales. Finalmente, se acompañan unos anexos que recopilan los pronunciamientos del orden jurisdiccional social en este eje temático, así como un apéndice ilustrativo de los utensilios de control tecnológico del trabajo en remoto.

ABSTRACT: The study analyzes the intervention frameworks of the powers of surveillance and corporate control of telecommuting from the analytical prism of managerial digital power. It first contextualizes these facets within the changes brought about in the network society by cognitive capitalism and technological accelerationism. It then addresses the broadening trends of digital managerial power, and finally examines its potential violations of fundamental rights. Finally, is accompanied by annexes that compile the pronouncements of the social jurisdictional order in this thematic area, as well as an illustrative appendix of the tools of technological control of remote work.

PALABRAS CLAVE: Teletrabajo, digitalización, poder digital directivo, capitalismo cognitivo, aceleracionismo.

KEY WORDS: Teleworking, digitization, digital management power, cognitive capitalism, accelerationism.

1. INTRODUCCIÓN

“Lo definitorio de la democracia es más el procedimiento que el resultado. Una gobernanza que parece legitimarse porque no impone sino que complace corre el riesgo de que estemos tan satisfechos que dejemos de preocuparnos por las condiciones en que se ha producido esa satisfacción. Los robots actúan muy bien cuando el mundo ha sido dispuesto del modo en que debía ser dispuesto. Si la ciudadanía no puede controlar las decisiones del poder, no podemos llamar a eso autogobierno del pueblo”

(D. Innerarity, “La democracia de los algoritmos”, Diario *El País*, 7/8/2021)

“El hombre manualmente inactivo del futuro se entregará a la libertad de la yema de los dedos”

(Byung-Chul Han, “No cosas. Quiebras del mundo de hoy”).

“Los algoritmos hacen presos de su libertad”

1. El trabajo deslocalizado integra fenomenologías transversales donde convergen dispositivos de distinto orden y orientación, imbricadas además en las transformaciones científico-técnicas, complejizando con ello el abordaje de dichas fórmulas de laboralidad. Su régimen jurídico suele recabar códigos y categorías abiertas que confieren amplias plasticidades exegeticas y aplicativas. Trabajar a distancia trastoca los cánones normalizados de realización prestacional (presencialidad funcionalista, vigilancia directa) recabando los nodulos mediales tecnológicos como cauces de interconectividad informacional, co-gestional y comunicativa. Estos vectores expanden las funcionalidades del teletrabajo, pero también las posibles desnaturalizaciones operables en él, incluyendo las categorías componedoras de su estatuto jurídico. Muchos de ellos encuentran causa en la multidimensionalidad del trabajo en remoto y sus imbricaciones directas con el cambio tecnológico. Respecto de lo primero, su regulación apenas tiene dos años de vigencia, y, en cuanto a lo segundo, participa estructuralmente de las transformaciones de la revolución digital. Ambos parámetros introducen elementos contingenciales, pero a mi modesto entender su práctica ya desvela aspectos dignos de consideración crítica. El tratamiento del trabajo a distancia, desde el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, hasta su convalidación ex 10/2021, de 9 de julio, coligen esa secuencia, cuyos extremos desbrozaremos en estas páginas.

Nuestro análisis parte de una premisa metodológica, con dos planos dialécticos y vasos comunicantes mutuos. Según avancé, la experiencia empírica del teletrabajo muestra ya insuficiencias y errores de concepción nocional, institucional, valorativa y aplicativa. Y diré más. Transduce flujos en proporcionalidad inversa, de manera que si, por una parte, dilatan el marco realizador del poder directivo, de otra inferen minoraciones en el estatuto protector con su gestión aplicativa y el régimen de controles arbitrados al efecto, tanto en el sector privado como, sobre todo, en el sector público. El trabajo deslocalizado se contextualiza, ciertamente, dentro de una transformación tecno-informacional a gran escala y sistémica. Los elementos de productividad y competitividad dependen de la capacidad que tengan las estructuras y actores socioeconómicos para generar el tándem información/conocimiento y para procesarlo digitalmente. El teletrabajo transduce dichos elementos, y también contribuye a su procesamiento gracias a su gestión deslocalizada. El cambio transformacional deviene, a la vez, global y glocal. Es global en tanto la circulación de los factores productivos (capital, trabajo, mercancías), la producción, el consumo y la comunicación misma, operan en unidades de acción y a escala mundial. Los ecosistemas industriales se desenvuelven entre megaempresas, corporaciones y prácticas consociativas variopintas, empero conviven con unidades económicas de menor escala, esto es, a nivel glocal y regional, y entre empresas más pequeñas y emprendedores individuales. El teletrabajo vuelve a ser otro elemento transductor de ambas lógicas pues permite laborar indiferenciadamente en dichas escalas con células profesionales deslocalizadas. Esto “re-dinamiza” el desenvolvimiento de dichas fórmulas profesionales con efectos sinérgicos gracias a los “flujos de laboralidad” irradiados en derredor del mismo.

Un tercer motor explicativo orbita la vertiginosa rapidez, o “dimensión líquida”, de dichas transformaciones¹. La sociedad-red fluidifica sus nódulos reticularmente, tanto como las “relaciones vinculativas”, reglas jurídicas inclusive. En la sociedad digital-líquida, las condiciones de actuación de los actores socioeconómicos se transforman antes de que puedan consolidarse con unos niveles elementales de institucionalización, arraigo y consiguiente seguimiento. Esto provoca fuertes hiatos entre la volatilidad de las conductas (normadas o no) y las estructuras sociales. Indefectiblemente tales procesos terminan extrapolándose al conjunto del sistema jurídico, y lo que es más grave, afectan profundamente a las funciones regulatorias y aplicativas del Derecho. El trabajo en remoto subsume estos elementos transformacionales y cataliza sus flujos. Los teletrabajadores laboran autónomamente, pero trazan multiformes dependencias tecnológicas, económicas y profesionales. Sus nódulos alteran sustancialmente el desenvolvimiento de la prestación laboral y sus realizaciones aplicativas, entre cuyos espacios operan las facultades supervisoras del poder de dirección digital dentro de un vasto jaez de controles materiales y telemáticos. La pluridimensionalidad del teletra-

1 Vid. BAUMAN Z, “Retropía”, Paidós, Barcelona, 2017; “La modernidad líquida”, FCE, Buenos Aires, 2000; así como “La vida líquida”, Paidós, Barcelona, 2000.

bajo transita dichas claves transformacionales, transnacionales y tecnificadas. Y por si fuera poco, integra categorías sobremanera permeables (digamos también líquidas) a caballo entre la informalidad, la subordinación, la para-subordinación y el trabajo autónomo.

Los factores descritos explican las dificultades para iuspositivizar dicha figura socio-jurídica. Como avancé antes, las licuefacciones del cambio sistémico propician hiatos al alza entre lo normado y las realidades materiales positivizadas, no en vano, la teórica más autorizada lleva advirtiendo los riesgos de un derecho comunicacional y líquido donde prima la liviandad y la revocabilidad². Por si fuera poco, la fluidez del teletrabajo acentúa la liquidez de sus códigos regulatorios, mientras que su abordaje en el derecho comparado colige incluso ciertos “signos de abdicación”³. Es como si los legisladores asumieran la imposibilidad de procesar elementos que devienen líquidos “per se” debido a la idiosincrasia del trabajo en remoto, lo que, unido a la “fluidez huidiza” del mismo, termina convirtiéndolo en un título jurídico que opera al margen de su normatividad. Las regulaciones terminarían configurando un marco legal abierto, en contención prescriptiva; a la espera que dichas “reglas orientadoras” al menos encaucen los elementos socio-jurídicos de relativo peso. El problema es que ese mismo régimen de “abdicaciones del sí” revierten siempre en el “para sí” de dicha fórmula de laboralidad. Y lo que es más grave. Crean fisuras en su fenomenología material y regulatoria que luego es difícil (y renuente) desandar.

2. En la primera parte del análisis contextualizaremos la fenomenología del trabajo a distancia proyectivamente. La doctrina ha dedicado una vastísima literatura a los cambios operados en la sociedad red. Estos cambios llevan tiempo sacudiendo las estructuras de la sociedad industrial, entre ellas, la sustancia garantista de las leyes laborales y la justa protección de los derechos digitales y de la personalidad. Al ser el teletrabajo un fulcro transductor de dichos elementos, se explica dicha atención disciplinar⁴. La infinidad de variables, para-

.....

2 Vid. CALVO GARCÍA, “Teoría del Derecho”, Ed. Tecnos, 2004, y en particular sus consideraciones sobre la pérdida de la plenitud nomotética y los retos de la multi-regulación, pp. 63 y 190; o LÓPEZ HERNÁNDEZ, “Lenguaje, normas y sistema jurídico”, Ed. Tecnos, 2012, pp.132 y 133; en nuestra doctrina, cfr. los análisis de MERCADER UGUINA J, “La disolución del concepto de fuente del Derecho: deformaciones y deformidades de la función legislativa en materia laboral, en la obra “Transformaciones del Estado Social y Derecho del Trabajo” (Coord. Ramos Quintana R y Rojas Vivero G)”, libro homenaje al profesor Manuel Álvarez de la Rosa con motivo de su jubilación, Ed. Comares, Granada, 2014, pp. 203 y ss, así como “El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 51 a 53.

3 Hemos tenido ocasión de inferir tales extremos en ALEMÁN PÁEZ F y CARMONA BAYONA E, “Trabajo en remoto, intersecciones tipológicas y zonas de informalidad. Una visión comparada y de política del derecho”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, N° 3, Vol, 3, julio-septiembre, 2022.

4 En verdad la vastedad de publicaciones infiere las problemáticas al alza de la revolución digital y del teletrabajo como apéndice de ella. Difícilmente hubiera avizorado el maestro DE LA VILLA la ucronía revalorizadora de su tesis. Permiéndome una autocrítica académica, es llamativo que “El trabajo a domicilio” (Aranzadi-Fundación Juan March, Pamplona, 1966) esté ausente en muchas publicaciones de símil temática, cuando su contenido perfila impecablemente los fustes dogmáticos de dicha forma de laboralidad. La “cuantitofrenia acreditadora” lamina pues la teórica de altura. El razonamiento podría extenderse a estudios referenciales secantes a estos temas (v.gr. MONTROYA MELGAR A, “El poder de dirección del empresario”, IEP, Madrid, 1965; ó ROMÁN DE LA TORRE MD, “Poder de dirección y contrato de trabajo”, Eds. Graphus, Valladolid, 1992) siendo además una tendencia frecuente

digmas, guarismos y nociones utilizadas, unido al hecho de estar inmersos en este tablero transformacional, también explica las dificultades de abordaje teórico y empírico. Y diré más. Es verosímil que, participando de los cambios en curso, normalicemos los objetos analíticos epistémicamente, restando incluso capacidad crítica. El rol del profesor universitario transita inexcusablemente por el teletrabajo, y es verosímil hipostasiar que dicha indexicalidad sesgue, de algún modo, el alcance de las teorizaciones y el sentido dable a ellas.

Transitamos, en efecto, la tercera gran transformación evolutiva del ser humano y de la historia social misma: la revolución neolítica, la industrial, y la científico-técnica en curso. Estos tres estadios rupturistas han acontecido con sus correspondientes elementos de transmutación, cuyas fuerzas desencadenaron las sinergias precisas que provocaran esos cambios tectónicos producidos en la estructura social⁵. Ahora bien, la inferencia imperante es la vertiginosa aceleración de las transformaciones en curso. La evolución antedicha muestra un arco de doce mil años, de suerte que, si la revolución industrial dista poco más de dos siglos, la tecnológica se condensa en cuatro décadas. Lo diré de otro modo para subrayar la perspectiva. Nunca ha habido tal compresión transformacional en nuestra historia evolutiva, ni transustanciaciones tan profundas en los códigos de espacio y tiempo; anclajes ambos que, por cierto, constituyen las bases fundantes y realizadoras del trabajo deslocalizado. Los treinta años cursados de este siglo catalizan la síntesis ciencia-tecnología, conduciéndonos a un nuevo paradigma de sociedad. Coinciden con la “cuarta revolución industrial” (en guarismos: “revolución 4.0”) anudando las tecnologías digitales y las físicas, en la idea de transitar a una automatización total de la producción (“internet de las cosas”, “cloud computing”, etc)⁶. Por si fuera poco, los guarismos también nos conducen a la “quinta revolución industrial”. Esta última combina ahora la IA, la nanotecnología y la biotecnología, y también recaba otra idea proyectiva: transitar a una fusión humano-máquina con mayores capacidades, autónomas e instrumentales (“transhumanismo”). Por ilustrar uno de sus apéndices, colaciono el lenguaje *ChatGPT* fundado en el aprendizaje automático de redes neuronales profundas. Estos dispositivos entrañan una implosión de mucho mayor alcance proyectivo, y ya exhiben hoy capacidades impensables hace una década. No en vano, prometen

.....

entre jóvenes (y no jóvenes) laboralistas. Muy a nuestro pesar, la digitalización y el pragmatismo académico hacen arcano todo lo valioso que le precede a ambos.

5 La revolución neolítica, germinada hace doce mil años, sedentarizó el género homo a la tierra, abrió las primeras formas de división del trabajo y de cooperación, y recabó el comercio y los excedentes de producción como mecanismos de intercambio y de generación de valor. La primera revolución industrial, entre 1760 y 1830, produjo, entre otros aspectos, el tránsito desde la producción manual a la mecanizada. La segunda revolución industrial, en torno a 1850, y orbitada en derredor de la electricidad, catapultó la producción en masa haciendo el consumo accesible al conjunto de la población. Por su parte, la tercera revolución industrial, de mediados del siglo XX, recabaría los motores de la electrónica y las tecnologías de la comunicación y la información.

6 El guarismo es atribuido teóricamente a KLAUS SCHWAB, “La cuarta revolución industrial”, Ed. Debate, Barcelona, 2016 (resume dichas premisas en las págs. 23 a 42). El Informe del Foro de Davos del World Economic Forum refrendó en 2016 dichos vectores operativos, a saber: la convergencia de las nanotecnologías, las neurotecnologías, los robots, la inteligencia artificial, la biotecnología, los sistemas de almacenamiento de energía, los drones e impresoras 3D.

ampliar las capacidades y los niveles de productividad a través de los sistemas de captación algorítmica. Estos sistemas se convertirán pronto en asistentes invisibles de la acción social, profesional y económica, y avizoran cambios de mucha mayor transfiguración (los prefijos: “trans-”/ “tele-”, parecen ser signos identificativos del siglo XXI), como digo, en símil compresión de los códigos de espacio y tiempo. Aparte de fluidificar la digitalización y el flujo de las comunicaciones, plantean hiatos más profundos entre el empleo amortizado y los puestos emergentes, con afectaciones al alza en los trabajadores de cuello blanco, expansiones del “cibertariado”, y redimensionamientos en el objeto fenoménico del trabajo a distancia.

Las metamorfosis descritas afectan omniscientemente a las formas de trabajo, las intercomunicaciones y las interacciones sociales, sin embargo, la transfiguración sistémica viene asimismo envuelta en graves peligros⁷. Los “nuevos poderes”, muchos más potentes por invisibles y líquidos, se vinculan a la ingeniería genética y las neurotecnologías, tanto como a las fórmulas deletéreas de la “biotecnología” y del poder digital. Huelga colacionar los golpes sufridos por los sistemas democráticos, la inseguridad geopolítica, la evanescencia ética, los desmantelamientos de derechos sociales, las discriminaciones algorítmicas, ni las afrentas que viene sufriendo el canon de socialidad constitucional. La globalización no ha beneficiado al “sistema humano” sino a las “clases extractivas”, a saber, “grupos individuales y corporativos que rentabilizan los frutos de toda la humanidad a través del poder, la política y las administraciones corruptas”⁸. El trabajo deslocalizado tiene conexiones secantes con el “darwinismo tecnológico”, en tanto en cuanto transduzca facultades deletéreas del poder de dirección y extralimitaciones no veladas de las funciones de vigilancia. Las herramientas de control del trabajo en remoto tienen sobradas capacidades interventoras de obtención de datos, y no es menos poderoso el potencial argumental que también están en disposición de facilitar cuando deban justificarse las vulneraciones intrusivas en derechos laborales y fundamentales. La gobernanza algorítmica se orienta en pro de objetivos, no discutidos utilitariamente en los cálculos algebraicos combinatorios; mientras que, por otro lado, las intensificaciones en pro de la productividad siempre están en disposición de avalar cualesquiera interpretaciones y prácticas aplicativas. Eso sí, los valores democráticos, la democracia industrial misma, no quedan en los procesamientos informativos sino en la manera de encauzarlos con códigos de transparencia, equidad, pluralismo y justeza y, sobre todo, suficientes garantías político-jurídicas⁹. Dentro del “cómo realizador” late

.....

7 Aseverados por el propio SCHWAB K, *ult loc*, cit, p. 15.

8 CARBONELL E (2022) “El porvenir de la humanidad. Decálogo para supervivencia de nuestra especie”, RBA, Madrid, 2022, p. 63. No es nada baladí que los antropólogos destaquen el hecho de transitar un período harto delicado y crítico de la evolución humana. Como apunta el autor, “nuestra especie se halla en una encrucijada: debemos completar el proceso de humanización o lanzarnos de cabeza a la extinción. Que avancemos hacia una u otra vía dependerá de las decisiones que tomemos y de las acciones que llevemos a cabo en el presente y el futuro inmediato... De no ser así, la selección natural actuará sin miramientos y las consecuencias pueden ser catastróficas para una humanidad en crecimiento constante y acelerado” (p. 7).

9 Vid. INNERARITY D “La democracia de los algoritmos”, *Diario El País* (7/8/2021).

siempre el “por qué decisorio”, y el “para qué” de dichas materializaciones. Disociar este esquema de los resultados, instila reificación ideológica e instrumentalidad líquida.

A lo anterior se suma la “insociable sociabilidad del teletrabajo inmersivo”. En 2021, el Parlamento Europeo ya avizó las problemáticas transversales y proyectivas del teletrabajo y los potenciales concomitantes de vulneración de derechos¹⁰. A su entender, los avances tecnológicos añaden “capas de complejidad al seguimiento y la vigilancia en el lugar de trabajo”, y en especial “el uso tecnologías digitales intrusivas” contrarias al art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y del Consejo. Esto obliga a reforzar el régimen de garantías de las personas trabajadoras para que estas “reciban información adecuada sobre el alcance y la naturaleza del seguimiento y la vigilancia”, y conmina a los empleadores la similar obligación de “justificar las medidas y minimizar su impacto mediante el uso de métodos menos intrusivos”. Añade además la Resolución que “la conectividad constante combinada con las elevadas demandas laborales y la creciente expectativa de que los trabajadores estén disponibles en cualquier momento pueden afectar negativamente a los derechos fundamentales de los trabajadores, su equilibrio entre la vida laboral y personal y su salud y bienestar físico y mental”. En análogo orden de ideas, otro pronunciamiento más reciente del Parlamento Europeo subraya con mucha mayor contundencia crítica los numerosos peligros del trabajo a distancia. La Resolución de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital (2021/2098, INI), reitera los gravosos riesgos del trabajo deslocalizado y los tremendos impactos psicológicos producidos en ese aspecto por la pandemia. El texto refrenda que la gestión algorítmica y las medidas de control y vigilancia arbitrados alrededor suyo “puede entrañar importantes riesgos para la salud y la seguridad de los trabajadores”, sobre todo en lo relativo a la salud psicológica, el derecho a la intimidad “y su dignidad como personas”. Estas situaciones hacen necesarias, entre otras cosas, “una definición nueva y más amplia de salud y seguridad en el trabajo, en la que ya no puede prescindirse de la salud mental”.

Las siguientes páginas siguen esas pautas de advertencia crítico-reflexiva. El trabajo deslocalizado es en efecto una fenomenología al alza de la revolución tecnológica, pero adolece de un régimen acorde a los riesgos y valores en juego. El desarrollismo económico no es sinónimo de desarrollo humano dignitativo ni de de progreso real. Es frecuente la yuxtaposición nocional (e intrumental) de los conceptos de competencia y competitividad. Y siguiendo ese mismo juego de palabras, tampoco los códigos individualistas y de pseudo-autonomía del teletrabajo son sinónimos de desarrollo individual ni de salvaguarda de los derechos de las personas trabajadoras y teletrabajadoras. Máxime frente a los códigos de socialización virtual, los peligros de anomia alienadora y la detracción de la

.....

10 Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones a la Comisión sobre el derecho a desconectarse (2019/2181).

democracia misma. La fenomenología de la digitalización y del derecho digital del trabajo nos llevan a una encrucijada analítica de obligada respuesta: hasta qué punto sus reglas compatibilizan con los valores de un sistema democrático cuyos fustes dependen de la socialización real, las relaciones humanas y los principios dignitativos de la persona. El “gran paso adelante tecnificante” también está en disposición de producir tres pasos hacia atrás de humanidad y eco-sociabilidad. Peligros que no pueden permitirse ni el “homo videns”, los trabajadores distópicos, ni los poderes digitales directivos. La beligerancia crítica está implícita, tal como discurrió nuestra ponencia en las jornadas que dieron origen a este estudio. Impensable es un Derecho del trabajo neutro, aséptico y libre de valores. De serlo, estamos seguros que Max Weber, fuste dogmático de la ciencias sociales, admitiría la falsabilidad de su teórica, incluso de buen agrado¹¹.

2. EL TRABAJO DESLOCALIZADO Y SU ESCENARIO MATERIAL

2.1. Capitalismo cognitivo y aceleracionismo

La concepción institucional y proyectiva del trabajo a distancia sugiere relacionar su evolución con los marcos influyentes en su génesis material a fin de inferir las variables explicativas de su abordaje regulatorio. El objeto del trabajo deslocalizado anuda un amplio abanico de intereses materiales y valores jurídicos, convergentes y divergentes a la par; no en vano, transduce formas de laboralidad disruptivas y complejas, y cataliza sinergias cuyo alcance no logran avizorarse en sus proyecciones últimas. El carácter distópico del trabajo a distancia altera estructuralmente el “lugar prestacional” de los servicios profesional, difiriendo a las unidades empresariales la elección selectiva de dichos espacios y la ubicación última del trabajador, sea en su domicilio, en otro lugar, o con fórmulas mixtas. Para mayor abundamiento, el teletrabajo puede prestarse al margen de las lindes fronterizas de los Estados (nomadismo digital). La clave a despejar son los códigos que avizoran tales tendencias en el trabajo a distancia con vistas a su correcta implementación y, sobre todo, por las dimensiones socializadoras y/o de aislamiento inmersivo que propician. Las formas de laboralidad,

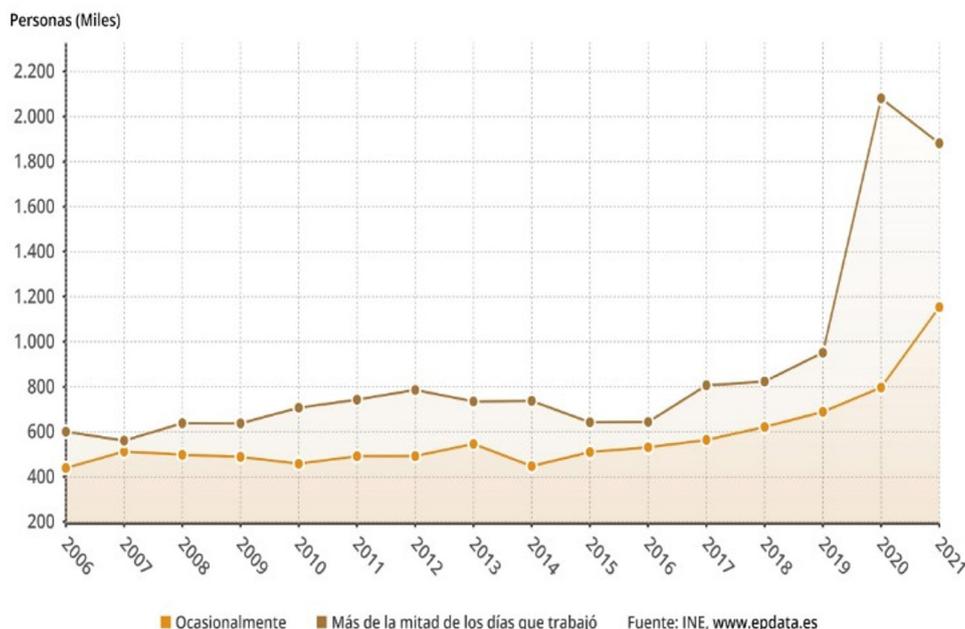
.....

11 Refreshando su mensaje, “nada tiene valor para el hombre en cuanto hombre si no puede hacerlo con pasión/ Lo único que se le puede exigir (al científico) es que tenga la probidad intelectual necesaria para comprender que existen dos tipos de problemas perfectamente heterogéneos: de una parte la constatación de los hechos, la determinación de contenidos lógicos o matemáticos o de la estructuración interna de fenómenos culturales; de la otra, la respuesta a la pregunta por el valor de la cultura y de sus contenidos concretos y, dentro de ella, cuál debe ser el comportamiento humano en la comunidad cultural y en las asociaciones políticas/ (Ahora bien, hay) que vencer cada día y cada hora un enemigo muy trivial y demasiado humano, la muy común vanidad, enemiga mortal de toda entrega a una causa y de toda medida, en este caso de la medida frente a sí mismo”, “El político y el científico”, Ed. Alianza, 1981, Madrid, pp. 154 y 212 (el añadido entre paréntesis es nuestro).

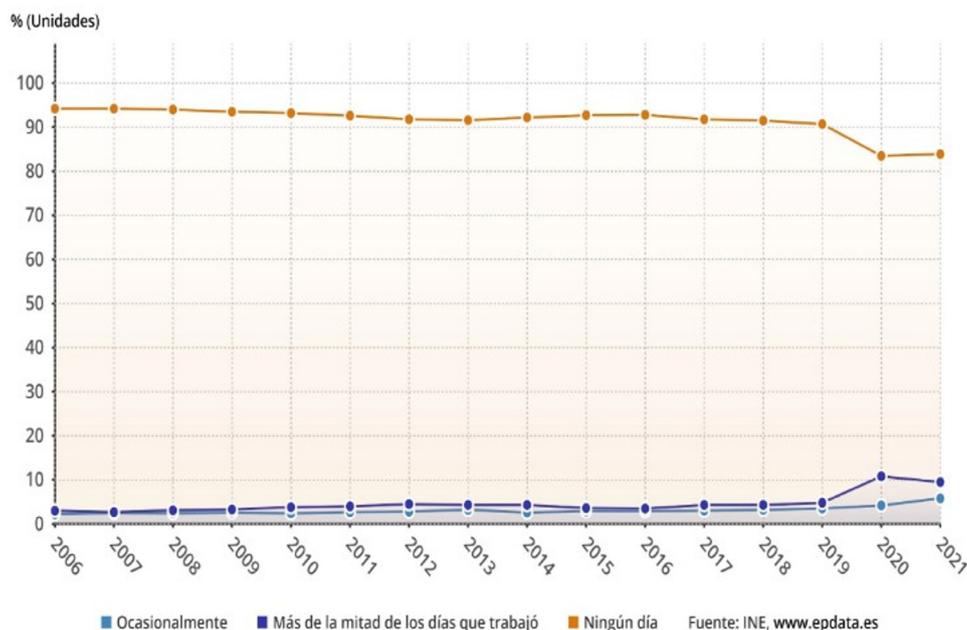
tecnificadas o no, generan códigos gnoseológicos que trascienden al esquema de valores de las sociedades, y, de estas, a su formulación político-jurídica. Para responder estas preguntas combinaré dos planos: uno evolutivo, que infiera el estado de nuestro objeto; y un segundo plano contextual, que avizore los anclajes determinantes de su fenomenología proyectiva.

1. El trabajo deslocalizado lleva tiempo redimensionando sus fórmulas de laboralidad a escala mundial y en nuestro sistema de relaciones laborales. Durante el pasado siglo el teletrabajo transitó una paradójica “fiesta del desierto”, sobre todo en España. Las apuestas en el derecho comparado, cuando tenían lugar, no afinaban las claves precisas donde impulsar un firme desarrollo del mismo. Esto acontecerá con el cambio de milenio y con dos fenómenos de empuje. El primero vino a ser la intensificación tecnoglobalista. La socialización de internet a nivel mundial sondeó las posibilidades de trabajar en remoto, interiorizándose con más fuerza las funcionalidades potenciales del mismo. Las intensificaciones del hiperglobalismo en la primera década del siglo XXI catapultó la hiper-conectividad en red, visibilizándose mayormente el recurso a trabajar a distancia. El segundo empuje acontece al final de la segunda década con la eclosión del SARS 19. La crisis pandémica dio un espaldarazo a todas las fórmulas de trabajo en remoto, cuya emergencia sirve de espoleta activadora a escala mundial y en España. Hasta ese momento, el teletrabajo era una fenomenología puntual y de parco recorrido, pero la reclusión domiciliar hizo de su utilización virtud. A raíz de ahí se catapultó como solución práctica, incluso salvífica (evitación de contagios y de concurrencia), merced a las ventajas funcionales y profilácticas de laborar desde los domicilios particulares. Los gráficos ilustran estas aseveraciones iniciales:

Evolución de los ocupados que teletrabajan en España



Evolución de los ocupados que teletrabajan frente a los que no lo hacen en España



Como hemos podido ver, la evolución del teletrabajo presentaba inicialmente un perfil plano, en términos numéricos y porcentuales, que solo se interrumpe en la fase crítica de la pandemia. De un 4.3% en el 2018 (823.600 teletrabajadores), pasa al 4.8 en el 2019 (951.800), hasta multiplicarse por cuatro en el 2020 (16.2%; 3.015.200 personas)¹². Ahora bien, tras las últimas olas del virus (variante ómicron), el teletrabajo redujo sus indicadores (9.4% en el 2021; 1849.600 personas). Los últimos datos (2022) circunvalan la cifra del 9%, y su trayectoria dibuja un estadio de reorientación, incluso con ligeras oscilaciones a la baja. El RDL 28/2020, de 22 de septiembre, obviamente contribuyó a dicho afianzamiento, sin embargo, las versiones legislativas configuraron un texto abierto con demasiadas remisiones –expresas o tácitas– a la autonomía individual y colectiva en los temas seminales del mismo. Esto daría lugar a un período transicional de evagación regulatoria, junto a un campo de experimentación de resultados contingenciales. El influjo de ambos vectores ya se transduce jurisdiccionalmente con una litigiosidad al alza, y aunque los tribunales encaucen dichas insuficiencias, estas ayudan poco al afianzamiento requerido por los procesos nomotéticos, máxime en apuestas tan relevantes como el teletrabajo.

El tópico, hecho típico: “el teletrabajo ha venido para quedarse”, abre de inmediato la pregunta del “cómo” de su afianzamiento, sobre todo, debido a un movimiento pendular con más sombras que luces correctas aplicativas. Para empezar, dentro del 9% de teletrabajadores, solo un 3% tiene un contrato debidamente formalizado. El perfil del trabajador

.....
12 Fuente: RANDSTAD, con datos del INE.

a distancia muestra cohortes comprendidas entre los 34 y 54 años, y una prevalencia del teletrabajo parcial y de jornada híbrida. Ahora bien, el dato más grave estriba en su polarización fenoménica, con un perfil de teletrabajadores cualificados en la economía formal, y, de otro, bolsas al alza de trabajadores deslocalizados en condiciones de precariedad e informalidad en red. Esta segmentación encuentra además un refrendo explicativo en las previsiones del art. 1 LTAD. Su párrafo 2º introdujo un umbral cualificante al requisito de la “regularidad”, de manera que la cobertura legal solo es aplicable a los teletrabajadores que, en un periodo de referencia de tres meses, laboren “un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato”. Como podemos ver, un “estornudo porcentual” provoca bocanadas de debilidad al completo estatuto del trabajo deslocalizado, pues la propia norma insta una segmentación estructural entre teletrabajadores protegidos ex LTAD y excluidos de ella, sin ser beneficiarios de su estatuto regulatorio.

2. La segunda variable explicativa nos lleva al marco contextual del trabajo deslocalizado, cuyos términos anudan dos paradigmas: *el capitalismo cognitivo* y la *inercia aceleracionista*¹³. La literatura científica ha analizado sesudamente los vectores-macro que vienen impulsando la revolución tecnológica y las abruptas transmutaciones operadas en los tres fustes de la economía de mercado: trabajo, tecnología y capital. Cuando se afirma la fortaleza de dicho sistema ideológico y económico, suele destacarse su capacidad para identificar sus propias disfuncionalidades operativas y reformularse en deconstrucción utilitarista, ahora bien, el propio motor de la revolución tecnológica puede sesgar los análisis proyectivamente, máxime cuando nuestro propio espacio hipoteca inercialmente el perspectivismo analítico¹⁴. El trabajo deslocalizado es causa y agente, a la vez, del cambio sistémico operado hace cuatro décadas, y a mi modesto modo de ver es una viga maestra sostenedora, propiciadora y catalizadora suya. El paradigma científico-técnico espoleado por la mundialización económica transfigura el trípode: tecnología/ trabajo/ capital, sobre



13 He desarrollado el primer paradigma en ALEMÁN PÁEZ F. “Curso de Derecho del Trabajo (Vol. I). Concepto, fuentes y delimitación objetual”, ed. Tecnos, Madrid, 2022, punto VII, pp. 241 y ss; respecto del segundo, vid ROSA H, “Alienación y aceleración. Hacia una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía”, Katz, Buenos Aires, 2016, en espec, pp. 15 a 54.

14 Si la revolución industrial transmutó el trabajo manual y fabril, provocando daños colosales en la fuerza laboral (proletariado, precariado, explotación, etc), es paradójico que las valoraciones en derredor de la revolución tecno-informacional, incidentes esta vez en el trabajo mental en “clave digitalizante”, vayan tan a la zaga de sus problematizaciones infra-estructurales. Por no hablar en el vacío, destaco las nuevas formas de esclavitud tecnológica (cognitariado, en un interfaz abyecto de precarización y explotación líquida) y, sobre todo, sus gravosísimos efectos en la salud mental de la población en general, y, particularmente, de las personas trabajadoras y teletrabajadoras. Parte de esa “amputación perspectivista” estriba en la ocultación problematizadora de las enfermedades mentales “versus” prevalencia del paradigma medical respecto a ellas. Con bastante verosimilitud, España es un país profundamente enfermo; y con mal pronóstico. No en vano, encabeza los indicadores consuntivos de antidepresivos y ansiolíticos en la UE. La gravedad estriba en no reconocer las magnitudes, pretéritas, actuales y venideras, de dicha problematización; inserta por cierto en el trabajo deslocalizado.

todo los espacios intersticiales de cada anclaje en sus interacciones mutuas. El eje central (trabajo) decrece frente a la expansión de los extremos. De hecho, los fundamentos del capitalismo cognitivo anudan un primer plexo sistémico: la financiarización. Y un segundo plexo instrumental-utilitarista: el conocimiento -informativo- como fuentes de productividad y rentabilidad.

El siglo XXI sufre, en efecto, una sucesión de cambios sin parangón en la historia social del trabajo y la historiografía misma, y uno de sus motores interactúa en clave distópica, trabajo deslocalizado inclusive. El conocimiento informativo es el fuste operativo de la economía cognitiva. Aparte de aglutinar el desarrollo de las fuerzas productivas, permite acceder a ella a la población mundial. El dato a destacar es que dichas transformaciones modifican los fustes otrora sostenedores de los circuitos de valor, a saber, el trípode: D-M-D¹⁵. La revolución científico-técnica trastocó la entidad de dichos elementos y las dinámicas internas entre ellos. Su “etapa arousal” se gesta en el último tercio del siglo XX, y se impulsa definitivamente en el XXI merced a la expansión del tecnoglobalismo, la informatización, la digitalización y, en fin, el afianzamiento del *capitalismo cognitivo*.

El capitalismo cognitivo es el paradigma emergente de la tecnificación, la financiarización y la revolución digital, y cataliza una etapa más actualizadora de los procesos de acumulación de la economía de mercado y transducción capitalista. Como concepto, transduce un estadio donde la valorización del capital pivota sobre la producción del conocimiento, el control de la información (“datismo”, “big data”) y la explotación procesual de ambos factores (IA, algoritmos). El gran hiato transformacional estriba, pues, en la adición -“versus” mutación- de otros factores en los circuitos de generación de valor. El capitalismo industrial de base fordista, que daba respuesta a una sociedad de consumo-masa, cede el testigo al capitalismo cognitivo, esta vez en una sociedad de consumo personalizado y abreactivo (rapidez consuntiva, facilitada digitalmente). El nuevo ropaje capitalista altera los elementos del circuito de valor, resumidos en la fórmula: $D-M(C-F)-D$ ¹⁶. El acceso global de internet facilitó la penetración masiva de terminales (TICs) y herramientas digitales (programas, aplicaciones, plataformas, etc) haciéndolas accesibles a todas las capas sociales. La cercanía tecnológica transmuta las formas de socialización digitalizando las relaciones socioeconómicas, los contactos tecnificados y los cauces de acceso comunicativo. Todo ello entroniza un arquetipo de laboralidad inmersiva, informativa e inter-conectiva, que, por ser de tal guisa, expande las tipologías de trabajo digital y trabajo a distancia¹⁷.

.....

15 Donde: D: dinero/ M: mercancía). La historia económica evoluciona desde lógicas cambiarias de estructura elemental y actos de intercambio simple (M-M: mercancía por mercancía) a lógicas complejas de intercambio combinado: primero con el trípode M-D-M (D) (mercantilismo) y, desde ahí, al trinomio D-M-D' (capitalismo). La génesis de dichos modelos da las claves explicativas de la historia social del trabajo misma.

16 Donde: C: conocimiento / F: financiarización. Para un desarrollo explicativo de esta tesis, vid. ALEMÁN PÁEZ F. “Curso...” supra cit, pp. 130, 144, 241 y, sobre todo, 251 a 254.

17 Las reificaciones conceptuales, articuladas al hilo de la tecnología, operan lejos cual palenques de encubri-

La financiarización, o globalización financiera, es el palenque del capitalismo cognitivo. Recaba una lógica de acumulación de capital donde los beneficios se extraen básicamente de los canales financieros, en vez del comercio y el mercado de bienes y servicios. Su fenomenología integra una vasta red de actividades relacionadas con la disposición o transferencia de capital líquido, a la espera de obtener los correspondientes réditos, intereses, dividendos o ganancias, irradiándose en todos los ámbitos sociales y políticos. La digitalización, por su parte, rentabiliza la información y el conocimiento. Hablamos de un “sistema auto-sustentado” en tanto cualquier persona puede acceder a dichos factores sin tener la condición jurídico-económica de empresa; es decir, cualquier actor puede contribuir a generar nuevas ganancias de valor con su intervención y re-producción. Por si fuera poco, el capitalismo cognitivo rentabiliza parasíticamente los “excedentes conductuales”¹⁸ pues explota la información que dejan en la red las personas y los consumidores. Concibe la experiencia humana como una materia prima gratuita que transduce datos en comportamiento, y viceversa, a fuer de rentabilizarlos mediante prácticas comerciales ocultas basadas en su predicción, extracción y venta. La variable es la subordinación de la producción de bienes y servicios a una arquitectura global de modificación conductual y expropiación de derechos iusfundamentales. Un sistema donde el ordenamiento jurídico apenas llega (“versus” llega tarde) o atisba (incluso deformadamente).

El aceleracionismo expande la rueda del capital cognitivo en extensión e intensidad. Recaba fuerzas impulsoras que vuelven a empujar el ciclo de la aceleración sin descanso. En realidad, transduce un circuito que se deconstruye cual sistema autopulsado¹⁹. El pistón del motor es la “insatisfacción consuntiva”, que, en maridaje con la rueda digital, diluye los vectores de espacio y tiempo, comprimiéndolos de consuno. El círculo inflige más velocidad al conjunto de vectores operativos, y estos, en su completitud, vuelven a dinamizar el ciclo sistémico de la aceleración. Entre ellos, la división del trabajo y la diferenciación funcional del mismo, muchas veces con procesos forzados de integración de funciones aditivas y/o polivalencia co-extensa. Las personas trabajadoras piensan el contenido de las tareas digitales y deliberan a la vez estándares no comparables, que, por exceso acumulativo, elongan el tiempo laboral con derrubios concomitantes de la jornada. El trabajo a distancia filtra la fenomenología descrita, y, para mayor abundamiento,



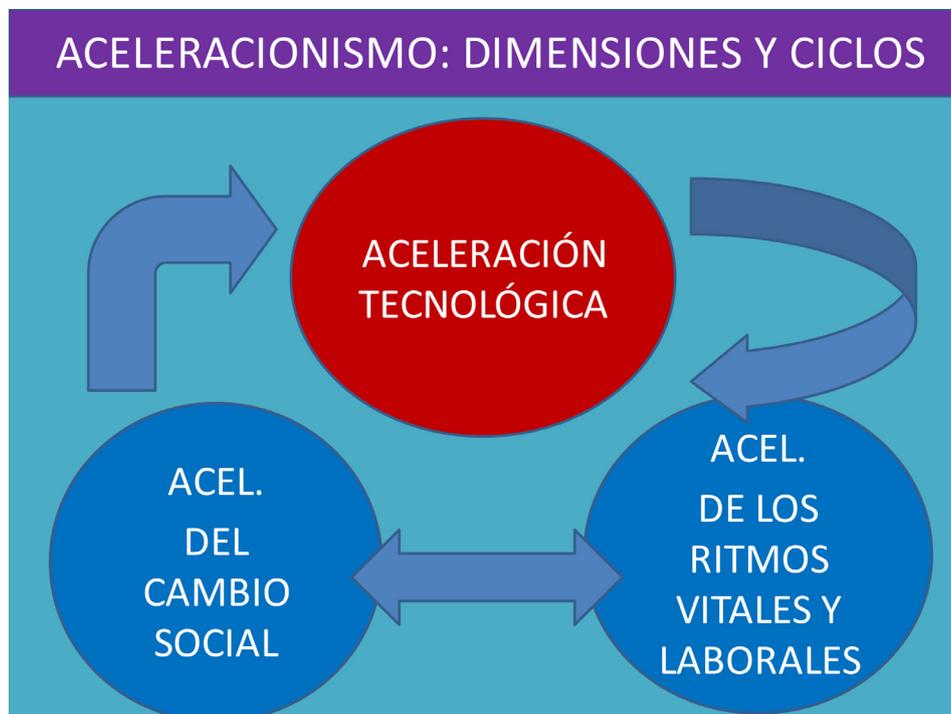
miento. Sirva de ejemplo el término “plataforma”. El DRAE lo define como “una superficie horizontal, descubierta y elevada sobre el suelo donde se colocan personas o cosas”. La desnaturalización nocional operada en dicho concepto logra atribuirle un sentido bifaz: neutro y vanguardista a la vez, con la variable añadida de polarizar heurísticamente al universo de personas y empresas según operen instrumentalmente con tales dispositivos tecnológicos.

18 ZUBOFF S “La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder”, Ed. Paidós, Barcelona, 2020, p. 93.

19 ROSA H, “Alienación y aceleración...”, ult cit, p. 54; conviene enhebrar su teórica con otro estudio del mentado autor: “Resonancia. Una sociología de la relación con el mundo”, Katz Editoriales, Buenos Aires, 2019, más en particular con lo que denomina como “ejes diagonales de la resonancia” (trabajo, tecnología, etc) analizados en el capítulo VIII pp. 293-323.

impone a las personas teletrabajadoras un estatuto de “dependencia locacional” en la célula laboral o lugar indicado empresarialmente a fin de estar localizables, cual objetos receptores, a los requerimientos demandados en red²⁰. Todo ello forja un estatuto de hiper-disponibilidad funcional y locativa, muchas veces a costa de los tiempos de ocio y descanso recuperatorio, y al margen de las condiciones pactadas y del cómputo real material.

La literatura científica ha estudiado profusamente los eventos transformacionales de la revolución tecnológica y sus repercusiones en el Derecho del trabajo, pero a mi modesto entender no se ha deparado en los flujos que irradian dichos vectores. En términos ideográficos, sus parámetros se sintetizan en el siguiente cuadro:



Las tres fuerzas, o sea, la aceleración tecnológica, la aceleración del cambio social y la de los ritmos de vida, componen un sistema en retroalimentación que se impulsa y deconstruye sin descanso. Ahora bien, la piedra filosofal resulta irresoluble: la escasez del tiempo. O lo que es igual: la contracción del tiempo en el presente, esto es, merced a su aceleración expansiva a la par de sus compresiones conglomeradas. Ninguna faceta profesional, perso-

.....

20 En igual sentido crítico, vid. SALCEDO BELTRÁN C “Inteligencia artificial y derechos sociales”, en la obra “Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial” (coords. ABADÍAS SELMA A y GARCÍA GONZÁLEZ G), Ed. Atelier, Barcelona, 2023, p. 73. Su análisis advierte consistentemente las prácticas procrastinadoras que viene adoleciendo la implementación de la Carta Social Europea y las transgresiones potenciales de derechos humanos al hilo de la IA, tanto como la labor del Comité homónimo europeo (punto 3).

nal ni vital escapa a tales inercias. La revolución tecnológica, espoleada por el capitalismo cognitivo y aceleracionista, comprime las dos claves de referenciación humana: tiempo y espacio; y el trabajo deslocalizado participa de ello. Uno de los nudos del problema encuentra causa en un “telos productivista” que propende normalizar ritmos de vida y de trabajo “no normalizables”. Quizás el transhumanismo resuelva tamaño “quid irresoluble”, por ejemplo, mediante la implantación de “chips subcutáneos”, la ingeniería genética y las neuro-tecnologías. Pero mientras acontezca ese *ciber-bio-modelo* de sociedad, es claro que la actual socava fuertemente la salud de las personas, trabajadoras, no trabajadoras y teletrabajadoras.

Si el trabajo físico tiende a automatizarse, el trabajo mental se expande en los intersticios de la digitalización. Uno de ellos, precisamente, transita en remoto y en loor inmersivo. El teletrabajo circunda los tres vórtices de la aceleración y contribuye a ella circunvalando su ciclo. Ahora bien, sus sinergias operan en un mar expansivo de oleaje correoso, y no faltamos a la verdad aseverando que la laboralización en red ha elongado expansivamente los tiempos reales de laboralidad. La bonhomía aplicativa del teletrabajo es más teórica que real, y no se depara adecuadamente las correlaciones entre la intensificación al alza de la carga mental digital y la activación de enfermedades psíquicas; goznes ambos, como digo, insertos en el trabajo a distancia y en el régimen de compresiones de la aceleración²¹. El capitalismo cognitivo, por serlo, sabe la manera de rentabilizar los recursos (factor trabajo inclusive) y dispone de las fórmulas para hacerlo invisiblemente. La gravedad del problema es que, de no atajarse correctamente sus excesos, expande los espacios vulneradores de derechos, es más, licua los cánones de socialidad Constitucional y, por ende, la idiosincrasia protectora del Derecho del trabajo mismo.

2.2. El capitalismo intensivo y el TAD como transductor de las facultades de vigilancia y control

1. El trabajo deslocalizado entraña un fuste operativo de las transformaciones socioeconómicas y culturales en curso, derecho líquido económico inclusive. La irrupción sistémica de infinitos operadores a escala planetaria y la centralidad mercadológica del datismo informacional, llevan tiempo remodelando los sistemas de producción y consumo, tanto como las formas de interactuar comunicativamente y en red. Trabajar en remoto aúna la condición de objeto (reglas) y sujeto (actores) y desde ambos plexos se inserta en ese de-

.....

21 Sobre el catálogo de riesgos al alza, y en particular de los factores estructurales y proyectivos de estrés laboral, vid. GARCÍA GONZÁLEZ G “La gestión algorítmica del trabajo: riesgos y desafíos”, en “Protección de los trabajadores e inteligencia artificial...”, supra cit, en espec, tabla 1 y págs. 24 y ss; vid asimismo TRUJILLO PONS f, “La fatiga informática en el trabajo. Un nuevo riesgo emergente: su tratamiento jurídico-preventivo”, Ed. Bomarzo, Albacete, 2022, en espec, cap. 6, pp. 309 a 366.

venir fenoménico como un apéndice instrumental suyo. Lo hace además entrópicamente, pues, como célula interactiva y de laboralidad que es a la vez, interactúa en un contexto de *desordenamiento* (cambio sistémico) *auto-estructurado* (poder algorítmico, poder digital). La derivada implícita es que contribuye activamente a dichos cambios merced a la “ad-yacencia espacial-temporal” insertas en la deslocalización²². Desde ambas dimensiones, el teletrabajo es un gozne transductor del poder digital directivo y de las facultades de vigilancia y control. Primero a nivel macro y general, dadas metamorfosis del cambio tecnológico. Su amplitud y profundidad deviene, entre otras cosas, por combinar múltiples tecnologías que alteran paradigmas otrora dominantes en múltiples vertientes: economía, negocios, formas de producción y fabricación, tejidos sociales y perfiles de las personas trabajadoras; incluyendo los mecanismos de control social y poder laboral arbitrados al efecto.

El teletrabajo se imbrica instrumentalmente en las TICs. Cataliza la prestación de servicios profesionales en la economía de plataformas. Y en ambos casos, opera a modo de apéndice, o repositorio tecnológico, del ejercicio del poder digital directivo. El ritmo exponencial de la revolución en curso hace que los avances técnicos engendren tecnologías más poderosas que las precedentes²³, lo cual avizora las tendencias desarrollistas de las facultades de control digital. Todos estos elementos terminan creando, cual efecto bucle, tensiones sistémicas; o sea, conflictividades recurrentes y al alza, así como un amplísimo jaez de efectos perversos barnizados en causaciones neutras. No en vano maridan el ejercicio del poder directivo frente al respeto dable a la vida privada, la dignidad, la libertad y la intimidad de las personas trabajadoras. El resultado de dichas fuerzas apenas atisba el alcance de las funciones de vigilancia directiva en términos políticos (robustecimiento expreso e implícito del poder de dirección) y jurídicos (régimen de contrapesos regulatorios y pautas hermenéuticas judiciales). Ambos vórtices colisionan, material e institucionalmente, y, como es obvio, adquieren un corolario problematizador en todas las fórmulas de trabajo a distancia. A nivel endógeno o interno, el TAD es objeto receptor de dichas tensiones estructurales. Y a modo de feed-back, trasparece exógenamente el cuadro de comportamientos potencialmente invasivos.

Las tensiones entre los derechos fundamentales y el ejercicio del poder de dirección es una dialéctica sempiterna y omnipresente en nuestra disciplina. Hunde sus raíces en los nódulos fundantes de la rama social del derecho, sin embargo, reviste una problematización acusadísima bajo el paraguas tecno-informacional. Este marco atomiza los dis-

.....

22 Sobre las dimensiones filosóficas del cambio sistémico-digital, y el fenómeno de “compresión expansiva” del tiempo, vid. el ensayo de ROVELLI C “El orden del tiempo”, Ed. Anagrama, Barcelona, 2018, p 123; igual sugerente resulta el ensayo de LATORRE JI, “Ética para máquinas”, Ariel, Barcelona, 2019, en espec, capítulos 3 y 5.

23 SCHWAB K. “La cuarta revolución industrial”, op, cit, p. 15.

positivos tecnológicos y las formas operativas de interacción iuslaboral pero, sobre todo, sofisticada a extremos insospechados las potestades de control y vigilancia directiva. El trabajo deslocalizado trastoca, y comprime a la vez los códigos de espacio y tiempo; y más en particular, las condiciones funcionales, temporales y locativas de los teletrabajadores. Ese régimen, modalizador unas veces, disruptivo en otras, recaba el fulcro medial de la tecnificación y los dispositivos habilitados para interactuar con las empresas y rendir cuentas del desenvolvimiento de la prestación debida. Expuesto de otro modo. Abonan un terreno de violaciones potenciales de las expectativas de intimidad de los teletrabajadores, y relativizan una correcta salvaguarda del derecho al descanso y los cánones de conciliación personal y familiar.

Particularmente soy de quienes rechazan la neutralidad teórica de los dispositivos tecnológicos. Primero porque no pueden dissociarse de su materialización realizadora, ejecutiva y aplicativa. Y además por la hegemonía de un modelo de competitividad que obtiene valor gracias a los servicios de búsqueda informativa y un sinfín de acciones digitales. Los otrora procesos de fabricación en serie dieron el testigo a los modelos de fabricación personalizada de base algorítmica cuyos flujos se catalizan mediante sistemas computarizados. Eso sí: las tecnologías “en” la comunicación maridan con las tecnologías “de” la producción. El teletrabajo anuda ambos paradigmas, de ahí que el tratamiento dable a su objeto (regulación) y, sobre todo, las restricciones realizables en el mismo (límites al poder digital)²⁴, den importantes claves explicativas de la sociedad del futuro y de sus soportes axiológicos y de empoderamiento.

El teletrabajo es una categoría ya inserta en los procesos organizadores de la producción y reproducción económica. Los procesos transformacionales se acometen por el conjunto de la fuerza de trabajo, variando eso sí el papel transductor del medio digital según los perfiles profesionales y las exigencias competenciales y cualificacionales. El trabajo en remoto depende estructuralmente de las TICs. Sus soportes se despliegan desde una miríada de actos informativos y de comunicación catalizados por plataformas tecnológicas, y cuyos nódulos densifican las acciones digitales, bien sea a través del comercio electrónico, la realización de tareas de búsqueda informativa e interacciones constantes de los trabajadores y teletrabajadores con sus empresas y demás foros informacionales y mercadológicos.

La valorización del trabajo digital e inteligente encuentra causa en la capacidad tecnogestional de tamaño datismo informativo, ahora bien, laborar en remoto proyecta varias cosmovisiones distorsionantes. Unas hacen ver a los teletrabajadores como sujetos dueños de su tiempo. Y otras proyectan “espacios pseudo-inmunizados” de libertad digital bajo



24 Recabo la dialéctica regulación-restricción de la teórica de RAWLS J “El liberalismo político (trad. de A. Domenech), Ed. Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1996.

la capacidad multi-ubicua del teletrabajo. La disponibilidad y flexibilidad de los entornos digitales, y los imperativos “eficientistas” y de “prontitud intrínseca”, dilatan las potencialidades del trabajo deslocalizado. Forjan paradigmas alrededor de una idea matriz cautivadora: “*ser uno su propio jefe*”; junto a un eslogan derivado: “*adaptar el trabajo a la vida y no la vida al trabajo*”. Los teletrabajadores laboran sin moverse de sus domicilios disponiendo y organizando el ritmo y la carga laboral, de suerte que esta “recuperación” (teórica) del tiempo, debidamente optimizado, concatena un cuadro de beneficios (teóricos) en otros ámbitos²⁵. Así las cosas, son cosmovisiones sesgadas. El uso de herramientas tecnológicas produce tiempo de desgaste -visual y cognitivo- a los teletrabajadores, e intensifica “sine delectu” los niveles de carga mental y atencional. Muchas veces generan prolongaciones gratuitas de la jornada, junto a un vasto régimen de interferencias en la vida familiar y personal, con el agravante de revertir sus efectos en los teletrabajadores dañando la salud opacamente y con efectos retardados.

Por si fuera poco, las medidas de vigilancia directiva se instilan desde las propias TICS, cuyos dispositivos tienen la capacidad de instituir multiformes plataformas invisibles de control. Esos controles se despliegan unas veces “ex ante” desde los diseños informáticos de los programas de vigilancia, y otras tienen lugar bajo los vastos mimbres operativos de la IA. El poder directivo digital es sinónimo de “empleador algorítmico”²⁶. Manejamos una tecnología intelectual de base matemática y computerizada que sustituye juicios intuitivos y deductivos por estimaciones predictivas y respuestas “prima facie” objetivadas²⁷.

Los algoritmos ultiman un estadio perfectible de la ciencia estadística, y, en puridad, catalizan el tránsito desde la contingencia del hecho socioeconómico a su atingencia. Anudan correlaciones y afinan predictivamente los márgenes de las probabilidades, transduciendo los tres pivotes de las bases de datos: variedad, volumen y velocidad de proceso. La fórmula algorítmica “aprende” de sí deconstructivamente (“machine learning”). Cataliza “lo caótico” para filtrar “lo limpio”, afinando la predicción. Las correlaciones algorítmicas redimensionan los campos inferenciales. El código fuente se antoja impenetrable pues, además de su salvaguarda por las normas de propiedad industrial, afina las combinacio-

.....

25 V.gr. a nivel profesional, personal y familiar (autonomía, iniciativa, horarios flexibles, mejora de la calidad de vida, conciliación), a nivel “managerial” y organizativo (minoración de los costes de producción y de equipamiento, reducción del absentismo, minoración de problemas de convivencia entre empleados), incluso aspectos culturales y de proyección política (ahorro de combustible, recomposición de la España vaciada, etc). La Exposición de motivos de la LTAD ilustra y compendia el arco de ventajas e inconvenientes, cuyos extremos hemos tenido ocasión de examinar en: ALEMAN PAEZ F “El trabajo a distancia en la post-pandemia” (I y II), Revista Jurisdicción Social, nº. 229 y 230, 2022, pp. 13-38 y 8-35.

26 Sobre esta expresión, y sus materializaciones en la gestión del empleo, vid. MERCADER UGUINA J “La gestión laboral a través de algoritmos”, en la obra col. “Digitalización, recuperación y reformas laborales”, XXXII Congreso Anual de la AEDTSS, Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022”, MTES, punto IV.

27 Ibidem, p. 255. La naturaleza jurídica del algoritmo ha sido teorizada impecablemente por RIVAS VALLEJO P en “La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio”, Thomson Reuters, Aranzadi, pp. 304 a 317.

nes infinitesimalmente. Esta capacidad auto-combinatoria y permutante permite hallar “descubrimientos desconocidos” en nombre del “conocimiento absoluto” y la desvelación de sus entresijos²⁸. La idea de Turing del ordenador como máquina universal se asocia a la idea del “cerebro social”²⁹, cuyos perfiles y trazabilidades desvela la ciencia econométrica. Por el contrario, los algoritmos nacen sesgados debido a la programación instrumental de sus objetivos, y transitan siempre por manipulaciones de diseño informacional, generalmente desde intereses comerciales, productivistas, control sistémico y rentabilidad líquida. Así las cosas, la operacionalización algorítmica también transduce los intersticios realizadores del poder digital directivo. Cuando los poderes de dirección diseñan los objetivos de actuación empresarial, estos subsumen los medios para implementarlos, uno de los cuales orbitan las facultades de vigilancia y control. Todos estos elementos explican prístinamente que la libertad de empresa deifique los contextos realizadores de la IA respecto del poder computerizado, máxime en un contexto voraz turbo-capitalista y de economía de plataformas. El “alma algorítmica” y su corazón cibernético (código fuente) permiten hacer mucho más con bastante menos. Nada mejor para una economía de mercado de rendimiento cortoplacista. Ya adoptemos los mimbres del canon de eficacia (lograr objetivos), eficiencia (lograrlos según los medios disponibles) o ambos combinados, lo cierto es que la IA es la pieza angular de la sociedad tecno-informacional y las fórmulas de “bio-poder tecnológico”.

2. El poder algorítmico se embrida estructural y estratégicamente en el poder digital directivo. De una parte, las operacionalizaciones estadísticas son un instrumento seminal para conocer el funcionamiento mercadológico y actuar en el mismo. Los diagnósticos matemáticos afinan las predicciones y, al racionalizar estructuras numéricamente, están en disposición de optimizar los recursos productivos y la oferta de bienes y servicios. El dilema se traslada a lo que denominaré como “utilización intensiva” del algoritmo, que es el espacio inserto en los poderes de vigilancia y control digital. El tópico sostiene que la tecnología no es mala ni buena en tanto resulta una variable dependiente de su uso. Siento disentir de un típico-tópico que se queda corto a la luz de los enormes riesgos en derredor del trabajo deslocalizado. La política de protección de datos y la normativa reguladora (digamos Directiva 95/46/CE y Reglamento del 2016) siempre van muy a la zaga de su verdadera salvaguarda. La caja negra del algoritmo derrubia el trípode: tecnificación/ salud/ derechos fundamentales, existiendo incluso una relación estructural invasiva y di-

.....

28 Como apunta RODRÍGUEZ MAGDA RM, el algoritmo “viene a cumplir el deseo cartesiano de una mathesis universalis, o el leibziano de uan característica universalis; en ambos casos, trataban el anhelo de reducir la naturaleza física, y aun humana, a su formulación aritmética”, “La ética del algoritmo”, Diario El País, 19-4-2022.

29 CARBONELL E, “El porvenir de la humanidad...”, op, cit, p. 27.

recta entre la expansión del primer anclaje (operacionalización tecnológica, dispositivos de control) con los otros dos pivotes. Obviamente la clave resolutoria transita por la “descajanegrización jurídica”³⁰ de los dispositivos invisibles al derecho digital laboral.

La normativa en ciernes valoriza el fuste dignitativo de las personas trabajadoras, cuyos núdulos se irradian al respeto de la vida privada y la protección de los datos personales³¹. El trabajo deslocalizado abona un terreno de transgresiones de la autodeterminación informativa; y además activa una copiosa amalgama de riesgos psicosociales. Una defectuosa ordenación del trabajo en remoto es un foco productor de daños en la salud de los teletrabajadores, pero, sobre todo, sus mimbres instilan atingencias vulneradoras de derechos, incluso sin conocimiento efectivo de las personas trabajadoras. La expansión de la robótica, la IA, y la industria 5.0, tensionan (a fuer de facilitar) los desequilibrios del trinomio: poder digital directivo/ salud/ autodeterminación informativa. O expuesto de otro modo. La tecnificación espoleada por el capitalismo cognitivo invade los radios perimetrales de la salud y los derechos iusfundamentales. Basta apreciar la génesis del canon de proporcionalidad constitucional para corroborar la detracción de dichos códigos frente a las tensiones materiales, institucionales e invasivas del cambio digital y el poder algorítmico³².

Las innovaciones digitales y el “aceleracionismo tecnológico” marcan velocidades evolutivas inconmensurables, pero, como vengo significando, la derivada transita la trabazón del avance tecnológico respecto de los niveles de bienestar venideros, cuyos efectos teóricos positivos se irradian a largo plazo en circularidad estructural. La IA es una radiografía de los cambios de escenarios que rigen el desenvolvimiento de los mercados de trabajo, ahora bien, el imperialismo informacional no debe llevar a equívocos. La clave no está en el vertiginoso “ritmo aceleracionista” sino en la manera como resultan configurados los dispositivos tecnológicos cuando se diseñan algorítmicamente y la realización práctica de ellos. Estudios solventes llevan tiempo advirtiendo las amenazas de la tecnificación y los riesgos cada vez más abiertos de violentar la intimidad y la salud de los teletrabajadores, y, a mi modesto modo de

•••••

30 CREMADES CHUECA “El Derecho de información de la representación de los trabajadores sobre los algoritmos y los sistemas de inteligencia artificial en el derecho español: instrumentos de protección laboral colectiva en el marco de la triada protectora del derecho digital del trabajo y la descajanegrización jurídica”, en “Protección de los trabajadores e inteligencia artificial...” supra cit, pp. 112 y ss.

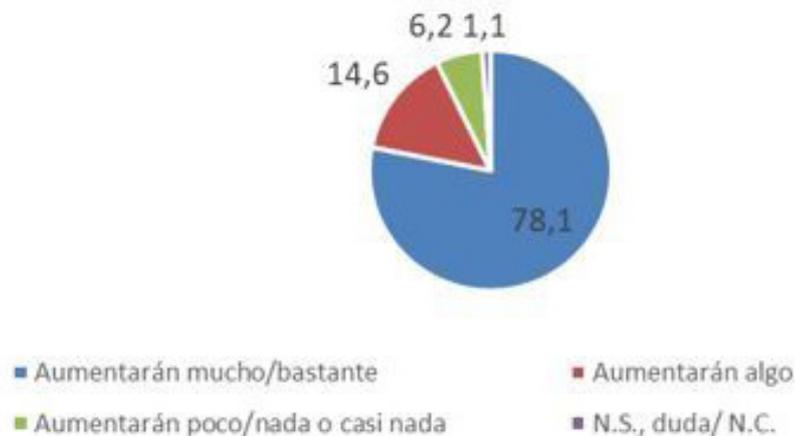
31 Propuesta de Reglamento del parlamento europeo y del consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión (de 21 de abril del 2021). Interesa retener el maridaje dado a dichos valores y bienes iusfundamentales en el p. 57, referido a la tecnología de reconocimiento facial. Para profundizar crítica y propositivamente en esta temática, vid SALCEDO BELTRÁN C. “Inteligencia artificial y derechos sociales...” op, cit, en espec. pp. 58 y 66.

32 La doctrina ha tenido ocasión de analizar profusamente tales tensiones dialécticas, tal como veremos más adelante. Así las cosas, destaco los análisis de RIVAS VALLEJO P “La aplicación de la inteligencia artificial...”, op, cit, p 69; BINI S “La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo”, Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 44 y 49; PRECIADO DOMENECH CH, “Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales”, Thomson Reuters, Aranzadi, 2019, pp. 51 a 60.

ver, dicha fenomenología termina apuntando a una misma dirección. La clave analítica no está en los ritmos ni en las magnitudes de la transformación tecno-informacional, sino en el “descubrimiento del velo” de las adopciones tecnológicas y sus aplicaciones últimas. Esas prácticas decisionales atañen al conjunto de empleadores, sean empresas privadas y, sobre todo, el sector público, ejemplo paradójico del régimen de religaciones e incumplimientos del teletrabajo; incumbiendo todo ello preventivamente al legislador mismo.

Las TICs vienen envueltas en trajes cuyas modas viste y desviste la pasarela neocapitalista. Lo diré de otro modo. Cada dispositivo tecnológico tiene un “alma usucapiada” del actor que los crea, y que a la postre orienta y concretiza. Estas apreciaciones ilustran la tremenda fuerza transformacional de la “gig economy”. Las prospecciones más autorizadas barajan hondas magnitudes disruptivas a corto y medio plazo³³. La robotización y los sistemas automáticos deparan cambios de profundísimo calado en el empleo, las estructuras profesionales y la composición del mercado laboral (vid gráficos 1 y 2)³⁴.

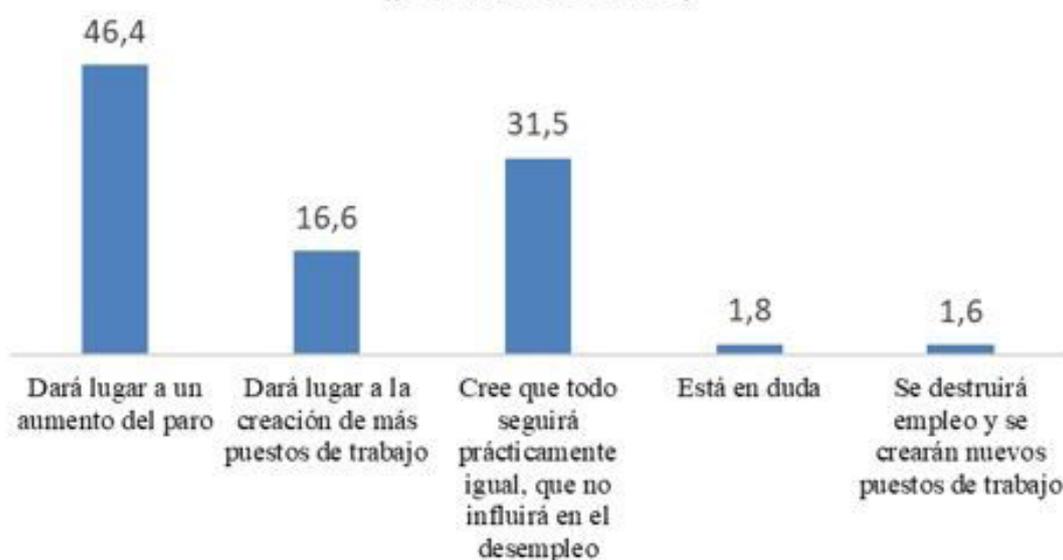
GRÁFICO 1
Percepción respecto al presente del grado de aumento de la robotización y sistemas automáticos de trabajo en las empresas (dentro de diez años)



33 El FEM avizora una abrupta destrucción de empleo (75 millones, muchos de ellos perfiles contables, secretariado y trabajadores de fábrica) y procesos de automatización cuyas medias orbitan el 38%. En España se calcula que la automatización afectará a un 55,32% de puestos y a un 36% de las ocupaciones actuales, y que los dispositivos tecnológicos ejercerán un efecto sustitución de las tareas rutinarias, manuales, analíticas; desde una perspectiva crítica, vid. OPPENHEIMER A. “Sálvese quien pueda. El futuro del trabajo en la era de la automatización”, Ed. Debate, Barcelona, 2018, analizando ocho sectores seminales (capítulos 2 a 9, pp. 73 a 273; complementariamente, vid HIDALGO M.A “El empleo del futuro. Un análisis del impacto de las nuevas tecnologías en el mercado laboral”, Ed. Deusto, 2019, cap. III. Disponemos de una vastísima literatura sobre los efectos transformacionales de la digitalización, los trabajos afectados por el cambio tecnológico y el perfil de las ocupaciones; por todos, me remito a los estudios de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ ML. “Nuevas formas de empleo digital: el trabajo en plataformas. Diez propuestas para su regulación internacional”, en “Digitalización, recuperación y reformas laborales”, MTES, 2022, pp. 95-118; de la misma autora, “Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica”, Bomarzo, 2020, pp. 15-19; vid. asimismo, BINI S. “La dimensión colectiva...” op, cit, p. 64.

34 Elaborados por IGLESIAS O “Robots, automatización y empleo”, analizando la Encuesta de Tendencias Sociales del CIS (2022) en: Sistema Digital, 29 de enero del 2023.

GRÁFICO 2
Percepción de la influencia de la robotización y los
sistemas automáticos de trabajo en el empleo futuro
(próximos diez años)



Muchos efectos se imbrican en el trabajo deslocalizado. De entrada, producen un efecto dominó y selectivo en los perfiles del teletrabajador autónomo, tanto como en el régimen de las multitareas y las medidas de control digital. El TAD es un *objeto receptor* de dichos factores transformacionales, variando el alcance de dicha fórmula según se proyecte como transductor prestacional (funciones, en clave de polivalencia digital) u ocupacional (tipologías de trabajo en remoto y perfil de teletrabajador). Ahora bien, el trabajo deslocalizado también es un *sujeto activo* del cambio sistémico. El “dataísmo”, o “religión de datos”³⁵, centraliza la economía valiéndose de la IA y los sistemas de procesamiento informacional. El capitalismo cognitivo acopia los deseos consuntivos y afina los perfiles tipológicos de los consumidores; luego transforma la información recabada en la red explotándola analíticamente; y todo ello se cataliza por el conjunto de actores encargados de gestionar tales “inputs”, teletrabajo inclusive. Es así como adquieren carta de naturaleza las estrategias de acción mercadológica, las decisiones directivas afectantes al trabajo en remoto y su imbricación en las medidas de gestión organizacional y tecnológica. No es baladí que el trabajo a distancia sea piedra angular de la economía de plataformas; ni que la ley integre en una misma noción conceptual, por un lado, un término de vanguardia operativa (“forma de organización del trabajo...”) y, de otro, una noción simplista suya (“o de realización de la actividad laboral...” ex art. 2.a LTAD).

.....

35 HARARI “Sapiens. De animales a dioses”, Ed. Debate, 2016, pp. 400-401.

Aparte de canalizar la oferta de servicios digitales, los teletrabajadores “administran datos” y los gestionan funcionalmente a través de las TICs. Ahora bien, el escenario tecno-informacional tiene otras muchas caras ocultas, sobre todo con el diseño informacional del poder algorítmico. El cuadro de inmersiones tecnológicas de las que dispone el poder digital directivo encierra asimismo las formas posibles de manipulación e invisibilidad, tanto como los vericuetos paralelos donde diluir el régimen de intrusiones en los derechos fundamentales³⁶. La intensificación turbo-capitalista, catapultada por la economía digital, también provoca desacoplamientos sistémicos, y dentro de estos destaca un régimen de distorsiones potenciales imbricadas en las medidas de vigilancia y control directivo.

La transformación digital modifica las prácticas empresariales en escenarios globales. Al intensificarse la competitividad, adoptan políticas agresivas de posicionamiento mercadológico cuyos extremos tienden a optimizar la gestión del trabajo y el tratamiento funcional de la información. Los cánones de crecimiento económico imponen lógicas de control sistémico que optimizan el rendimiento de los trabajadores y teletrabajadores, y ese “telos general productivista” transita a su vez por estructuras dúctiles que den prontas y eficaces respuestas a las inercias mercadológicas y a las mayores cotas de incertidumbre, trabajo en remoto inclusive. La tetrarquía: hipercrisis-hiperglobalización / desequilibrio-control, anuda sus elementos factoriales formando un contexto de doble faz. Sumen a los actores económicos, profesionales, laborales e institucionales en marcos de interconectividad y densificación informativa, ahora bien, las transducciones tecno-digitales siempre transitan procesos de decantación, ex ante (diseño) y ex post (aplicación). Los actores económicos deciden la manera de integrar las TICs en las estructuras empresariales, y aunque ello varía según los contextos (macro o micro) y los modelos de negocio, tales transducciones expanden las vías de control digital y los cauces de respuesta estratégica y aplicativa.

El “*capitalismo hiper-intensivo*” es una atalaya de aceleración orientado intencionalmente a metas, y utiliza la “u-topicalidad” de la red para catapultar sus códigos de negociación competitiva, aplicaciones realizadoras inclusive³⁷. Sus dos vectores son el logro y la satisfacción consuntiva, de manera que, al comprimirse las dimensiones de espacio y tiempo, vuelven a intensificar la lógica de la aceleración (vid. punto 2.1). El modo central de asignación funcionalista gira sobre las tareas a resultado y el trabajo

.....

36 Dentro de la vastedad bibliográfica, la obra de O’NEIL C, describe los subterfugios realizados por la autora como científica de datos: “Armas de destrucción matemática. Cómo el big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia”, Ed. Capitán Swing, Madrid, 2017, pp. 63 y ss; complementariamente, vid la obra de LLANEZA P, “Data nomics. Todos los datos personales que das sin darte cuenta y todo lo que las empresas hacen con ellos”, Ed. Deusto, 2019, en espec. p. 163.

37 Vid. ROSA “Alienación y aceleración”, op, cit, pp. 23 y 45.

por unidad de tiempo, pero al acelerarse los tempos de ejecución, los actores socioeconómicos invierten más energía (concentración acelerada del trabajo y de las actividades productivas) para preservar sus propios niveles de competitividad. Las empresas propenden mantener sus ventajas competitivas intensificando los ritmos de trabajo y/o deslocalizando su ubicación física. Pero llegados a este punto, es cuando la anteposición de la competitividad y las preservaciones utilitaristas dejan de ser un medio solutorio de vida autónoma, bien sea siguiendo fines pre-definidos (objetivos de productividad) y/o auto-impuestos (auto-explotación en remoto). El ciclo de la aceleración cierra la cuadratura del círculo con asideros a-valorativos, y, gracias al régimen de reificaciones post hoc, se hacen finalmente patrones explicativos de la vida individual y sociolaboral³⁸.

El “*hiper-tecnologismo*” amplifica los poderes de gestión empresarial para maniobrar en el interfaz de dichos escenarios contingenciales. Las aproximaciones deconstructivas del poder de dirección digital son sesgadas teóricamente si no realizamos dicha contextualización explicativa. La economía de plataformas expande el cuadro de potestades articuladoras del mentado poder: desde las facultades de gestión técnica, a las funciones de vigilancia y control laboral, amén de las atinentes al poder disciplinario. Ese proceso ampliatorio del poder directivo acontece en extensión (alcance material) y, sobre todo, en intensidad realizadora (niveles de ejecución). Ambas vertientes se complementan e interactúan, con la particularidad de intensificarse la segunda dimensión dentro de la primera. Los sistemas de realización tecno-digital se extienden a las distintas facetas de la gestión del trabajo, y ramifican “sine delectu” las formas de control virtualmente aplicables. El trabajo en remoto es una plástica tolva receptora de la fenomenología descrita. Los teletrabajadores se hallan en permanente negociación competitiva con las tareas mandatadas y con las unidades de tiempo habilitadas para su gestión, ahora bien, al comprimirse las variables espacio-tiempo, esa contracción acrece empero contradictoriamente. Esto explica las intensificaciones de los ritmos de trabajo, las “ampliaciones concentradas” de los contenidos prestacionales, y el instrumentalismo de dichos recursos en doble clave: panóptica y distópica. El refuerzo policéntrico del régimen de controles directivos enhebra las áreas profesionales y personales de los trabajadores, y normalizan la captación de repositorios muy sutiles de las facultades de vigilancia³⁹. Por ende, estas “capacidades succionadoras” de la tecnificación acrecen con los teletrabajadores por su vinculación funcionalista con las TICs y su imbricación en la economía de plataformas.

.....

38 ROSA H, “Resonancia. Una sociología de la relación con el mundo”, op, cit, pp. 485 y ss.

39 Vid. ZUDOFF H “La era del capitalismo de la vigilancia”, op, cit, p. 31.

3. EL PODER DIGITAL DIRECTIVO Y SU RAMIFICACIÓN FRACTAL TECNOLÓGICA

3.1. La ductilidad del poder digital directivo a la luz de las medidas de vigilancia y control en la Ley 10/2021, de 10 de julio

1. Según significamos, la hiper-tecnificación digital, y dentro de ella, la IA y la economía de plataformas, vienen redimensionando las ramificaciones del poder de dirección tanto como las facultades de vigilancia y control. El carácter distópico del trabajo en remoto traza una relación estructural y ampliatoria con las posibilidades que en ese aspecto abre la propia tecnificación desde su maridaje algorítmico. Pocos podrían imaginar que los códigos de racionalidad capitalista pudieran alcanzar los niveles de “deconstrucción calculante” a los que ha llegado, demostrándonos, sin mucho esfuerzo de sinceridad, la relatividad otorgable a dichos fenómenos en clave perspectivista. El término “fractal” cualifica adjetivamente esos fenómenos en curso y las líneas de desenvolvimiento del poder directivo mismo. Los sistemas automáticos de decisión procesan informaciones exponenciales en tiempo real y a coste marginal cero, y la hegemonía algorítmica amplía y diversifica, de consuno, las facultades del poder directivo digital gracias a sus dimensiones multi-ubicuas y líquidas. Los nódulos realizadores se irradian expansivamente sin dejar de perfeccionar sus propias claves operativas, e interactúan en distintas escalas gracias a un interfaz de dispositivos técnicos y modelos de base matemática. Todo ello avala la adjetivación “fractal” calificadora de nuestro objeto.

La empresa tradicional rentabilizaba la disciplina de fábrica mediante regímenes de vigilancia mediata e inmediata del trabajo. La anatomía político-jurídica de aquel poder directivo hacía un uso mecánico y funcionalista del mismo, esto es, ejecutando las facultades de fiscalización de los empleados de forma directa y personal en el seno de las unidades productivas y desde los dispositivos realizadores de una “disciplina de fábrica”⁴⁰. El tránsito desde los referidos cánones de presencialidad al trabajo deslocalizado inflige cambios sobremanera abruptos, a fuer de líquidos, en las herramientas de vigilancia y

.....

40 Los objetivos de productividad y de obtención de beneficios que catapultaron la revolución industrial recaban acciones expresas de ordenación laboral (reglas, normas, acuerdos, etc.) maridadas con medidas disciplinarias de régimen interno. Estas bases darían lugar a los primeros «códigos de comportamiento», o sea, los regímenes originarios de ordenación del trabajo industrial y de las potestades de vigilancia sancionadora. Estas reglas primigenias implementan una disciplina de fábrica a fin de reglamentar el trabajo directo, la evitación de problemas con los obreros y su adaptación funcionalista al tempo de las máquinas. La revolución industrial generalizará dichas normas internas con fórmulas estandarizadas de retribución y organización laboral. La historiografía asigna a Richard Arkwright, uno de los precursores de la revolución industrial británica, la autoría de los primeros “códigos de comportamiento”. En 1771 Arkwright funda en Cromford Derbyshire la primera factoría de algodón hidráulica, patentando el bastidor de hilado movido por agua (“water frame”). La fábrica llegó a tener trescientos obreros, y confeccionó el primer código de comportamiento a fin de disciplinar a los trabajadores; vid en este punto, ALEMÁN PÁEZ F “Curso de Derecho del trabajo (Vol I). Concepto, fuentes y delimitación conceptual”, op, cit, p. 191.

control. Estos se antojan mucho más lábiles, intensos y sofisticados, repercutiendo consiguientemente en la entera disciplina regulatoria. El cuadro de potestades se ramifica reticularmente y en clave fractal; eliminan los “signos obstáculo” de la presencialidad locativa, y, a la vez, irradian nuevas “tecnologías de la representación”. La videovigilancia y la monitorización de las herramientas digitales expanden la colación de instrumentos probatorios, y, pese a los límites de los derechos iusfundamentales, permiten aplicar prácticas poco transparentes que, llegado el caso, recaben el aval de las decisiones sancionadoras y disciplinarias. La empresa distópica expande los nódulos de control directivo con instrumentos de vigilancia multi-ubicua, sea en régimen de trabajo presencial y en remoto. Esta lógica altera la mecánica ejecutiva del poder de dirección y sus funciones realizadoras. La primacía del “vínculo digital” redefine las fórmulas de obediencia y diligencia debida ex arts. 5 y 20 ET. Es más, la “digitalidad directiva” se hace tanto más útil cuanto más allana las formas de sujeción de las personas trabajadoras.

Los dispositivos de control digital desafían los cánones de espacio y tiempo, y esa compresión intensifica, a su vez, el elenco de medidas de vigilancia directiva y la intensidad dable a ellas. Permiten fiscalizar y revisar pormenorizadamente las conductas de los trabajadores, a veces, empero, con invasiones flagrantes o sedicentes de su esfera personal. Las relaciones laborales siempre han elucidado esas tensiones dialécticas, pero con la digitalización aumenta su problemática. Se trata de ponderar la libre organización y control empresarial (ex art. 38 CE, art. 20 ET y arts. 19 a 22 LTAD) con el respeto de los derechos fundamentales, y, muy en particular, salvaguardando las esferas de intimidad y privacidad desde las informaciones obtenibles tecnológicamente.

El dilema de las fronteras legítimas de control empresarial y de los medios válidamente utilizables, revierte en el símil dilema de los perímetros éticos y jurídicos habilitados al efecto. Unos medios que, como vengo destacando, se antojan potencialmente invasivos, dada su capacidad para trascender a otras esferas y enhebrarlas de consuno, como, por ejemplo, la productividad, la aptitud, las valoraciones de las capacidades profesionales, y aspectos de la esfera cotidiana e íntima de los trabajadores y teletrabajadores. Estos elementos conducen a otros emplazamientos de mayor enjundia teórica, pues deconstruyen los lindes del derecho a la intimidad y el espacio iusfundamental de la autodeterminación informativa. Elucidan la protección que debe dispensarse a la fuerza de trabajo, con parámetros normativos solventes, desde un contrato laboral pre-intervenido por la tecnificación. Por decirlo conclusivamente: reverdece el dilema del modelo de Derecho del Trabajo al cual transitamos y de los fundamentos otorgables al canon de socialidad Constitucional bajo el parteaguas de la hegemonía algorítmica y la “digitalidad directiva”.

La regulación del trabajo deslocalizado transduce los poderes socioeconómicos que le sirven de base y el peso de las fuerzas modeladoras del derecho. Para empezar, hablamos

de un tejido complejo y abierto donde convergen fuentes de distinto rango y orientación. Su régimen anuda una doble clave de bóveda desde la que se irradian varios núcleos regulatorios. Dos de ellos tienen carácter general, y despliegan códigos dirigidos al conjunto de los trabajadores por cuenta ajena (ex art. 13 ET) y al empleo público (art. 47 bis LEBEP). Los otros dos residen en sendas leyes especiales: la LOPD 3/2018, de 5 de diciembre, y, sobre todo, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (en adelante LTAD). A nivel supranacional, destaca las pautas otrora marcadas por el Convenio nº 177 de la OIT sobre el trabajo a domicilio, y, sobre todo, sendos Acuerdos Marco de Teletrabajo (2002) y Digitalización (2021) cuyas directrices orientan la ordenación del mismo en clave nacional y europea. Un tercer nivel tiene un sustrato convencional. Las reglas de la LTAD requieren su correspondiente complementación por la autonomía negociadora, individual y colectiva, y, en ese aspecto, la normativa especial abre amplias intervenciones a los convenios de trabajo y las negociaciones individuales. A todo ello se suma un abanico de dispositivos técnicos y prevencionistas elaborados por las empresas (v.gr. protocolos de implantación del trabajo a distancia) y por instituciones públicas (INSH)⁴¹, así como las reglas especiales de derecho transnacional del trabajo del nomadismo digital⁴². La Ley 10/2021 ostenta el peso regulatorio del trabajo deslocalizado, y, en consecuencia, disemina los equilibrios de política del derecho en los elementos normados y la ordenación sustantiva de ellos. El contenido de la LTAD recorre los elementos configuradores del trabajo en remoto y las categorías del mismo. Su texto diseña el marco institucional de dicha fórmula de laboralidad, los derechos y obligaciones de empresarios y trabajadores a distancia, y las condiciones profesionales de dicha fuerza laboral.

Ahora bien, la arquitectura de la LTAD combina piezas que tensionan unas con otras en un tablero harto resbaladizo. Las bases normativas integran un complejo juego de ponderaciones entre los derechos iusfundamentales de los teletrabajadores y las facultades de organización, dirección y control. Esos anclajes descansan en un trípode material. El primer bloque de previsiones incide en el contenido del acuerdo de trabajo a distancia ex art. 7 LTAD. Según veremos, los elementos configuradores del referido acuerdo y la naturaleza del mismo suscitan dudas teóricas y mayores conflictos aplicativos. Aunque examinare-

.....

41 V.gr. Nota técnica del INSHT nº 1165, de 25 de octubre de 2021, para gestionar de forma adecuada la seguridad y salud del personal que desarrolla su actividad laboral bajo la modalidad de teletrabajo; desde este plano, vid. Directiva del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.

42 En nuestro país, ese tratamiento se encuentra en las normas de incentivación del empleo y la empleabilidad, como la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; y más en particular, arts 74.bis y ss del referido texto, los cuales definen las situaciones de residencia por teletrabajo y las reglas de visado y autorización exigibles a los nómadas digitales; este planteamiento de política legislativa ya fue adelantado en otras experiencias comparadas, para lo cual me remito a ALEMÁN PÁEZ F y CARMONA BAYONA E, “Trabajo en remoto, intersecciones tipológicas...”, op, cit, punto 4.

mos estos temas más adelante (punto 3) interesa subrayar el carácter constitutivo del pacto y la centralidad seminal del mismo. Lejos de la tesis sostenida por algún pronunciamiento judicial, que le confiere un carácter “ad probationem”⁴³, impera una consideración “ad constitutionem”, en la línea prevista por el art. 6 LTAD⁴⁴. Esto anula su estipulación verbal, tanto como las remisiones realizables por las partes a los convenios colectivos sin que estos aborden dichas categorías parciales⁴⁵.

Entre las menciones mínimas, el art. 7 LTAD requiere que se concreten tres aspectos del poder digital directivo: los “medios de control empresarial de la actividad”; las “instrucciones dictadas por la empresa, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, en materia de protección de datos”; y, en tercer término, un régimen equivalente al antedicho “sobre seguridad de la información” (párrafos: h, j, k, respectivamente). Otro bloque de previsiones incide en los derechos relacionados con el uso de medios digitales, previstos en la Sección 5ª de la LTAD. En este caso, la ley da carta de naturaleza a tres derechos preexistentes en nuestro sistema jurídico, en el deseo de refrendar sus contenidos desde el filtro institucional del trabajo en remoto, a saber: la salvaguarda de la intimidad, la protección de datos, y el derecho de desconexión (arts. 17 y 18 LTAD, respectivamente). El tercer anclaje especifica las facultades organizativas, directivas y de control. Su régimen se encuadra en el capítulo IV, cerrando la sistemática de la LTAD. Las previsiones tienen en este caso un triple hilo conductor pues van referidas a la protección de datos y la seguridad de la información, las condiciones de uso y conservación de equipos y útiles informáticos, y las facultades de control empresarial propiamente dichas (arts. 20, 21 y 22 LTAD, respectivamente). Al cambiar el sujeto receptor de dichos códigos, cambia “mutatis mutandis” la focalización subjetiva de tales reglas y el tratamiento técnico-jurídico resultante. Para los dos primeros supuestos, la ley alude a “las personas trabajadoras”, y recaba fórmulas verbales en clave imperativa (“deberán cumplir”). Aparte de ello, la norma añade previsiones de tenor prescriptivo respecto de las temáticas atendibles (“instrucciones” en materia de: protección de datos, seguridad e higiene; y uso y conservación de equipos y útiles informáticos, ex arts. 20 y 21, respectivamente). El tercer supuesto estatuye una norma de reconocimiento de doble faz. Por una parte, el art. 22 LTAD atribuye a la empresa con carácter general el derecho a adoptar “las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de

.....

43 SAN de 25 de mayo del 2021 (Rec. 420/2020), recogida en los Anexos sub. I. nº 19.

44 En igual sentido, LOUSADA AROCHENA JE, PAZOS PÉREZ A y RON LATAS R “Trabajo a distancia y teletrabajo. Regulación laboral, procesal y de seguridad social; teletrabajo transnacional”, Ed. Tecnos, Madrid, 2022, p. 128.

45 Vid punto 3.2 sub.e), y las sentencias de la AN de 22 de marzo y 10 de noviembre del 2022 (EDJ 528787, 732564, respectivamente), recogidas en los Anexos sub. I. nº 10 y 11.

sus obligaciones y deberes laborales”, incluyendo en dichas facultades de vigilancia “la utilización de medios telemáticos”. Por el polo opuesto, refrenda un marco de derechos y bienes protegidos. Las medidas de vigilancia deben aplicarse guardando “la consideración debida a (la) dignidad (de los trabajadores en remoto) y teniendo en cuenta, en su caso, sus circunstancias personales, como la concurrencia de una discapacidad” (art. 22 LTAD “in fine”).

3. Sin profundizar en dicho tejido jurídico, salta a la vista las descompensaciones técnico-políticas subyacentes. Basta trazar un mero juego de paralelismos entre los cánones recogidos en el art. 20 ET y las facultades de control empresarial plasmadas en el art. 22 LTAD.

Como sabemos, el art. 20 ET traza el marco regulador general, y opera a modo de plataforma hermenéutico-operativa. La configuración de los poderes de dirección y control se formulan, primero, por vía negativa (obligaciones/ deberes de los trabajadores ex apartados 1 y 2, respectivamente) y, desde dicho anclaje, el ET diseña el alcance del mentado poder mediante un juego de integraciones dialécticas. El art. 20.3 ET es una norma de reconocimiento que, con carácter abierto y general, atribuye al empresario la facultad de “adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”. El tejido jurídico de las facultades de vigilancia directiva plasmado en la LTAD recaba una construcción análoga, pero hace gala de un tenor mucho más abierto, justo en una materia que por su propia naturaleza requiere mayores compensaciones sustantivas y materiales. Aparte de utilizar fórmulas dúctiles (“la empresa podrá adoptar...”), el art. 22 LTAD integra acciones de amplísima labilidad material (“medidas que estime más oportunas de vigilancia y control...incluida la utilización de medios telemáticos”). Comparativamente, el tratamiento otorgado a la salvaguarda de los derechos de los teletrabajadores se antoja retráctil. Nuestro art. 22 LTAD se ciñe a subrayar el valor iusfundamental protegido (dignidad ex art. 10 CE) y la mera toma en consideración de las circunstancias personales de los trabajadores a distancia. Y en ese aspecto, menciona seguidamente, y a título ejemplificativo, la concurrencia de una situación de discapacidad, en el deseo que las empresas consideren tales condicionamientos en el régimen funcional de dichos teletrabajadores.

Las descompensaciones en dicho tratamiento son notables por elocuentes, dada su imbricación directa con el poder directivo digital. La tecnología avanza siempre muy por delante de las traducciones que puedan visibilizarse de ella en la práctica. Muy por el contrario, siendo de tal guisa, imperan apuestas más contundentes en términos jurídico-políticos. Los diseños algorítmicos son opacos “per se” (“black box”) y la inteligencia artificial

tiene márgenes oblongos de operatividad, amén de escurridizos en términos regulatorios y de intervención aplicativa. Los sistemas de decisión automatizada crean interfaces comunicativas que interactúan autónomamente, y las redes cibernéticas resultantes incluyen los sistemas de vigilancia directiva y formas variopintas de control digital. En otras palabras, tienen sobradas capacidades catalizadoras (versus) succionadoras con las que invadir las áreas de privacidad personal. Los controles exhaustivos operan en fronteras permeables y líquidas de invasión personal bajo el marchamo de las reglas disciplinarias. Y también tienen suficiente capacidad distorsionadora; llegado el caso, incluso de los cánones de iuslaboralidad.

El trabajo en remoto valoriza los factores de desempeño (iniciativa, autonomía, etc) y, en ese orden de ideas, tales ampliaciones auto-gestionales aparejan intensificaciones concomitantes de las facultades de control digital. En análogo orden de ideas, el trabajo en plataformas tiende a “compensar” las transmutaciones operadas en el tipo común ex art. 1 ET, en los términos antedichos. Los elementos identificativos del tipo general se redefinen con el filtro hermenéutico y aplicativo de la tecnificación. Aun recabando la completitud de criterios previstos por su apartado 1, destaca esta vez la afectación del canon de realización “personal”, amén de los dispositivos de subordinación y ajenidad. En el trabajo en remoto los teletrabajadores se distancian de sus unidades locativas y los escenarios presenciales, pero a cambio las TICs crean “espacios de mediación digital” que llenan de contenido funcionalista al mentado distanciamiento. Las reglas regimentales del algoritmo impersonalizan el vínculo jurídico, licuándolo en una miríada de dispositivos tecnológicos; pero por pasiva, dilatan también las extralimitaciones potenciales realizables por el poder de dirección laminando su trazabilidad. La monitorización de los movimientos y parcelas funcionales de los teletrabajadores despliegan un cuadro de equivalencias con los cánones rendimiento productivista. Es costumbre achacar al factor trabajo gran parte de dichos resultados, obviando sin embargo el papel que en ese aspecto tiene la profesionalización de la propia gestión empresarial y la generación real de capital humano. El trabajo deslocalizado participa de esas variables, cuyos logros se amputan sin un diseño correcto de dicha forma de laboralidad, tanto en clave individual (asignaciones técnico-funcionales) como, sobre todo, colectiva y participativa (diseño del DO, desarrollo organizacional)⁴⁶.

.....

46 Vid en este aspecto, la obra clásica de WENDELL L FRENCH y CECIL H. BELL “Desarrollo organizacional. Aportaciones de las ciencias de la conducta para el mejoramiento de la organización”, Prentice-Hal Hispanoamericana, México, 1996, en espec. el régimen de intervenciones, pp. 158 a 263; cfr. asimismo, en ese orden de ideas, MARTIN ESTEBARANZ E., “Cómo ligar el teletrabajo a un buen sistema DPO pasando el ‘corte’ de los tribunales”, *Economist & Jurist*, 24-7-2020, disponible en <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/como-ligar-el-teletrabajo-a-un-buen-sistema-dpo-pasando-el-corte-de-los-tribunales/>.

3.2. La ampliación policéntrica de las facultades directivas en el trabajo deslocalizado

1. El carácter distópico del trabajo en remoto y su imbricación con las herramientas digitales particularizan el alcance de las facultades directivas y los mecanismos de control aplicables en su objeto. En términos técnico-jurídicos, el TAD opera laxamente con los patrones prestacionales de espacio y tiempo, pero a la vez intensifica fuertemente las variables cualitativas atinentes a su cumplimiento y de naturaleza funcional. El poder directivo ultima el alcance de las singulares prestaciones del trabajo en remoto, cuyos contenidos funcionales mutan y se actualizan constantemente, primero mediante los patrones actualizadores del débito laboral, y, además, desde su trabazón instrumental con las herramientas tecnificadas. Aparte de ello, el empleador estatuye obligaciones de continuo cuyos extremos se incorporan al nexo contractual integrando el negocio jurídico y los vínculos institucionales del mismo. El deber de atender los servicios requeridos profesionalmente (ex art. 5.a, y c, y art. 20 ET) requiere el corolario material y transductor de las órdenes directivas digitales, tanto como la referencialidad de las obligaciones dimanantes del puesto y la célula de desenvolvimiento del trabajo deslocalizado.

La dialéctica institucional descrita, inserta en los mecanismos actualizadores del débito, se acusa en el trabajo en remoto. Lo es así por las condiciones estructurales, técnicas y materiales de su objeto, pero, sobre todo, debido al carácter distópico del mismo. El TAD des-localiza los puestos presenciales, los torna mutables y per-mutables, y ambas cosas vuelven a condicionar el desenvolvimiento de las obligaciones profesionales. Convierte los contenidos funcionales en un “quid”, dependiente del régimen prestacional de los teletrabajadores y de las condiciones técnico-locativas realizadoras del vínculo. Por esa misma lógica, las facultades de vigilancia y control directivo se ejercen medialmente a través de los cauces de realización material de las TICs, en su entera amplitud instrumental. Las actualizaciones del débito laboral, desde los cauces inmediatos de modalización contractual hasta los dispositivos de vigilancia y control, vienen mediatizados por el “*filtro digital*”. En el TAD ese filtro tiene intensidades muy diversas. En efecto, puede canalizar, modular y actualizar los contenidos prestacionales, puede sustraer las exteriorizaciones materiales del poder directivo, incluso puede derivarlo a fórmulas externas o internas de control insertas en los dispositivos tecnológicos. Mutatis mutandis, la amalgama potencial de medidas de vigilancia, también están en condición de transducir infinitas ocultaciones del rastro técnico operante; inclusive con filtros de “aparente transparencia” bajo el oblongo paraguas de las aplicaciones algorítmicas.

La gestión digital directiva no altera la posición neurálgica de la misma, al contrario, refuerza el empoderamiento del dador de trabajo, tanto como la posición privilegiada de los gestores digitales, y, a la postre, el rol del empleador y de los actores económicos. No es

ocioso diferenciar este trinomio de actores. En términos dogmáticos, el dador de trabajo cataliza en primer término el conjunto de actividades verificadoras del cumplimiento contractual y el régimen de obligaciones derivadas. Ahora bien, el TAD despliega sus nódulos radialmente a escala fractal, y una de sus derivaciones trasciende dimensiones metajurídicas, que se residencian en el ámbito de la gestión y las decisiones técnico-organizativas digitales. Manejamos asuntos insertos en el funcionamiento de cualquier modelo de negocio, lo que ocurre es que su entidad repunta en categorías, como el teletrabajo, por su imbricación funcional directa con el diseño organizativo, los flujos comunicacionales y las facultades de coordinación directiva.

Como es sabido, el contrato de trabajo, en su abstracción técnico-jurídica, anuda estructuralmente las relaciones triádicas de poder, sujeción y subordinación. Nuestro título vehicula los anclajes sinalagmáticos de las prestaciones laborales en régimen de dependencia, subordinación y ajenidad, ahora bien, soy de quienes piensan que, por mucho esfuerzo formalizador desplegable en estos asuntos por el derecho positivo, el «poder informal» del empresario siempre supera al «poder formalizado». La inserción del trabajador en un complejo organizativo pone en marcha una concatenación de emplazamientos funcionales que sobrepasan el poder, digamos, «posicional» del dador de trabajo. Las partes contratantes no pueden prever el abanico de obligaciones parciales a las que sujeta dicho negocio jurídico; sólo pueden formarse una ideografía elemental de lo que se ofrece y acepta, visionando, a lo sumo, un programa de realización, cuyas dimensiones siempre son genéricas y contingentes. Es el empresario quien, valiéndose de una facultad modalizadora o modificativa del nexo jurídico, la inserta dentro de un marco más general directivo, técnico y organizativo, actualizando todo un programa de comportamiento. La inserción material de las personas trabajadoras dentro del círculo rector y organicista empresarial es el elemento que desde siempre ha transducido los vectores socio-políticos de poder y sujeción, cuyos parámetros en principio permanecían ajenos al negocio jurídico. Sin embargo, es en este ámbito donde surgen las proclividades de invadir relaciones ajenas al ámbito directivo y donde, precisamente, germinan las desviaciones organizacionales y sus posibles conversiones en actos ilegítimos, arbitrarios y abusivos. El poder digital directivo trastoca este esquema pues recaba un dispositivo medial-tecnológico que cataliza la gestión de las obligaciones laborales tanto como las facultades de vigilancia directiva, empero, con la particularidad de normalizar las primeras e intensificar los marcos ejecutivos del control tecnológico.

El trabajo a distancia dibuja tres círculos concéntricos inter-sectados. El primero opera por vía integradora, y, como hemos visto, se resuelve con la actualización de las órdenes directivas, la modalización de los cometidos funcionales, e incluso la modificación de los mismos (v.gr. régimen de reversiones desde el trabajo presencial al trabajo en remoto en

bidireccionalidad institucional ex art. 8 LTAD)⁴⁷. El segundo círculo opera por vía negativa pues cataliza las medidas verificadoras del cumplimiento prestacional. Este espacio emplaza al tercero, cuyas dimensiones resultan co-extensas e inter-sectadas. Transduce todo el interfaz inter-conectivo que media entre el empleador y el conjunto de trabajadores, que a su vez focaliza la dialéctica co-tensional entre las tendencias ampliadoras del poder digital y los derechos sociales, y, más en particular, los derechos iusfundamentales y los atinentes a la privacidad personal (expectativa de intimidad) y familiar (derechos de conciliación).

Nuestra tesis parte de una premisa metodológica de efectos con-causales y estructura silogística: (a) La digitalización (proceso) y la “digitalidad” (instrumentaciones político-ideológicas) se embridan en distintas escalas (materiales, estructurales, logísticas, instrumentales, etc); (b) Sus interacciones dan lugar a una ampliación sedicente de los poderes organizativos; (c) Y ambas lógicas tensionan estructuralmente los derechos iusfundamentales (privacidad, intimidad, dignidad) y laborales (extensión de los contenidos funcionales, multivalencia digital, carga mental de trabajo, etc). El régimen de “afectaciones transductoras” incide de plano en los teletrabajadores, y en general en el conjunto de la fuerza de trabajo.

Cualificamos además tales fenómenos con la adjetivación “*policéntrica*”. El concepto encuentra fundamento en razones estructurales (ámbitos secantes de intervención directiva) y en la tendencia ampliatoria del poder digital y los radios perimetrales vertebrados en derredor suyo, y que en su conjunto dilatan la completitud de facultades realizadoras. Ideográficamente nos lleva a un escenario lábil de círculos concéntricos que expanden tales nódulos de intervención gracias al carácter transversal del trabajo deslocalizado. Las extensiones materiales y estratégicas del poder digital directivo operan cual radios inter-sectados y nódulos transversales unos con otros, de manera que la extensión última de dichos espacios depende del tipo de dispositivo técnico habilitado para intermediar con el dador de trabajo y las redes informacionales resultantes. La inclusión de cada dispositivo técnico en el interfaz digital expande, correlativamente, los medios de vigilancia del débito prestacional y las facultades de control en su conjunto. Por ilustrar el aserto,



47 Algunos convenios colectivos introducen cláusulas que subrayan “ex professo” que el TAD no supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. A modo de ejemplo: “El teletrabajo no modifica la relación laboral preexistente, ni las condiciones económicas y laborales de los teletrabajadores, que se mantienen en sus términos” (art. 18.3 CC. Agencia de Viajes -BOE 14/1/2022-). Siguiendo la doctrina judicial sobre esta materia, ex STS 11/4/05 (EDJ. 62273), el art. 5.1 LTAD prescribe que el teletrabajo no puede ser impuesto ex art. 41 ET (compilando dicha doctrina, la STSJ MADRID 30/6/21 señala que “esta modalidad de organización o prestación de la actividad laboral no resulta de los poderes de dirección y organización empresariales, ni de la figura de la modificación sustancial de condiciones de trabajo -art 41 ET-, sino que es una opción voluntaria para ambas partes”; EDJ 2021/710376). Con todo, es llamativo que la anomia, que generalmente caracteriza la concepción del TAD en los convenios, se erija en excepción apostillando la naturaleza convencional del trabajo en remoto y su consiguiente inclusión dentro de los poderes ordinarios empresariales.

baste colacionar la litigiosidad generada al hilo de los derechos de desconexión o del uso del WhatsApp como instrumento comunicativo⁴⁸. La “praxis incrementalista” de medios técnicos, y la integración de tales instrumentos en las estructuras organizativas privadas y públicas, ramifica los nódulos del poder directivo a escala fractal y sistémica. Lo cual avala las adjetivaciones conceptuales y la teórica propuesta para calificar la elongación material y jurídica del poder de dirección.

2. La fenomenología descrita tiene hondas causaciones estructurales y profundísimo calado político, ideológico y económico. El capitalismo cognitivo afianza esa inercia de ampliación policéntrica del poder tecnológico tanto como el espectro de facultades imbricadas en la digitalización. No es baladí que la informacionalización contribuya decisivamente a dicho afianzamiento, ni que fortalezca el vínculo entre el factor tecnológico (informacionalización, digitalización, etc) y las proyecciones de rendimiento cortoplacista (“financiarización”, rebaja de los costes marginales, etc). Estos elementos también interactúan de forma transversal, fractal y sistémicamente, primero perfilando los esquemas organizacionales sin solución de continuidad pues transducen una doble lógica, optimizadora y maximalista, siguiendo una inercia de hechos consumados⁴⁹; lo que evidentemente

.....

48 Vid. STSJ GALICIA de 23 de noviembre del 2022 (EDJ 763394), STSJ MADRID de 4 de noviembre del 2022 (nº 962/2020), ó SJS. Nº 1, OVIEDO de 12 de noviembre del 2021 (nº 782/21). Paradójicamente, las tres resoluciones vacían de contenido el derecho de desconexión digital ex art. 87 LOPD. El primer fallo refrenda, por una parte, el carácter alambicado de dicha herramienta y las posibilidades operativas que abre para realizar un régimen de controles indirectos. Y además, ilustra un método holístico, seguido por los órganos jurisdicentes, en tanto en cuanto transducen un prurito recopilador de la completitud de antecedentes fácticos. En el caso enjuiciado por el TSJ de GALICIA, la trabajadora prestaba servicios como farmacéutica a jornada completa desde el 2002, y en el 2018 la farmacia es adquirida por otra persona produciéndose una subrogación del negocio. Causa baja por IT en 2021 por trastorno de ansiedad, sin embargo, los trabajadores tenían un grupo de WhatsApp, donde comentaban cuestiones relativas al trabajo, y recibían instrucciones del nuevo dueño, a fuer de operar como foro de dudas profesionales. La aplicación recogería varios mensajes enviados a la trabajadora fuera del horario laboral y una serie de preguntas o requerimientos al grupo de WhatsApp. Ante ello, presenta demanda por vulneración de derechos fundamentales, acoso laboral y daños morales, siendo empero desestimada en primera instancia y en vía de recurso. Los órganos judiciales no entienden vulnerado el derecho de desconexión por tres ejes argumentales. Primero porque los mensajes no eran frecuentes, y aunque el grupo de WhatsApp funcionaba al margen del horario de la trabajadora, integraba al resto de compañeros, que tenían otros horarios. En segundo lugar, el grupo realizaba, en efecto, preguntas a la trabajadora, incluso alguna vez se materializaron manifestaciones impertinentes dirigidas a ella, sin embargo, se destaca el hecho que la empresa no hiciera ningún requerimiento de respuesta inmediata, orden de mantenerse conectada, ni obligación de permanecer en dicho grupo. La trabajadora podía estar desconectada fuera de su horario laboral, y no se detectó sanción, amonestación, recordatorio o comportamiento tendente a que tuviera que atender de formas inmediata tales comunicaciones. Como razonamiento último, los órganos judiciales valoran la acción subrogatoria que dio causa al cambio de titularidad en la farmacia. La actora en cuestión era la única trabajadora proveniente de la etapa anterior, siendo para el tribunal comprensible que se le hiciesen preguntas, aun estando de baja, por su experiencia pasada; para cotejar dicha problemática, en clave teórica y retrospectiva, vid. el estudio de CERVILLA GARZÓN MJ “Efectos del uso de la aplicación “whatsapp” en el marco de las relaciones laborales”, TL nº 136, 2017, en espec. pp. 82 y ss.

49 Los Anexos ilustran prístinamente lo expuesto, cotejando los intensos focos de litigiosidad activados durante la pandemia y la implementación coetánea del teletrabajo. El análisis de dicho corpus jurisprudencial (punto II, en los bloques resolutorios más recientes dictados por el TS, la AN, los TSJs y algunos Juzgados) corrobora esa inercia de hechos consumados. La paradoja, empero, es que tales prácticas, que sentaron una senda realizadora poco respetuosa con los derechos digitales (ex arts. 87 a 81 LPDD y preceptos equivalentes en la LTAD) hayan dejado una “dependencia de la senda persistente”.

te se imbrica en las concepciones atribuibles al “cognitariado” y al factor trabajo mismo como recurso productivo.

La accesibilidad de los usuarios y de cualesquiera actores económicos a escala global difumina las fronteras del espectro de medios comunicativos, y facilitan la prestación de servicios que antes eran realizados separadamente. Las múltiples manifestaciones del paradigma descentralizador (externalización, absorciones, encabalgamientos subcontratistas, prácticas triangulares, etc), espoleadas por el canon tecno-libertario “menos es más” (“downsizing”) y el empuje del “outsourcing informático”, llevan tiempo perfilando dichas circularidades, intensificando sus avances. Ahora bien, esta fenomenología se jacta en los nódulos finales de la cadena descentralizadora. Aparte de los retrocesos en las condiciones profesionales, o la amortización estructural de puestos, muchos trabajadores se reconvierten en categorías deslocalizadas y/o perfiles autónomos. El TAD adquiere en estos casos espacios propios de realización potencial, dadas las posibilidades de utilización polivalente y multi-ubicua del trabajo en remoto. Pero por el lado opuesto, puede utilizarse sesgadamente, en el sentido de tensionar la funcionalidad de dichos perfiles mediante prácticas fraudulentas de “autonomización inducida”.

Tales hechos dan un papel neurálgico al “gestor digital/directivo”. Tradicionalmente esta función se personifica en sujetos empoderados “ad hoc”, sin embargo, las TICs son transductores de la gestión digital que recaban la mediación de los propios objetos tecnológicos. Esta “pérdida de control”, propiciada por la expansión tecno-globalista, se palia entonces con un régimen de compensaciones (muchas veces subrepticias) que tienden a recuperar ampliatoriamente, esto es, nichos del control directivo sin cejar de fortalecer las otrora posiciones de empoderamiento. El TAD y las facultades de control organizacional se hacen eco, por activa y pasiva respectivamente, de tales fuerzas co-tensionales. Entre las utilidades de las TICs destaca su virtualidad como instrumentos reforzadores del poder en general, y, muy en particular, del poder digital empresarial. El dilema estriba en las irradiaciones que deparan dichos procesos de ampliación sistémico-directiva en clave fractal⁵⁰. Si la informacionalización es uno de los fustes del cambio sistémico, la clave de bóveda del poder tecno-digital pende de la medición del “saber informativo” y su procesamiento. Esto puede aparejar aplicaciones de manipulación predictiva, filtradas tecnológicamente para tales fines, lo que nos lleva al nudo gordiano: la “descifrabilidad informacional”. Lo diré más contundentemente. Un gran poder, entronizado entre una miríada de libertades digitales, debe aparejar dosis si quiera paralelas de responsabilidad. O dicho de otro modo: potestades mayestáticas de índole digital-directivo deben subsu-

50 Hemos tenido ocasión de manifestarnos críticamente sobre dichos procesos de empoderamiento estratégico, técnico y tecnológico; vid ALEMÁN PÁEZ F. “El trabajo a distancia en la post-pandemia”, op, cit, pp. 8 y 13; “Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos”, TL nº 153, 2017, p. 18.

mir, por “justicia tecnológica”⁵¹ y justeza social misma, dosis concomitantes de responsabilidad actuarial.

A mi modesto modo de ver, nuestra arquitectura normativa no proporciona esas compensaciones cuando, por el contrario, sus códigos son retráctiles y disolventes. La construcción de los arts. 17, 18, 20, 21 y 22 LTAD confirman lo expuesto. Y es que, si por activa pecan de amplitud, por pasiva connotan beligerancia. Utilizando acrónimos, los vectores en juego trasparecen la fórmula siguiente: $[IA]+[PDD]-[LOPDD]/Cap.Cogn$ ⁵². Por esa misma lógica, la combinación de dichos elementos mandata levantar muros de protección sustantiva intensificando la prescripción de sus códigos. Debe serlo así por la proclividad atentatoria de derechos fundamentales habilitadas por los dispositivos tecnológicos y el poder algorítmico. Y también, por la evidencia, hecha realidad, de reaccionarse en vía judicial (cuando ello tiene lugar) una vez violentados los derechos de la personalidad en la práctica⁵³. Hoy los equilibrios no son tales, ni en términos nomotéticos (procesos) ni estrictamente regulatorios (positivización formal) dada la poquedad del ET, las descompensaciones de la Ley 10/2021, y las prácticas procrastinadoras de los convenios de trabajo.

La digitalización abre múltiples retos en un marco “tecno-globalizador” de capacidades orientadas a la interacción iuslaboral y tecnológica, y, en ese escenario, el TAD detenta un importante “papel transicional”. La problemática del control digital resulta extrapolable a los trabajadores a distancia, con la derivada de acrecentar las situaciones conflictivas debido a la doble sustancia distópico-tecnológica que envuelve su objeto. Las monitorizaciones de las herramientas digitales, las navegaciones en internet, la inmersión y apertura de archivos de los ordenadores, el acceso a los contenidos de los correos electrónicos, o la aplicación de geo-localizadores, componen una cadena de categorías de amplia (y afinada) trayectoria en nuestras relaciones profesionales. La normalización de tales prácticas y la rápida socialización de su interfaz aplicativo acrecen su problemática en nuestro objeto por las características idiosincrásicas del trabajo deslocalizado. Conviene apostillar que dicha problematización ni acaba en las correcciones de la posición deudora del trabajador a distancia ni en el régimen de controles disciplinarios, pese a los parteaguas judiciales que vienen avalando esto último en detrimento de la protección de datos y el derecho a la intimidad.



51 ORTEGA “Robot-lución: el gran reto de gobernar y convivir con las máquinas”, Diario El País, 25-9-19.

52 Donde [IA]: inteligencia artificial; [PDD]: poder digital directivo; [LOPDD]: derechos digitales laborales; y [Cap.Cogn]: capitalismo cognitivo, cuyo concepto avanzamos inicialmente (punto 2.1).

53 Sobre la abundante literatura vertida al efecto, vid los estudios de: REIS DE ARAUJO A. “El poder de control empresarial en la Web 2.0 y la dignidad del trabajador: el uso laboral de los dispositivos móviles y entornos colaborativos”, Bomarzo, Albacete; 2019, pp. 251, 273 y 300; PRECIADO DOMENECH C. “Los derechos digitales...”, op. cit, cap. 2, punto IV, pp. 219 y ss; PURCALLA BONILLA M. “Control tecnológico de la prestación laboral y derecho de desconexión: claves teóricas y prácticas” (Anuario IET, presente y futuro del trabajo), 2018, pp. 98-102; ROMERO BURILLO A. “Las nuevas Tics y el despido disciplinario del trabajador”, RDS n° 85, 2019, p. 13 y ss; ó TODOLI SIGNES A. “Control tecnológico: una propuesta de aplicación del triple juicio de proporcionalidad confirme a la normativa europea de protección de datos”, en la obra col. “Digitalización, recuperación y reformas laborales”, MTES, 2022, cit, p. 238.

Los trabajadores a distancia interiorizan una “socialidad digital” impuesta por su espacio ecológico a costa de los códigos de sociabilidad personal, profesional y humana. En ese aspecto, destacan los “efectos inmersivos” del aislamiento, cuyas consecuencias se antojan devastadoras. Los contenidos combinados de los arts. 4.2 y 14.2 LPRL permiten integrar los riesgos de anomia psicosocial en las condiciones del medio ecológico de trabajo, y derivar por tanto al empleador los ámbitos de responsabilidad nada más activarse los primeros efectos de la “alienación locacional”. La trabazón del sistema de fuentes ex art. 3 ET con dichos cánones de protección y con las directrices abiertas en ese aspecto por los arts. 5 a 8 de la LTAD, dan suficientes márgenes de realización aplicativa. El art. 15.1 LPRL y su desarrollo reglamentario (ex RD 39/1997, de 17 de enero, sobre organización de los servicios de prevención) trasladan al empleador la responsabilidad de organizar los dispositivos preventivos en clave precautoria. Llevan a establecer un cuadro integral y coherente entre las innovaciones técnicas, la organización del trabajo y los factores ambientales de desenvolvimiento, y dicha lógica revierte en la empresa los riesgos de accidente tanto como las consecuencias nocivas del aislamiento⁵⁴. Más allá de los márgenes de iniciativa y autonomía atribuidos a los trabajadores en remoto, estos transducen espacios de “pseudo-libertad hetero-dirigida cibernéticamente”. Además, el débito prestacional se desarrolla en situaciones de aislamiento inmersivo, de manera que los propios mecanismos actualizadores del vínculo son asimismo focos activadores de multiformes riesgos y psicopatologías.

3. La Ley 10/2021 trata tres problemáticas proyectivas: las situaciones discriminatorias y de acoso laboral y sexual, los riesgos psicosociales, y los tiempos de descanso y de desconexión (arts. 4.3 y 4, 16.1, y 18.1 LTAD), no obstante, viene a ser un abordaje insuficiente. Salvo el tenor prescriptivo y prohibitorio del primer bloque de reglas, los otros dos anclajes tienen un tono muy menor, pues sus reglas pecan de un carácter excesivamente abierto y mayor bonhomía aplicativa. Construcciones tales como: “poniendo especial atención”, “deberá tenerse en cuenta”, “elaboración de una política interna”, “sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas” hablan por sí mismas, con la variable añadida de proliferar las remisiones a los convenios colectivos. Las reglas previstas en ese aspecto por la LTAD no acopian medidas que atajen verdaderamente la problemática medular del trabajo deslocalizado, y, según decía, su abordaje en las normas profesionales adolece de vaguedad, religación e inconsistencia, cuando, muy al contrario, los efectos nocivos derivables del carácter distópico del TAD devienen mayestáticos.

.....

54 Contamos con pronunciamientos que refrendan el primer extremo, como la SJS de CÁCERES de 26 de octubre del 2022 (rec. nº 273/2022; ECLI, 2022/1910). Vid. asimismo, VIZCAÍNO RAMOS I., “El impacto de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar sobre el régimen del accidente de trabajo in itinere”, Ed. Atelier, Barcelona, 2021. en espec. pp. 58 a 61, donde también recaba una resolución del Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona, la cual reconoce dicha cualificación por un ictus sufrido al movilizarse.

La “hiper-conectividad” ilustra una problematización recurrente y peligrosamente al alza. El “tecno-estrés” genera efectos devastadores (y silentes) en la salud mental, y la fatiga informática patologiza un vasto horizonte de afectaciones potenciales. Hay opiniones unánimes respecto de los riesgos ergonómicos (sedentarismo, posturas, etc), la fatiga física y mental de los teletrabajadores (y en especial la fatiga informática) o las exposiciones prolongadas a las pantallas de visualización de datos. Sin embargo, los focos de interés orillan las condiciones concretas que envuelven el desenvolvimiento de la prestación en remoto. La literatura científica no ha cesado de advertir el cumplimiento de unos mínimos atinentes al tamaño, habitabilidad, confort, o temperatura de los espacios de laboralidad a distancia⁵⁵. Y el Parlamento Europeo ha tenido ocasión de subrayar las gravosas dimensiones proyectivas del trabajo digital y en remoto respecto del desarrollo de la IA en tonos muy críticos de advertencia al conjunto de países miembros⁵⁶. Así las cosas, la experiencia empírica minusvalora las condiciones de inmersión espacial de los teletrabajadores. Como botón de muestra, prodigan convenios colectivos que procrastinan la relevancia otorgable a tales extremos habilitando meras reglas remisorias y de maquillaje regulatorio⁵⁷.

El factor más nocivo -e invisible- de todos hunde sus raíces en la característica dominante del teletrabajo: las condiciones de *aislamiento psico-social*. Trabajar en remoto encierra una paradójica *alienación consentida* que, sin embargo, lamina las repercusiones nocivas del *auto-extrañamiento*. Pese a las benignidades melifluas del TAD, larva factores de riesgo multifocales; invisibles, si se quiere, mas no inanes. El derrubio de los escenarios de acción personal y familiar es uno de ellos, pero la mayor gravedad está en los trabajos a proyecto y en los TAD a rendimiento. Los teletrabajadores están expuestos a un alto elenco de riesgos psicosociales, pero entre ellos destaco un fenómeno al alza: la “*dismorfia de la productividad*”. Hablo ahora de etiologías activadas por la imposición de niveles de

.....

55 La doctrina más autorizada no ha cesado de subrayar tamañas contingencias nocivas; vid. DE LAS HERAS GARCÍA A. “El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas”, Ediciones CEF, Madrid, 2016, pp. 231 y ss; SIERRA BENÍTEZ E. “El contenido de la relación laboral en el teletrabajo”, CES de Andalucía, Sevilla, 2011, cap. IV, en su completitud; SERRANO ARGÜESO JM “Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral”, USLabor, nº 2, 2019, pp. 12-13. Desde el ámbito de la psicopatología clínica, vid por todos, el estudio de SÁNCHEZ-ANGUITA MUÑOZ “Psicopatologías laborales”, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Salamanca, 2009, pp. 61 y 129, ó TRUJILLO PONS F “La fatiga informática...”, op, cit, en espec. pp. 369, 393 y 450.

56 La Resolución sobre la salud mental en el mundo laboral, de 5 de julio del 2022 (2021/2098), apunta varias problemáticas inter-sectadas: “la IA también suscita preocupación en relación con la intimidad y la seguridad y la salud en el trabajo, como el derecho a la desconexión, y puede dar lugar a una vigilancia y un seguimiento desproporcionados e ilegales de los trabajadores, vulnerando su dignidad e intimidad, así como a un trato discriminatorio en los procesos de contratación y otros ámbitos debido a algoritmos sesgados, también por motivos de género, raza y origen étnico; expresa su preocupación, además, por que la IA pueda socavar la libertad y la autonomía de las personas, por ejemplo, mediante herramientas de predicción y marcado, seguimiento y control en tiempo real y sugerencias indirectas de comportamiento automatizadas, y contribuir a provocar problemas de salud mental en los trabajadores, como el agotamiento profesional, el estrés tecnológico, la sobrecarga psicológica y la fatiga; subraya que las soluciones de IA en el lugar de trabajo deben ser transparentes y justas y evitar cualquier repercusión negativa para los trabajadores” (p. 13).

57 V.gr. “Seguridad y salud laboral: La metodología para la recogida de información a la que se refiere el artículo 16.2 de la Ley 10/2021, de 9 de julio (referida a la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva) será prevalentemente a distancia” (art. 11 CC del Grupo JD-Sprinter -BOE 15/11/2021-).

exigencia desorbitados y regímenes de validación externa de las prestaciones, muchas veces con filtros algorítmicos. El trabajo a proyecto subsume un amplio jaez de obligaciones autoimpuestas, y ambas cosas dan lugar a un “cibertariado en loor de rendimiento autista”. Por si fuera poco, la fenomenología descrita encuentra un terreno jurídico proclive a su facilitación. La ley 10/2021 es muy plástica con las tipologías de trabajo en remoto, de hecho, la combinación de los arts. 1, 2, 7 y 8 dan amplios márgenes operativos y expanden las combinaciones posibles de su objeto. Para mayor abundamiento, la alharaca de bienaventuranzas conferidas al TAD está henchida de sesgos valorativos. Hemos subrayado las distorsiones valorativas articuladas en estos temas⁵⁸, pero esta vez destacaré un elemento sobremanera influyente. Me refiero a una ideografía hegemónica de teletrabajo parcial, circunscrito a una o dos tardes a la semana, cuya especie nubla la valoración fenoménica del trabajo deslocalizado en la entera categorización del mismo.

Esas distorsiones encuentran causa en dos vectores complementarios. El primero es referencial y comparativo, y estriba en las fórmulas estereotipadas de trabajo en remoto que vienen implementándose en la administración pública y en corporaciones bancarias y tecnológicas. El segundo vector tiene más enjundia pues presenta una dimensión político-ideológica. A mi modo de ver, el teletrabajo compensa un tratamiento proyectivo minorativo del régimen del tiempo de trabajo. La génesis del Derecho del trabajo también es la historia de la minoración progresiva de la jornada. En un siglo, experimentó rebajas de los umbrales máximos, pasando desde las 48 horas semanales (todavía vigentes en muchos países) al tope emblemático de las 40 horas. Las tasas sostenidas de crecimiento económico, junto a los avances en bienestar social, debían haber refrendado hace tiempo la implementación de las 35 horas, sin embargo, las economías occidentales pivotan las 38-40 horas “pro medio”, cuando, por el contrario, la reducción es una vía de sentido único donde atajar la polarización entre ocupados y desempleados, amortiguando las segmentaciones estructurales que aquejan a gran parte de los mercados laborales.

A mi entender, la difusión del teletrabajo sintetiza un “efecto huida” de tendencias reductoras de la jornada que debieron materializarse en la economía capitalista y en los sistemas comparados de relaciones laborales. La evolución tecnológica, y particularmente la digitalización, debían haber dado carta de naturaleza formal a tales inercias reductoras, sin embargo, transitamos un camino en sentido opuesto. La experiencia empírica sugiere una ideografía dominante: trabajar más, de forma más flexible, empero con la derivada de reducir los tiempos personales y de ocio en un sinfín de gestiones cibernéticas y de navegación internáutica. Podrá aducirse que transitamos un período transitorio donde la flexibilidad funcional y locativa impone un tributo: tiempo personal y familiar líquido.

.....

58 ALEMÁN PÁEZ F “El trabajo a distancia...” op, cit. puntos 2 y 3.

Los costes son conocidos en términos de afectaciones al tiempo recuperatorio del descanso, derrubio cognitivo, fatiga informática, o desafectaciones en la corresponsabilidad familiar. Es la política legislativa quien debe decantar los tipos de respuesta fuera de las benignidades del trabajo deslocalizado.

La era digital comprime los códigos de espacio y tiempo, empero, a costa de expandir la “com-presión expansiva” del segundo anclaje y des-localizar el primero. En la era hiper-globalista, la red comprime el tiempo aniquilando el espacio⁵⁹. El teletrabajo parcial, y en rangos reducidos, es una fórmula compromisoria de los cambios descritos. A fin de cuentas, es una manera de introducir intercalaciones en la jornada o en regímenes de turnos dentro de un horizonte de presencialidad semanal. Trabajar a distancia se presentó como un icono de la flexi-seguridad, sin embargo, las distorsiones operadas alrededor suyo nublan las fórmulas nocivas del teletrabajo. El TAD por objetivos es una bomba de relojería que activa insidiosamente la espoleta del exceso, el sobre-esfuerzo y la “*auto-explotación líquida*”. La LPRL y la LTAD prevén códigos garantistas y preventivos (v.gr. arts. 14 a 17, y arts 15 y 16, respectivamente) aunque, en honor a la verdad, el alcance de dichos cánones es inane muchas veces en la práctica. Las categorías extremas del trabajo en remoto encierran intensificaciones concomitantes de las facultades de vigilancia y control. Revierten al poder directivo, y, a la postre, extienden los radios de acción del mismo. La distorsión más gravosa estriba en la irradiación de los filtros de vigilancia al ámbito doméstico y familiar. Los protocolos de teletrabajo diseñan un régimen de controles teóricos de los espacios de laboralidad mediante visitas domiciliarias de tamiz preventivo⁶⁰, pero, aun saldando la legalidad de dichas prácticas, hipostasiamos cumplimentaciones de mera rúbrica sin seguimientos reales⁶¹.

La Ley 10/2021 prevé reglas bienintencionadas empero insuficientes. A modo de ejemplo, su art. 16.1 limita la evaluación de riesgos “a la zona habilitada para la prestación de servicios”, y además excepciona del dispositivo “al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia”. La información de los riesgos a los que están expuestos los teletrabajadores solo debe seguir “una metodología que ofrezca confianza respecto de los resultados”, previendo aquellas “medidas de protección que resulten más adecuadas en cada caso” (art. 16.2 LTAD). A mi juicio, estos códigos son un canto al

.....

59 HARVEY D. “La condición de la post-modernidad”, Amorrortu, Buenos Aires, 1990, p. 201.

60 Sirva de ejemplo el art. 17.3 del VII CC. REPSOL: “Requisitos técnicos y espaciales. El lugar desde el que se desea teletrabajar deberá contar con unas condiciones que garanticen que se podrá desarrollar el trabajo habitual en un entorno adecuado. Además de los requisitos técnicos que garanticen la conexión, se deberá contar con un espacio que cumpla las condiciones mínimas en materia de prevención, seguridad y salud de un puesto de trabajo tipo. Dichas condiciones mínimas constarán el Acuerdo Individual de Teletrabajo. Para comprobar esas condiciones, la persona que teletrabaja se compromete a aceptar una visita de evaluación de riesgos, cuya fecha y hora se concertará personalmente con cada persona”. Los Anexos, Sub II, compendian varias iniciativas regulatorias del trabajo deslocalizado.

61 Sobre la litigiosidad suscitada al hilo de dichas medidas, vid. punto 3.2.d).

sol abdicativo en loor prevencionista. Análogas consideraciones merecen el tratamiento del régimen de visitas a los domicilios particulares. La norma requiere la formalización escrita de tales actos y el permiso correspondiente de las personas trabajadora, sin embargo, deja un portillo demasiado abierto para omitir tal extremo e inferirlo “en base a la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada de la propia persona trabajadora”. Aunque la ley haga del consentimiento un gozne habilitador de las medidas preventivas del teletrabajo, no dejan de ser acciones invasivas del ámbito privado, siendo verosímil hipostasiar un régimen de abdicaciones prácticas y protocolarias. O expuesto de otro modo: robustecimientos de los muros de protección productivista frente a la vastedad de riesgos psicosociales insertos en su objeto.

3.3. Las transducciones entre los dispositivos tecnológicos, los poderes de control digital y las fórmulas de trabajo deslocalizado

1. La relación entre los dispositivos tecnológicos y los poderes de control directivo en el TAD viene marcada por los procesos de transducción habilitados por las herramientas digitales y la salvaguarda de los derechos laborales y fundamentales de los teletrabajadores. Como vengo significando, las relaciones dialécticas entre ambos vórtices se antojan complejas y descompensadas. Las facultades directivas siempre han gozado de un espacio institucional propio cuyos contornos no cejan de ampliarse evolutivamente. En puridad siempre ha sido así, dado el desequilibrio estructural de base (dialéctica capital/trabajo) y la ampliación tendencial de las facultades de organización económica, con la variable añadida de intensificarse dichas facultades en un “contexto maximizador” de la productividad y del beneficio. Los derechos de nuevo cuño, nacidos bajo el paraguas de la digitalización y la salvaguarda de la intimidad informática. Sentaron unas nuevas bases teóricas y protectoras para operar en el contexto del cambio sistémico y tecnológico. Como apunta el Libro Blanco sobre IA, de la Comisión Europea, “más allá de la mejora de las cualificaciones profesionales, los trabajadores y las empresas experimentan las consecuencias directas del diseño y el uso de los sistemas de inteligencia artificial en el lugar de trabajo”. Ahora bien, las relaciones entre la opacidad de la IA y su extraordinaria rapidez evolutiva impiden una adecuada protección de los derechos fundamentales, los datos personales y la privacidad personal, y la no discriminación⁶². Muy al contrario, los correctivos van a

.....

62 El Libro Blanco sobre IA bosqueja un listado de riesgos sobremanera oblongo: “El uso de la inteligencia artificial puede afectar a los valores sobre los que se fundamenta la UE y provocar la conculcación de derechos fundamentales, como la libertad de expresión, la libertad de reunión, la dignidad humana, la ausencia de discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o credo, discapacidad, edad u orientación sexual, y, en su aplicación en determinados ámbitos, la protección de los datos personales y de la vida privada, el derecho a una tutela judicial efectiva y a un juicio justo, o la protección de los consumidores. Estos riesgos pueden ser resultado de defectos en el diseño general de los sistemas de IA (especialmente en lo que se refiere a la supervisión humana) o del uso de

la zaga de la entronización de los cánones economicistas, y, cuando tienen lugar, operan básicamente al hilo de la jurisprudencia del TEDH. No es paradójico que asistamos a una minusvaloración tendencial de la protección de datos a costa de ampliaciones recurrentes de las facultades de intervención directiva. Basta seguir la trayectoria exegética de estos temas para corroborar la hipótesis⁶³.

La argamasa fundamentadora de tales cánones se imbrica de lleno en el estatuto socio-jurídico de los teletrabajadores. Disponemos de un marco conceptual que da carta de naturaleza a las singularidades sustantivas de los derechos digitales. La intimidación informática, la protección de datos, la desconexión, o el derecho al entorno virtual⁶⁴, son manifestaciones categoriales del Derecho digital del trabajo, cuyos anclajes conectan con los derechos constitucionales de nueva generación. El derecho a la identidad y privacidad mental, el aumento de dicha capacidad y el acceso equitativo a la misma, el libre albedrío, o la protección frente a los sesgos discriminatorios, ilustran esa carta de derechos de base neuro-tecnológica⁶⁵. Es claro que la informacionalización pone en jaque los derechos fundamentales, y que, como señalan los tribunales con frase feliz, los trabajadores “no dejan su intimidad ni el resto de sus derechos en las puertas de la oficina o empresa” (STS de 23 de octubre del 2018, Sala 2ª)⁶⁶. La extensión de las facultades de supervisión digital es un asunto lleno de aristas y matices hermenéuticos. Contamos con sesudas aportaciones



datos que puedan ser sesgados sin una corrección previa (por ejemplo, se entrena un sistema utilizando única o principalmente datos relativos a hombres, y ello se traduce en resultados peores con relación a las mujeres)”.

63 V.gr. STEDH de 17 de octubre del 2019 (López Ribalda II), SSTC 39/2016, de 3 de marzo, 292/2000 (EDJ 2016/20055, y 2000/40918), 39/2016 y 160/2021, o, mucho más palmariamente, STS de 22 de julio del 2022 (EDJ 645949), sobre videovigilancia en el domicilio particular sin informar a la trabajadora de dicho dispositivo.

64 Teóricamente el “derecho al entorno virtual” tiene vocación de emanciparse y cobrar autonomía e identidad propia. Encuentra fundamento en la pluri-funcionalidad de los datos almacenados en cualquier ordenador y en cualesquiera dispositivos con análoga capacidad de acumular información vinculada a una persona (v.gr. “Smartphone”) e infiere la necesidad de un tratamiento unitario con la proclamación del *derecho al entorno digital*. Constituyen, en fin, un derecho de nueva generación “que serviría para alumbrar y justificar distintos escalones de protección jurisdiccional” (STS 489/2018, de 10 de octubre, remitiéndose a las SSTS 342/2013, de 17 de abril; 587/2014, de 24 de febrero; ó 587/2014, de 18 de julio).

65 V.gr. propuesta de Reglamento del parlamento europeo y del consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial; o más claro y contundentemente, proyecto de Constitución Chilena, cuyo art 29 declara lo siguiente: “El Estado reconoce la neurodiversidad y garantiza a las personas neurodivergentes su derecho a una vida autónoma, a desarrollar libremente su personalidad e identidad, a ejercer su capacidad jurídica y los derechos reconocidos en esta Constitución y los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile”. Asimismo, el art. 44 establece que Toda persona tiene derecho a la salud y al bienestar integral, incluyendo sus dimensiones física y mental”.

66 F. Jco nº 3 “in fine”, cuya construcción recaba la doctrina judicial y los bienes en disputa en tan alambicada temática: “También es una obviedad por nadie discutida que la relación laboral impone modulaciones, en esos derechos, aunque nunca absolutas, como se ha preocupado de resaltar la jurisprudencia (vid arts. 18 y 20.3 ET; de redacción un tanto obsoleta y no acompasada con las nuevas -o ya no tan nuevas- realidades tecnológicas). Esas limitaciones admisibles en el seno de la relación empresario-trabajador no serían sin más extrapolables a otros ámbitos (vid. voto particular de la STC 26/2018, de 3 de marzo). «...hemos declarado -afirma nuestro Tribunal Constitucional- que la intimidación protegida por el art. 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5). Por ello expresamente hemos afirmado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; vid igualmente STS -Sala 4ª- 119/2018, de 8 de febrero)”.

judiciales y científicas de una problematización cuyos términos no cejan de aumentar a medida que avanza las magnitudes transformacionales de la digitalización y las TICs en las relaciones de trabajo.

Muchas problemáticas provienen de los programas verificadores del uso de los dispositivos incoando registros en los correos electrónicos y las bases de datos. Enuclean asuntos vidriosos sustanciándose al alza en todo el arco de jurisdicciones. Se trata de elucidar el uso dado a dichas herramientas por los empleados a cargo: desde la fuerza de trabajo en general, pero, sobre todo, por parte de los teletrabajadores y los perfiles vicarios del empleador digital (jefaturas, alta dirección, etc). La doctrina judicial no es lineal ni homogénea, incluso infiere diferencias de enfoque en los pronunciamientos e instancias⁶⁷. Los matices teóricos devienen predominantes, y en realidad los tribunales recaban un método holístico de base deconstructiva que desglosa los antecedentes fácticos diseccionando el eje solutorio según los bienes jurídicos y las circunstancias de matiz concurrentes. El análisis casuístico y pormenorizado de las variables en cada supuesto es una premisa metodológica donde deslazar las intervenciones del trabajo en red. Como fenómeno llamativo, destaca la elevación de asuntos litigiosos a través del proceso especial de protección de derechos fundamentales (ex arts. 176 y ss LJS) y las peticiones de indemnización por daños morales previstas en su art. 183, tal como corroboraremos más adelante⁶⁸.

2. Manejamos, sin embargo, códigos de estructuración compleja y caracterización comprometida. En cuanto a lo primero, el derecho digital del trabajo presenta el imponderable de aunar sustratos de “triple abstracción”. El aspecto material (artilugios y herramientas digitales) se solapa con el estrictamente jurídico (reglas y dispositivos operativos) complejizándose las trabazones dialécticas entre ambos anclajes. Por si fuera poco, el simbolismo abstracto, proveniente del lenguaje informático y la IA, se entrelaza con la abstracción caracterizadora de los códigos reguladores. Estos integran un amplio abanico de actos jurídicos con posibilidades equivalentes de positivización formal, y con una doble derivada: ese mismo dinamismo licua las reglas jurídicas, minora las prescripciones imperativas, facilita su inobservancia, hasta derivar en códigos actuariales paralelos a la normatividad formal. Por cerrar la cuadratura del círculo, los códigos mercatorios instilan un darwinismo productivista y aceleracionista que entroniza la economía de empresa y los derechos económicos a costa de los derechos fundamentales, dando lugar a amplias potencialidades

67 Entre los pronunciamientos, destacan las SSTC 173/2011, de 7 noviembre, 96/2012, de 7 de mayo, 170/2013, de 7 de octubre, o la STEDH de 3 abril del 2007 (caso Copland). Sin embargo, conviene subrayar las diferencias de enfoque argumental y fundamentador de los pronunciamientos del Alto Tribunal según se aborden dichos temas por la sala 2ª o la sala 4ª; así, y respecto de esta última: SSTs de 26 de septiembre de 2007, 226/2017, de 17 de marzo, y 119/2018, de 8 de febrero; respecto de la sala Segunda: SSTs 528/2014, 777/2013, ó 1874/2017.

68 Vid. punto 3.2.f) y Anexos I.

vulneradoras de la dignidad, la intimidad y la personalidad profesional. Aparte lo anterior, y como decíamos, la regulación del trabajo a distancia y sus categorías parciales sufre descompensaciones sustantivas; entre otras cosas, elucida enunciados abiertos y performativos, a costa de códigos prescriptivos; incluso se resta fuerza a los incumplimientos de las obligaciones empresariales en esta materia sin códigos punitivos realmente disuasorios. Este desequilibrio entre los elementos reguladores y las restricciones reales materiales al final acrece las tensiones entre el derecho sustantivo y los mecanismos de protección de los derechos iusfundamentales. La realización aplicativa del trabajo deslocalizado ve entremezclar elementos de naturaleza material, sujetos a graduaciones, con derechos de vocación formal, que, por ello mismo, propenden alzar barreras protectoras anticipadas. Ahora bien, al elevarse los centros de imputación nomotética y reforzarse la capacidad de acción del poder digital directivo, minoran los niveles reales de protección de los derechos laborales y fundamentales, a pesar de la naturaleza “endocéntrica” de los bienes y valores jurídicos centralmente protegidos.

La clave solutoria de dichas tensiones institucionales nos lleva aplicativamente al juicio de ponderación constitucional. La tensión estructural de los dispositivos informáticos (TICs) y aquellos otros aptos para comunicarse digitalmente, puestos a disposición por las empresas a los teletrabajadores (ex arts. 7.a, h, j, k; art 17 y arts. 20 a 22 LTAD) es un asunto salpicado de aristas materiales y recovecos teóricos. Metodológicamente, los matices deconstructivos y el análisis con-causal de los bienes jurídicos en disputa elucidan la articulación del precitado juicio. Desbrozar los lindes de la vigilancia legítima o intrusiva es una labor hermenéutica alambicada “per se”, teórica y empíricamente. Según rubrica alguna resolución judicial, se trata de desbrozar un “análisis químico” de la afectación de la intimidad (STS. 7/10/2013; rec nº 77) empero ello, con un matiz relevante: el garantismo dable al derecho de intimidad digital y a la protección del entorno virtual, no es resulta extensivo a la inviolabilidad de las comunicaciones⁶⁹. Lo cual dilata los marcos de intervención del poder digital bajo el filtro realizador de las facultades de control y vigilancia tecnológica.

Así las cosas, los teletrabajadores recaban múltiples campos de almacenamiento informativo, y, salvo prohibición expresa de acceso por los protocolos internos, pueden acopiar datos que afecten variadamente a su expectativa de intimidad y al derecho al entorno vir-

.....

69 La STS de 7/10/2013 (rec. 777) clarificaría originariamente los términos teóricos del debate: “¿Es necesario que toda medida que afecte o pueda afectar a un derecho fundamental sea siempre acordada por un Juez? La respuesta no puede ser rotundamente afirmativa, por más que en ocasiones se puedan leer poco meditadas aseveraciones en ese sentido...La afectación de un derecho fundamental por sí sola no es argumento siempre suficiente para postular como presupuesto imprescindible la previa autorización judicial salvo explícita habilitación legal (vid. SSTC 206/2007, de 29 de septiembre, ó 142/2012, de 2 de junio). Que una actuación pueda menoscabar la intimidad -registro de una maleta o unos papeles- no significa a priori y como afirmación axiomática que no pueda ser acordada por autoridades diferentes de la jurisdiccional. La jurisdiccionalidad es exigible en algunos casos; en otros, no. Por eso la constatación de la incidencia de la medida -análisis químico- en la intimidad no comporta automáticamente previa habilitación judicial inexcusable”.

tual. El desequilibrio entre los derechos de la personalidad y los derechos económicos vuelve a reverdecir las tensiones existentes entre la arquitectura constitucional y la legalidad ordinaria. Hablamos de comunicaciones tuteladas al máximo nivel ex 18. 1º, 3º y 4º CE y de vaso alcance sustantivo, y así: contactos, fotografías, archivos personales, datos personales y de geolocalización, subsumibles en el derecho a la protección de datos, etc. Según avanzamos, los tribunales aplican métodos holísticos de reconstrucción material con vistas a una lógica atemperadora de los derechos y valores en juego, cuyos términos difieren relativamente en función del rango y ámbito competencial en cuestión. Trazar proyecciones se antoja aventurado, pero en verdad hay distintos metodológicos harto elocuentes entre los enfoques y tratamientos de la Sala 2º y la Sala 4ª del TS, amén de diferenciales en los fallos del TJUE y el TEDH. Aparte lo expuesto, destaca otro vector exegético: los tribunales al final operan panópticamente, más allá de del desbroce singularizado de las realidades fácticas. Esa exégesis sistémica del ordenamiento y de los valores en juego según los supuestos, amplía los márgenes realizadores del juicio de proporcionalidad Constitucional, entre otras cosas, porque lo contrario sería un “iter metodológico” ineficaz con vistas a una correcta labor apreciativa, y en justicia, de los propios órganos jurisdicentes.

Como avanzamos inicialmente, la doctrina científica deslindó pronto el marco de facultades del poder de dirección diferenciando las facultades directivas y las funciones de control, vigilancia y sancionadoras. Nuestra arquitectura regulatoria acopia ese distingo cuando disecciona las distintas facetas del poder de dirección, y sus códigos confieren sin ambages al empleador la titularidad del mentado poder (v.gr. art. 20.3 ET, ó art. 22 LTAD). Además, recaban las obligaciones de cumplimiento que atañen a la fuerza de trabajo, y que, como sabemos, se refrendan: ora a nivel general, con la referencialidad de los cánones de diligencia, colaboración y buena fe (ex art. 20. 1 y 2 ET) y a nivel particular en el régimen del trabajo a distancia (ex arts. 20 y 21 LTAD). El diseño cartesiano del art. 20 ET ubicaría las facultades de vigilancia y control en los contenidos subsiguientes del precepto (apartados 3 y 4), derivando a un artículo ulterior el reconocimiento de los derechos de desconexión y la protección de la intimidad al conjunto de la fuerza de trabajo (ex art. 20. bis ET). En pura técnica jurídica, habría sido más acertada la adición de un párrafo 5º al mentado precepto. Hemos tenido ocasión de pronunciarnos críticamente sobre la pérdida de la centralidad institucional del ET en esta materia⁷⁰. De hecho, tenemos un precepto vacío de contenido (ex art. 13 ET) y un juego de remisiones e integraciones colaterales a la normativa especial cuyos elementos dejan en el aire aspectos medulares del trabajo deslocalizado (ex art. 20 bis ET y arts. 17 y 18 LTAD).

Hasta la promulgación de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos



70 ALEMÁN PÁEZ F y CARMONA BAYONA E “Trabajo en remoto, intersecciones tipológicas y zonas de informalidad...”, op, cit, 2022.

Personales y garantía de los derechos digitales, el ET anudaba dos grandes cánones: uno general (apartado 3) y otro atinente a las verificaciones del estado de salud (apartado 4), sin embargo, la LOPD extendió las potestades directivas al ámbito digital (ex Disp. Final 13^a) añadiendo nuevos dispositivos de control al cuadro general de funciones fiscalizadoras (videovigilancia y geolocalización ex art. 20.bis ET “in fine”). La justificación del art. 20 bis ET encontró causa en motivos de coherencia estructural con la Carta de Derechos Digitales estatuidos por la mentada LOPD (art. 24 y arts. 87 a 91). A mi modesto modo de ver, el jaez de “iniciativas telegráficas” articuladas en esta materia, aun bien intencionadas en el “telos legal”, pecaron de ingenuidad, no en vano la experiencia empírica refrenda el aserto. Las reglas de la LTAD, y en particular sus arts. 19 a 21, constituyeron, más bien, una abdicación legislativa en los poderes de control directivo, incluso en clave ampliatoria. Las descompensaciones entre la ampliación de las facultades directivas digitales y la salvaguarda de los derechos fundamentales requieren apuestas correctivas claras, refrendadas como tales por el derecho positivo, esto es, mediante tratamientos con mayor contenido sustantivo y cánones más garantistas si cabe. La protección multinivel de los derechos iusfundamentales se antoja insuficiente, aun disponiendo de un vasto corpus hermenéutico judicial y doctrinal. Muy al contrario, la LTAD recaba un régimen de evagaciones y remisiones excesivas, y estas apuestas no hacen más que ahondar en la desprotección del estatuto de los teletrabajadores desde el filtro aplicativo de las facultades de vigilancia y control digital.

3. El régimen de controles del trabajo en remoto requiere identificar las relaciones obligatorias en derredor suyo, encuadrando tal categoría en el esquema organizativo que la circunda y a la postre fundamenta materialmente. Las verificaciones del rendimiento anudan ambas esferas, negociales y organizacionales, pues como digo el uso de las TICs espolea una problemática de invisibilidad operativa y de vulneración potencial de derechos fundamentales.

En verdad, el TAD singulariza gradualmente los códigos de vigilancia y control laboral, incluso polariza sus términos. Las TICs irradian multiformes cauces de interconectividad entre el trabajador y las unidades matriciales directivas. Estas herramientas pueden transducir “sine fine” las formas habituales de la vigilancia directiva a la hora de ratificar el desempeño de las obligaciones realizables a distancia y valorar su desenvolvimiento, dadas las amplias capacidades realizadoras abiertas por el poder algorítmico y la IA. Dejando a un lado las más sofisticadas y efectivas (videovigilancia y geolocalización), destacan los sistemas de alertas, los programas de control del tiempo de trabajo, el régimen de pantallazos aleatorios, o las conexiones y desconexiones visuales a través del móvil. Los “actos de injerencia técnica” resultan tan incisivos como inmediatos. Las supervisiones realizadas digitalmente operan en espacios de yuxtaposición socio-jurídica, con tensiones estructu-

rales entre los derechos económicos y los derechos fundamentales. Por si fuera poco, la IA amplía exponencialmente los marcos de acción de las facultades de control y vigilancia, dilatando con ello las posibilidades realizadoras del poder de dirección digital.

El alcance dable a los elementos de supervisión del trabajo deslocalizado es un factor dependiente del sustrato técnico-organizativo que dé soporte al mismo, lo cual correlaciona su objeto con los elementos modeladores de dicha fórmula de trabajo y los anclajes constitutivos de ella. La fisonomía otorgable concretamente al régimen de controles difiere en función de la modalidad de teletrabajo y el tipo de enlace electrónico habilitado entre la empresa y el trabajador a distancia⁷¹. Así las cosas, destacan dos variables dentro de dicho marco contingencial.

La primera variable enlaza con las estructuras orgánico-funcionales que den encaje material e institucional al trabajo deslocalizado. Nuestra categoría es un eslabón dependiente de cada estructura empresarial, económica o corporativa, y, en estos términos, el alcance del teletrabajo difiere según sea concebido como una estrategia de gestión intra-organizativa o extra-organizativa. Expuesto de otro modo. Los problemas materiales y jurídicos derivados de dicha fórmula prestacional y de empleo difieren “mutatis mutandis” en función del diseño estratégico materializado empresarialmente con ambas estrategias. La segunda variable es de índole secuencial y proyectiva, y depende de los procesos implementadores del teletrabajo, selección de los teletrabajadores inclusive. Trabajar en remoto puede ser concebido como una apoyatura contractual de orden coyuntural o estructural. La primera posibilidad se antoja limitada en términos temporales o funcionales (v.gr. contrato a término, teletrabajo parcial). Pero como decía, cabe habilitarlo igualmente como una estrategia de gestión de personal con vocación de permanencia. Hablamos esta vez de una conceptualización más ambiciosa de nuestro objeto que se irradia a otras dimensiones. Principia con procesos reglados de reclutamiento de los teletrabajadores, y engarza con las políticas de implementación del TAD junto a las acciones de seguimiento material y evaluador de dicha fórmula laboral⁷², como medidas neurálgicas con vistas a un correcto desarrollo del trabajo en remoto. El aurea del teletrabajo ocluye frecuentemente el universo material de la categoría matriz, cuando, lejos de ello, su implementación requiere



71 Para cotejar la configuración del teletrabajo parcial en la negociación colectiva y en clave autonómica, vid. respectivamente, SERRANO GARCÍA “La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva”, Bomarzo, 2019, pp. 49, 61, y 73 a 78; FERREIRO REGUEIRO “La conformación del teletrabajo en la negociación colectiva”, en “Trabajo a Distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el Derecho español y comparado” (Coord. Mella Méndez y Villalba Sánchez, Aranzadi, 2015, pp. 47 y ss; y EREÑAGA DE JESÚS “El control del tiempo de trabajo en el teletrabajo: una visión desde la negociación colectiva de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, RICRLDE, Vol. 7, nº 2, 2019, pp. 200-205.

72 Por no hablar en el vacío, vid. la Nota Técnica N° 412 del INSH sobre “Teletrabajo y criterios para su implantación”. Este documento perfila un programa-tipo en fases: estudio de viabilidad, criterios de selección y procedimientos, reclutamiento de teletrabajadores, puesta en marcha del proyecto piloto, evaluación e implantación formal. Se trata de un diseño análogo a la conformación de las políticas públicas, cuyos resultados deben revertir en los parámetros proyectados inicialmente, perfeccionando los programas de TT y TAD.

transitar fases cuyo decurso condiciona el funcionamiento de dichas fórmulas y el alcance correcto de las medidas de supervisión y control.

El alcance de dichas facultades también depende de la fórmula estatuyente del trabajo a distancia. La ley flexibiliza dichas posibilidades pues permite su constitución en los momentos genéticos de la contratación o ulteriormente durante el desenvolvimiento prestacional mediante compromisos de reversibilidad. La primera posibilidad tiene encaje expreso en los arts. 6 y 7 de la Ley 10/2021. El primer precepto requiere la formalización escrita del acuerdo de trabajo en remoto, y explicita que éste puede “estar incorporado al contrato de trabajo inicial o realizarse en un momento posterior”, con la sola condición de que ello se formalice “antes de que se inicie el trabajo a distancia”. El segundo precepto requiere, dentro de las menciones mínimas del acuerdo, la duración del mismo y los plazos de preaviso en los supuestos de reversibilidad (párrafos l, y g). Ese régimen viene desarrollado por el art. 8 LTAD cuyo contenido da carta de naturaleza a tales acuerdos modificatorios, previendo un juego de reglas para “pasar a trabajo a distancia o viceversa” (ex art. 8.3 LTAD). Así las cosas, el sistema de fuentes particulariza muy sustancialmente dicha fórmula de trabajo, condicionando “mutatis mutandis” el alcance de las facultades fiscalizadoras de los teletrabajadores. La autonomía de las partes juega, en efecto, un papel seminal, primero como anclaje constitutivo del vínculo a distancia, y, sin solución de continuidad, como referencia determinativa de su objeto. El carácter transversal del TAD materializa dicha fórmula de trabajo mediante pactos anexados a otro contrato de referencia, cuyos contenidos especifican los derechos y obligaciones del trabajador a distancia, y, sobre todo, el régimen de disposición funcional y locacional de los teletrabajadores. Ahora bien, muchos de estos asuntos no acaban concretándose ni en el acuerdo anexo al contrato matriz ni en los convenios colectivos, dejando en el aire la realización material de los tiempos de presencia y de trabajo en remoto y, sobre todo, las concatenaciones funcionales entre sendos anclajes. Todo ello forja una litigiosidad al alza, en los términos como veremos más adelante⁷³.

3.4. La dialéctica: inflación de las facultades de control directivo versus deflación de los códigos protectores de los derechos digitales

1. Los epígrafes anteriores infieren fenomenologías desequilibradas y distorsiones concomitantes en los procesos de implementación del trabajo en remoto y en las pautas de seguimiento aplicables materialmente. Gran parte de dichos desequilibrios tienen causa explicativa en la convergencia de dos subtipos de capitalismo: el capitalismo cognitivo y

.....
73 Vid. punto 3.2 y Anexos I.

el capitalismo de vigilancia. Ya vimos que ambos paradigmas interactúan recíprocamente y afianzan sendas tendencias político-regulatorias⁷⁴. Primero irradian un “poder instrumental” de orden “datista”, consuntivo, alienador, y multi-ubicuo, capaz de diluir cualquier ropaje moral intrínseco de los contextos informacionales⁷⁵. La interconectividad en red instila tales códigos a escala global, y los expande en todos los aspectos de la gestión y vigilancia del poder directivo, teletrabajo inclusive. La IA afina los mecanismos predictivos pero, a la vez, hetero-dirige los comportamientos en pro de resultados rentables. Esos mismos procesos llevan insertas mejoras y ampliaciones correlativas de las facultades de control y vigilancia tecnológica, cuyos términos se retroalimentan desde el ciclo aceleracionista en clave algorítmica.

El “feudalismo industrial” impuso en su día cánones de rentabilización maximalista, fundados en la racionalización gerencial y la optimización del factor trabajo. Sus vectores transitaron materialmente la rotación de los puestos y la ampliación integral de las tareas⁷⁶, y recabaron el régimen de los incentivos salariales como elemento de motivación para recompensar el esfuerzo de la mano de obra⁷⁷. Hoy el “*feudalismo digital*”⁷⁸, además de mantener tales códigos, los perfila a escalas más amplias. El capitalismo informacional entraña una forma perfilada y sofisticada de la economía de mercado que convierte lo inmaterial (datos) en mercancía (datismo comercial en red). Ambas lógicas capitalistas participan de un basamento consuntivo común, sin embargo, la segunda tiene una capacidad más que holgada para reorientar los comportamientos con la posesión instrumental de contenidos psicológicos (v.gr. psicometría) y la compulsión ab-reactiva del consumo digital. El problema es que las conductas intrusivas, una vez institucionalizadas, rebajan ellas mismas los ámbitos de la privacidad mental tanto como los umbrales de la vulneración digital. El rápido aumento de la entropía informativa genera sus propias fuentes de empoderamiento, las cuales legitiman un vasto régimen de invasiones parasíticas de la privacidad, esto último justo en los eslabones transductores de la oferta de bienes y servicios. El “feudalismo digital” interactúa en un orden económico que reclama para sí la experiencia humana, catalizada en datos, como materia prima rentable (gratuidad, descargas) y por ende optimizable (sociedad del coste marginal cero). Todas las informa-

.....

74 Vid. supra. 2.1 y 2.

75 Cfr. ZUBOFF S, “La era de capitalismo de la vigilancia...”, op, cit, 2020, p. 18.

76 Cfr. AGLIETTA M. “Regulación y crisis del capitalismo”, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1991, p. 105.

77 Cfr. TODOLI SIGNES A, “Control tecnológico: una propuesta de aplicación del triple juicio de proporcionalidad...”, op, cit, p. 236.

78 Construyo una versión vanguardista del “feudalismo industrial”, mentado en la STC 88/1985, de 19 de julio, según lo cual: “Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa... legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza” (FJ nº 2).

ciones del comportamiento, convenientemente analizadas y explotadas algorítmicamente, permiten mejorar los productos y servicios, ahora bien, otros elementos informativos de la privacidad, igualmente obtenidos a través de las TICs, quedan igualmente sujetos a regímenes de rentabilización y control. Las monitorizaciones habilitadas por la digitalización opera a modo de expedientes conductuales, potencialmente sujetas a verificación y vigilancia en clave fractal. Y como vengo significando, tiene suficiente capacidad modeladora de los comportamientos: desde los persuasivos, fundados en lógicas de rentabilidad y cumplimiento, hasta los invasivos, expropiadores de los derechos humanos.

El TAD, como medio transductor que es, participa de ese régimen de “objeciones instrumentales”. Las condiciones profesionales de los teletrabajadores allanan ese campo contingencial, y, al mismo tiempo, abonan un terreno expropiatorio de derechos laborales y fundamentales. Los nódulos de la digitalización (TICs) licuan las fuerzas ordenadoras de la gestión digital del trabajo, tanto como los vectores instrumentales integrables en él. Una de esas fuerzas amplía los marcos de acción de un poder directivo policéntrico que, como vimos antes, extiende sus radios de intervención y control con cada dispositivo tecnológico incorporable a las estructuras técnico-organizativas. Ahora bien, dichos reforzamientos generan efectos sistémicos. Unos vectores afinan las facultades de control al hilo de su aplicación experiencial a escala global y glocal, pero en ambos casos las fórmulas de explotación se antojan sutiles, entre otras cosas, porque invisibilizan la agudización del régimen de dependencias digitalmente. Otros vectores revierten a escalas más amplias: desde la producción de bolsas de precariedad y trabajo parasubordinado, hasta la generación de espacios potenciales de vulneración de derechos básicos y constitucionales. La lógica expuesta avala la subsistencia de desequilibrios en escalas opuestas, con ampliaciones tendenciales, y al alza, de las facultades de control digital frente a inercias deflacionarias en la efectividad de los códigos de protección.

El ámbito de las facultades supervisoras, y en concreto el establecimiento de marcos habilitadores que verifiquen los perímetros de utilización de las herramientas informáticas, es un asunto vidrioso, henchido de aristas técnicas y matizaciones materiales, y cuyos elementos concatenan sucesivas fases de realización hermenéutica y aplicativa. Soy de quienes piensan que nuestra arquitectura regulatoria (ET, LOPD, y especialmente la LTAD) resulta insuficiente para contener las alarmantes contradicciones de la economía de mercado, mucho más las distorsiones desplegadas por el tecno-capitalismo en el trabajo deslocalizado. La arquitectura del mismo en los tres textos legislativos referenciales (ET, LOPD y LTAD) deviene insuficiente con vistas a las necesarias correcciones que, de seguro, atisban la digitalización (proceso) y la digitalidad (ideología). Ambos vectores producen una considerable inflación de las facultades directivas y de las potestades de vigilancia y control. Hablo de un tratamiento legal insuficiente para

contener la expansión del poder digital directivo y las vastas potencialidades invasivas de la privacidad de las que puede ser objeto el trabajo en remoto. Pese a aumentar las acciones por violación de la intimidad informacional ex arts. 177 y ss LRJS, sigue siendo un cauce alambicado probatoriamente. Para mayor abundamiento, las delegaciones en las normas colectivas, previstas por la LTAD, son de momento cantos de sirena (y en tonos muy bajos) en el contenido de los convenios colectivos⁷⁹; y cuando ello tiene lugar, los tratamientos convencionales no instituyen límites de peso capaces de contrarrestar las desviaciones de poder producidas en los derechos fundamentales de los teletrabajadores.

La hipótesis barajada en este estudio es que teletrabajo ilustra dos tendencias en proporcionalidad inversa, con un fenómeno de “crecimiento inflacionario” de las facultades de control digital y a un segundo fenómeno, estructuralmente opuesto, de deflación de los códigos protectores iuslaborales. El panlogismo técnico-económico facilita la expansión unidireccional de la primera tendencia, religando empero los regímenes de protección de los teletrabajadores, ora desde un plano sustantivo y, sobre todo, de defensa procesal. Las funciones organizativas del factor trabajo y las actividades de control y vigilancia se anudan bidireccionalmente, y, como sabemos, constituyen piezas neurálgicas de la gestión de personal inherentes al poder directivo mismo. Los manuales de administración de empresas conciben estas funciones como un “continuum”, y enhebran una con-causalidad entre ellas. La racionalidad teórica (diseño de puestos) y práctica (gestión del trabajo en remoto) de cada esquema organizativo perfila los procesos de toma de decisiones, previa combinación de los recursos informativos, productivos y tecnológicos. Ahora bien, el capitalismo afianza, hoy más que nunca, una lógica de explotación maximalista de los recursos (factor trabajo inclusive) orientada a la optimización incremental del rendimiento contable de cada proyecto empresarial y económico. Desde esa óptica, el TAD viene a ser un reflejo especular de la hegemonía economicista y productivista⁸⁰ frente a la religación de los aspectos personales, fundamentales o socializadores. Prueba de ello es el contenido



79 Salvando a los sectores tecnológicos, e iniciativas de empresas puntuales, la negociación colectiva no extrae el arco de potencialidades que avizora la LTAD; sobre dicho abordaje convencional, vid. DE LAS HERAS GARCÍA “Trabajo a distancia y teletrabajo. Análisis crítico de normas y prácticas convencionales”, CEF, Madrid, 2021: 117-153), ALEMÁN PAEZ, “El trabajo a distancia...”, cit, punto 4.2; CAIRÓS BARRETO D “El papel y alcance de la negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo a distancia”, TyD nº 75, 2020, GOERLICH PESSET JM, “El trabajo a distancia en la negociación colectiva: primeras experiencias tras su reforma legal”, RICRLDE Vol. 9, n.o 2; vid asimismo la obra colectiva “Negociación colectiva y economía de plataformas”, coords. MIRANDA BOTO JM, BRAMESHUBER E, BARRIOS BAUDIOR G, MANEIRO VÁZQUEZ y PÉREZ DE PRADO D, Cinca, 2022.

80 HEIDEGGER, colacionando el significado del término “producción”, enhebra el concepto con el hecho de “traer lo presente”. La fenomenología de la producción propende suscitar la venida de lo presente haciéndolo aparecer; un “hacer venir”, ocasionar u originar (“veranlassen”; pp. 18 y 19). La lógica del rendimiento cortoplacista, catapultado por el tecno-globalismo, no deja de ser una vuelta de tuerca turbo-capitalista tras lograrse tecnológicamente la compresión de los códigos de espacio y tiempo. Algún sector doctrinal cuestiona si la productividad forma o no parte de la libertad de empresa (vid. REIS DE ARAUJO “El poder de control...”, op, cit, p. 133), cuyo relativismo comparto.

de los arts. 20 a 22 LTAD ex art. 20 ET, colmatados de sedimentos favorables a las facultades organizativas y de control directivo.

2. El escenario informacional requiere elementos correctores de las potencialidades vulneradoras de derechos abiertas por el capitalismo cognitivo y de la vigilancia. Solo así es posible contrarrestar verdaderamente la posición de “debilidad tecnológica” en la que está inmersa la fuerza laboral en general, y, en particular, los perfiles más imbricados en la digitalización. Como sabemos el art 20 bis. ET y los arts. 17 y 18 LTAD hacen un juego de remisiones a LOPDD en esta temática, sin embargo, las reglas de dicho texto devienen débiles, elusivas e inconsistentes para una justa protección del trabajo en remoto⁸¹. Lejos de tener códigos garantistas efectivos y auténticamente equilibradores⁸², caminamos en sentido opuesto, abriéndose un hiato cada vez mayor entre las facultades de control digital y el estatuto protector de los teletrabajadores. La LOPDD abre clamorosas ventanas de oportunidad a las facultades de control directivo. Aparte de dejar en el aire demasiados asuntos relevantes y de prodigarse en conceptos jurídicos indeterminados, su régimen abunda en llamamientos a la negociación individual y colectiva, que a mi modesto modo de ver crean un “efecto de deslizamiento” hacia las transacciones privadas, junto a un régimen de abdicaciones de los derechos de los teletrabajadores. Todo ello redimensiona, por si no lo estaba ya antes, las facultades de control y vigilancia digital.

Infiero lo expuesto comparando los contenidos de la LOPDD y la LTAD. Como sabemos el art. 87 de la LO 3/2018 instituyó unos códigos caracterizadores del derecho a la intimidad frente al uso de herramientas tecnológicas en las relaciones profesionales, junto a unas reglas operativas de realización material y sustantiva. Los registros de los terminales informáticos y los derechos de vigilancia empresarial sobre el uso de internet y correo electrónico condensan una fenomenología litigiosa al alza, sin embargo, la regulación adolece de atonía y escasez garantista, máxime con los vaivenes en clave reductora que viene haciendo gala la exégesis aplicativa del canon de proporcionalidad constitucional. El art. 87 LOPD fue un precepto bienintencionado empero lábil, con códigos que respaldan poco a los trabajadores a distancia y a los tele-trabajadores. Su contenido no deja de ser otra norma de reconocimiento (derecho a la intimidad ex apartado 1) que desampara los conceptos: “dato personal” y datos íntimos, insertas en el poder de disposición de los sujetos potencialmente afectados. Cuando los trabajadores utilizan las TICs dejan una

.....

81 La doctrina no ha cejado de mostrar sus críticas al contenido de la mentada LOPD; vid. por todos, BAZ RODRÍGUEZ “La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático”, TyD nº 59, 2019, p. 51; PRECIADO DOMENECH C. “Los derechos digitales de las personas trabajadoras...”, cit, pp. 19 y ss; ó RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. “Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes”, Aranzadi; 2019, p. 190.

82 Por no hablar en el vacío, e ilustrar al aserto, pienso las líneas avanzadas en el voto particular emitido por VALDÉS DAL RÉ en la STC 241/2012.

estela de su “personalidad digital” cuya “des-ocultación” violenta de pleno su identidad y el sustrato tentativo de ella⁸³. Con esta premisa, los apartados 2 y 3 del art. 87 LOPD y el juego combinado de los arts. 17 y 22 LTAD proporcionan, para mayor abundamiento, gran laxitud operativa al empleador en sus prerrogativas de vigilancia y control.

El art. 87. 2 LOPD habilita acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores, mientras que el art. 17.2 LTAD instituye un mandato prohibitorio de exigir la instalación de programas o aplicaciones en sus dispositivos y su utilización “en el desarrollo del trabajo a distancia”. Ahora bien, las reglas del acuerdo de trabajo en remoto, previstas en el art. 7 LTAD, dan amplios márgenes de transacción operativa (ex párrafos a) y h). El art. 17.3 LTAD deja abierta la posibilidad de utilizar las herramientas informáticas facilitadas empresarialmente con fines personales. Y mucho temo que las acciones realizables “a los solo efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales” ex art. 87 LOPD sufran un segundo efecto de deslizamiento en la segunda acción empresarial prevista en el mentado precepto: “garantizar la integridad de dichos dispositivos” (apartado 2 “in fine”). Paralelamente, la obligación empresarial de establecer los “criterios de utilización de los dispositivos digitales”, prevista conjuntamente por los arts. 87.3 LOPD y el art. 17.3 LTAD, al final revierte en las facultades directivas. Las políticas internas realizables en este campo pivotan sobre los clásicos “protocolos” o “códigos de buenas prácticas”, confeccionados muchas veces unilateralmente en sede empresarial, con la mera salvedad de hacer participar a los representantes legales (art. 87.3 LOPD “in fine” y art. 17.3 “in fine”). Por cerrar la cuadratura del círculo, los estándares mínimos de protección de la intimidad de los trabajadores a distancia se ultiman en función de los “usos sociales” de dichos medios. No es baladí la repetición de dicha fuente en el contenido del art. 17.3 LTAD. Ahora bien, pese a la oportunidad integradora, puede erigirse en fuste legitimador de hechos consumados. Colacionar los hábitos sociales como canon hermenéutico da un relativo sostén a las expectativas de

.....

83 Como apunta la STC 173/2011, 7 de noviembre: “Es evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc. Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que todos ellos configuran un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE... sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Por ello deviene necesario establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular la intimidad personal, a causa del uso indebido de la informática, así como de las nuevas tecnologías de la información”.

intimidad⁸⁴, pero por el lado opuesto añade un dispositivo ampliatorio de las facultades de vigilancia y control⁸⁵.

4. EL CONTROL DIGITAL DIRECTIVO Y SUS LÍMITES EN EL TRABAJO DESLOCALIZADO

4.1. Los controles del trabajo deslocalizado y la intimidad y la personalidad profesional como epicentros de protección

1. Según venimos significando, el trabajo deslocalizado acrece las potencialidades funcionales del contenido de la prestación, y, a la vez, cataliza tecnológicamente las formas de control y vigilancia directiva. Recaba dispositivos técnicos y herramientas digitales (TICs) con vistas a una ordenación distópica, descentralizada y auto-gestional de las actividades profesionales. Transduce estructuralmente, y en clave flexibilizadora, sendas condiciones básicas: lugar y tiempo de trabajo, modalizando los derechos y obligaciones tanto como las facultades de dirección y control. Al disponer de márgenes realizadores dúctiles, sin ajustarse “prima facie” a módulos fijos, redimensiona los mecanismos de vigilancia directiva. El trabajo deslocalizado opera cual células abiertas de laboralidad, y, en ese aspecto,

84 Valga en este aspecto el hilo argumental de la STS 26/9/07 (Rec nº 966/2006, Ponente: Desdentado Bonete): “En este punto es necesario recordar lo que ya se dijo sobre la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio. Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado “una expectativa razonable de intimidad” en los términos que establecen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (caso Copland) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo de protección de los derechos humanos” (FJ nº 4).

85 Las consideraciones expuestas adquieren consistencia colacionando los contenidos de los arts. 88 y 89 LOPD. Este último precepto habilita el uso de dispositivos de videovigilancia y grabación de sonidos cuando hayan captado la “comisión flagrante de un acto ilícito”. La expresión permite extender su cobertura a cualquier actividad no permitida, dada la locución adjetival “ilícito” (ex DRAE), subsumiendo, por ello, las conductas ilegales o delictivas, así como los comportamientos vetados prescriptivamente en cualesquiera dispositivos (v.gr. pactos colectivos, acuerdos individuales, prácticas protocolarias, manuales de acogida, etc). Por su parte, el derecho de desconexión ex art. art. 88 LOPD, pese a valorizar bienes jurídicos dignos de protección (ex arts. 10, 39, 43 ó 45 CE) peca en remisiones y construcciones programáticas, y escuda mandatos prescriptivos, que en nuestro caso son básicos para un justo equilibrio de los intereses protegibles.

transduce las tareas realizables en dos planos secantes: modalizándolas y catalizando el correcto cumplimiento realizador de las mismas. Los contenidos funcionales operan mediante “píldoras de gestión digital” que concatenan cometidos de alcance y naturaleza heterogénea (v.gr. recepción de correos electrónicos, con directrices realizadoras, módulos de gestión, proyectos, atenciones preferenciales, etc). A su vez, estos elementos transitan a los dispositivos fiscalizadores de los referidos encargos, cuyo alcance vuelve a ser heterogénea (supervisión directa “on line”, diferida, en planos de horizontalidad o verticalidad, etc). El filtro tecnológico anuda, en fin, el régimen de obligaciones y verificaciones concomitantes, ya provengan estas de órdenes explícitas, emitidas por los superiores a cargo, o sean mandatos implícitos de desempeño auto-gestional.

El mercado cuenta con herramientas realizadoras del teletrabajo a través de aplicaciones versátiles y funcionales del mismo (vid Anexos III)⁸⁶. El diseño de dichos dispositivos permite abarcar múltiples manifestaciones realizadoras: desde regímenes de fichajes, cronogramas semanales y mensuales, horarios de entrada y salida, códigos de activación, ratificaciones de los superiores jerárquicos, días de ausencia, licencias y vacaciones, etc. La aplicación de dichas herramientas salda muy solventemente las previsiones generales de vigilancia, control y verificación de las obligaciones laborales. Además, transducen los códigos de registro diario de la jornada y de las franjas horarias, pues dejan constancia formal de los módulos de inicio y finalización de la jornada de los teletrabajadores (ex art. 20.3 y 34. 9 ET). Estos dispositivos, debidamente programados, y sustanciados los trámites debidos de información y participación con los representantes, pueden solventar la compleja ponderación de intereses de las facultades de vigilancia directiva y de preservación de los derechos de la intimidad y personalidad. La normativa del trabajo a distancia corrobora estos patrones flexibilizadores en varios pasajes y con distintas vertientes: desde aspectos de índole conceptual (ex arts 1 y 2 LTAD) hasta los códigos de naturaleza sustantiva (ex arts. 5 y 7.d). Su régimen dilata las posibilidades de ordenación material del trabajo en remoto (v.gr. horario flexible ex art 13 LTAD) y, con ello, los controles aplicables al mismo (ex arts. 20 a 22 LTAD). La doctrina judicial requiere que los mecanismos de registro de la jornada eluciden sistemas objetivos y fiables, lo cual abre importantes ventanas de oportunidad y experimentación a dicha herramientas en tanto en cuanto dejen trazabilidades objetivas, cotejables y comprobables del tiempo laborado, los tempos horarios y los módulos de trabajo en remoto.

La LTAD acopia una amplia batería de términos al juridificar las transducciones del trabajo deslocalizado. Así, los 17 a 22 LTAD hablan de: “medios telemáticos”, “dispositivos automáticos”, “herramientas tecnológicas”, “medios tecnológicos de comunicación empre-

.....

86 En el Anexo II integramos cuatro funcionalidades técnicas del teletrabajo, cuyos términos elucidan las posibilidades operativas del mismo.

sarial”, “programas”, “aplicaciones”, “dispositivos digitales”, “equipos y útiles informáticos”, o “tablón virtual”, “comunicaciones entre los trabajadores trabajadoras a distancia”, “medidas de vigilancia y control”, o “medios” a secas. Nuestro régimen iuspositiviza un cuadro nocional respecto del abordaje aplicativo de las herramientas digitales, cuya amplitud terminológica, más que elocuente por críptica en conceptos y sintagmas (abstracción nocional aparte), sintoniza con la sofisticación del universo de herramientas tecnológicas. El aparato nocional descrito y las herramientas colacionadas ilustran uno de los trasfondos de nuestro objeto. El TAD, con su doble halo de “distalidad y proximidad aurática”, filtra los sistemas clásicos de control directo y mediato del trabajo licuándolos tecnológicamente. Atrás quedan las fórmulas legales que conceptuaban tales fórmulas como modalidades “sin vigilancia del empresario” (otrora art. 13.1 ET “in fine”), o, como rubricaba su texto precedente, “sin la vigilancia de la persona por cuenta de la cual trabaje, ni de representante suyo” (art. 144.LCT). La eliminación de dichos códigos conceptuales por la Ley 3/2012, de 6 de julio, vino a refrendar un macro-segmento de la realidad sociolaboral superado por el contexto técnico, habida cuenta de los multiformes caminos de realización de las TICs y el universo de herramientas aplicativas que abren. La informacionalización y la conectividad en red han cambiado de forma abrupta y vertiginosamente los sistemas de vigilancia y verificación presencial, a cambio empero de instituir un régimen de controles indirectos e invisibles, cuyos extremos se digitalizan con un sinfín de fórmulas algorítmicas.

Aunque la presencia física del teletrabajador en las instalaciones de la empresa pase a un segundo plano, el peso concreto del factor locativo es una variable dependiente del tipo de trabajo deslocalizado y del régimen pactado al efecto. La dialéctica “presencialidad” / “trabajo en remoto” admite múltiples combinaciones, incluso polaridades estructurales, ahora bien, la relatividad de los lugares físicos de realización prestacional, no alteran la relación de sujeción que vincula a la persona teletrabajadora con el círculo rector y organizador empresarial. En términos técnico-jurídicos, ambas partes se emplazan a un esquema organizativo y/o tecnológico predeterminado, que, al operar al margen de los códigos de estricta presencialidad, tamiza los cánones del tipo común ex art. 1 ET, sobre todo los criterios de dependencia, subordinación y prestación personal. Ahora bien, la retracción de la vigilancia directa, incluso la atenuación de los elementos típicos Estatutarios, se atajan con relativa facilidad con otros soportes compensatorios cuyos elementos acrecen, de darse el caso, los márgenes de intervención directiva. Es más, hipostasiamos una intensificación incremental de las medidas de vigilancia digital, dadas las melifluas cortapisas de la LOPD y el carácter abstruso de importantes segmentos regulatorios de la LTAD.

Evidentemente, la “distalidad espacial” del trabajo deslocalizado atenúa las medidas de vigilancia directa pues no hay un control personal e inmediato de los teletrabajadores, ahora bien, esta retracción no lamina la facultad directiva, tan solo modula -y sofisticada- los

medios fiscalizadores de la tarea laboral desde el desenvolvimiento del vínculo a distancia desde la versatilidad instrumental de los dispositivos conectivos. Los teletrabajadores desenvuelven el débito contractual en un escenario profesional que flexibiliza “in extenso” su estatuto jurídico. El trabajo tiende a deslocalizarse espacialmente, entre otras causas, gracias a los nódulos de conexión permanente habilitados por las TICs y la conversión de dichas herramientas en tolvas receptoras de datos y focos de gestión informativa. En ese contexto, la deslocalización espacial se compensa, incluso en clave de refuerzo al alza, mediante un estatuto de “ultra-disponibilidad telemática y comunicativa”. De ahí que, como vengo significando, tamaña inconmensurabilidad informacional-laboral requiera, en justicia sustantiva y preventiva, marcos más garantistas, máxime cuando la sofisticación técnica llega a ser incluso una variable independiente del régimen de controles.

En el trabajo a distancia los sistemas de control inicial y final del trabajo permanecen pues de uno u otro modo acotan objetualmente la dación del encargo/cometido a través de su desenvolvimiento en remoto. Sendos anclajes especifican los elementos determinativos del débito funcional (ex art. 1271 y 1273 CC) y a la vez proyectan el régimen de fiscalizaciones finales o parciales del poder de dirección⁸⁷. Donde sí hay grandes matices es en los controles intermedios, cuyas transducciones dilatan los márgenes de intervención de la vigilancia tecnológica. Es además el ámbito que verifica el cumplimiento de la prestación actualizando su contenido. La “transversalidad” del trabajo deslocalizado le lleva a interaccionar con el conjunto de categorías iuslaborales, y esta tarea de inter-penetración institucional tamiza el cuadro de derechos y deberes del vínculo. Prueba de ello son los paradigmas articulados alrededor del teletrabajo, cuyo abanico forma incluso un marco conceptual propio. “Telepresencia”, “telesubordinación”, “teledisponibilidad”, “teleprestación”, entre otros términos, tamizan muy significativamente el desenvolvimiento del TAD, modalizando, de consuno a ello, las categorías de las cuales dimana jurídicamente.

En términos de capital humano, la separación espacial de los teletrabajadores también recaba lógicas de aproximación que compensen el condicionante de la distalidad física. No me refiero a las TICs propiamente dichas sino a regímenes de “coordinación imperativa” entre las unidades matriciales de la organización y el abanico de células laborales en remoto. La fluidez comunicacional e informativa son claves estratégicas y consustanciales del trabajo a distancia. Lo son respecto del cumplimiento diario y habitual de las obligaciones profesionales, pero también con vistas a una correcta proyección funcional de dichas fórmulas de trabajo. Si la modalización del contrato es una premisa operativa en la actualización empresarial del débito, dichas facultades determinativas se cualifican fenoméricamente en el trabajo deslocalizado. En el TAD los “velos estructurales”, sean estos

.....

87 Vid. DE LA VILLA LE y GARCÍA NINET I “Contrato de trabajo a domicilio”, en “Comentarios a las Leyes Laborales” (Dir. Borrajo Dacruz), Tomo III, Edersa, Madrid, 1985, p. 332.

de índole estrictamente laboral, técnico-digitales u organizativos, se tornan fluidos, y despliegan sinergias bidireccionales para las empresas y el conjunto de teletrabajadores. Eso sí. Dado que el poder tecnológico dilata expansivamente el “foco panóptico-digital”, este último expande sobremanera las capacidades distorsionadoras, tanto como las “verdades almacenables” y las trazabilidades surcadas digitalmente para su obtención.

El eje nodal del problema hunde sus raíces en el uso distorsionado de nuestro objeto frente a los dispositivos técnicos de vigilancia directiva. No hablo solo de la utilización subrepticia de prácticas conocidas (falsos autónomos, economía sumergida, etc), ni si quiera de la construcción de velos artificiosos en sofisticadas redes triangulares. Hablo de la amalgama de filtros de control diseñados algorítmicamente y de la utilización espuria de dichas formas de oculto dominio político (v.gr. software espías)⁸⁸. Precisamente es en estos ámbitos donde las herramientas digitales despliegan un papel más estratégico a fuer de silente y subyugante. Las TICs pueden en efecto diluir la “presencia física realizadora” de la prestación, pero a cambio intensifican los controles de la ejecución y la vigilancia del rendimiento. No en vano, entronizan un canon de “*cercanía tecnológica*” cuyos elementos se licuan fenomenológicamente a través de los medios afianzados por el capitalismo de vigilancia.

La sofisticación de las TICs hegemoniza la centralidad de tales herramientas retroalimentándolas gracias al carácter multi-ubicuo, algorítmico y “ocultante” de la digitalización y la digitalidad. Muy al contrario, permiten desplegar un régimen de controles incluso más incisivos e ininterrumpidos que los realizados tradicionalmente con la asistencia física y personal a centros presenciales. Por no hablar en el vacío, un caso ejemplificativo estriba en las acciones evaluadoras, clasificatorias y de rendimiento de los teletrabajadores. Las empresas vigilan a sus plantillas en aras de un objetivo maximalista de competitividad económica general y de productividad del factor trabajo. Pese a las medidas previstas para estos casos (ex art. 20.bis ET “in fine”, art. 87 LOPD, y arts. 17 y 22 LTAD “in fine”), son reglas dúctiles, con códigos muy genéricos de protección. Las facultades abiertas por la tecnificación al poder directivo digital permiten actuar en los procesos de trabajo, presenciales o a distancia, a espaldas de los teletrabajadores, incluso sin conocimiento de los métodos instituidos por los programas informáticos de seguimiento y fiscalización. El “látigo digital”⁸⁹ expande tales facultades exponencialmente pues al catalizar las formas de comunicación de las empresas y los trabajadores (v.gr. WhatsApp) redimensiona a la vez el papel de las jefaturas y encargados de la gestión gracias a los dispositivos de control

.....

88 Analizando la jurisprudencia vertida al hilo de la revolución informacional, comprobamos toda una “nomenclatura tecnificadora” en los antecedentes de los pronunciamientos judiciales. Los Anexos.1. ilustran dicho lenguaje: v.gr. dispositivos “tracker”, “activtrack”, “staffomatic” (ex SAN 6/2/19 y 21/6/19; TSJ CATALUÑA 21/6/19; ó TSJ MADRID 22/7/19).

89 HERTZ L “El siglo de la soledad”, Paidós, Barcelona, 2021, p. 197.

y vigilancia, generalmente intensificando y sofisticando a la vez sus fórmulas operativas. Todo lo expuesto confirma el hiato, cada vez más desequilibrado, entre la densificación de los cauces de vigilancia ejecutiva y las deflaciones concomitantes en garantías laborales.

2. Llegados a este punto, conviene colacionar la fundamentación teórica de los derechos de libertad e intimidad informática y sus conexiones con los “derechos de la personalidad”. Hablamos de anclajes fundantes de la persona que, en análoga relevancia iusconstitucional, requieren estándares de protección equivalentes a su significación intrínseca (bases personales entativas) y extrínseca (relaciones sociales y digitalizadas). Las normas de protección de datos constituyen uno de dichos epicentros protectores. Dichos códigos adquirieron carta de naturaleza para reforzar los derechos de la personalidad e intimidad, cubriendo asimismo las insuficiencias de los mecanismos clásicos de protección de la privacidad en el contexto de la tecno-informacionalización⁹⁰. En nuestro caso, debía darse un contenido sustantivo propio a categorías intrínsecamente lábiles, por emergentes, como la “libertad informática”, bajo las parcas previsiones del art. 18.4 CE, y cuyos códigos tienen ahora un mayor fuste cimentador en la normativa especial (LOPD, LTAD). El tratamiento dable al meritado derecho tecno-emergente, y de propendida consideración autónoma, debe acompañarse de un cuadro de garantías que brinde a los ciudadanos una protección eficaz frente a un arsenal encubierto de intrusiones ilegítimas, no deseadas, al socaire aplicativo de las herramientas digitales. No es baladí que, siendo un derecho intrínsecamente plástico, el TCO tuviera que precisar categorías parciales de la intimidad insertas en la libertad informática. Su cuadro abarca el derecho a requerir “el previo consentimiento para la recogida y uso de datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos” (STCO 292/2000, de 30 de noviembre)⁹¹.

Según apostillara la dogmática del TC, el poder de disposición de los datos personales colige un “derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones de la dignidad y la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”. Los derechos imbricados en la digitalización del trabajo se manifiestan en dos planos: desde una vertiente positiva (libertad informática) y negativa “versus restrictiva” (intimidad informática). Ahora bien, las dimensiones iusfundamentales de la intimidad ex art 18 CE se anudan a las dimensiones procesales, o garantías de indemnidad ex art. 24 CE. Por si

.....

90 En palabras del TC: “Sin necesidad de exponer con detalle las amplias posibilidades que la informática ofrece tanto para recoger como para comunicar datos personales ni los indudables riesgos que ello puede entrañar, dado que una persona puede ignorar no sólo cuáles son los datos que le conciernen que se hallan recogidos en un fichero sino también si han sido trasladados a otro y con qué finalidad, es suficiente indicar ambos extremos para comprender que el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) no aporte por sí sólo una protección suficiente frente a esta nueva realidad derivada del progreso tecnológico” (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ nº 4).

91 Rec. nº 1463/2000; vid. asimismo, SSTCO 254/1993 y 94/1998.

fuera poco, la protección de la intimidad es un canon secante cuyo disfrute depende del ejercicio de otros derechos fundamentales (STCO. 11/1998, de 13 de enero). Así pues, si manejamos una fenomenología bifronte, tan estructural (dimensión sistémica) como potencialmente des-estructuradora (dimensiones personalísimas), imperan, mucho más si cabe, refuerzos concomitantes de las barreras protectoras de tales derechos. Solo así puede contenerse, en términos ecuánimes y de política del derecho, la vastedad de intrusiones permisivas (empero no deseadas) que augura la realización material de las facultades de vigilancia insertas en el poder directivo digital. No se trata sólo de los tradicionales derechos a la intimidad, al honor y a la vida privada y familiar, sino de anclajes que brindan apoyo cualificante al ejercicio pleno de los derechos básicos Constitucionales.

Obviamente, barajamos categorías de difícil precisión teórica y empírica, incluso rayanas el iusnaturalismo filosófico. Aúnan aspectos entativos, como la dignidad y la intimidad personal y profesional, y que dan fustes, morales y jurídicos, a la mismidad del SER (la mayúscula se antoja obligada). Pero es que, además, sus códigos se enhebran en la proyección social de los ciudadanos-trabajadores. A la naturaleza elástica y co-agente de dichos institutos jurídicos, se suma el hecho de haberse construido en un escenario relativamente próximo empero muy distinto del actual, dada la configuración de tales derechos en 1978 y la escueta redacción dada por el Constituyente al art. 18 CE⁹². Así las cosas, reitero una premisa teórica, operativa y valorativa: las violaciones de la intimidad digital elucidan aspectos *entativos de la condición humana* que definen la dimensión personalísima de los individuos. Hablamos también de *códigos relacionales* con elementos inherentes a la *“personalidad profesional”* de los trabajadores. La preservación de dichos cánones debe garantizarse de un modo prevalente porque, entre otras cosas, afianza al ciudadano-trabajador su condición de sujeto autónomo (y propensión anónima) en el desarrollo de las relaciones sociales, tanto como la preservación de la calidad de vida misma. Estos dos campos, personal y social, de la intimidad, ora general e informática, explica la protección pública imperante al meritado bien, y, por ende, fundamenta la necesidad de contar con instrumentos contundentes para la defensa de dicho patrimonio jurídico. Anclajes todos que, como bien se encarga de subrayar el art. 1.3 la LO 1/1982, de 5 de mayo, resulta “irrenunciable, inalienable e imprescriptible”.

Los derechos de personalidad representaron en su momento una atalaya defensiva de la vida privada. Garantizaban, justamente, el tránsito desde la vida agraria a la vida

.....

92 En la teórica de los derechos de la personalidad no fue empero fácil la selección del concepto matriz -intimidad, identidad, privacidad-, cuyo origen deviene del juez estadounidense Cooley y de la elaboración teórica de los profesores WARREN S y BRANDEIS L (1890: 193 y ss). La puesta en circulación del referido concepto propendía reaccionar contra las proyecciones de invasión en la vida privada de las personas. Desde esa concepción originaria, la privacidad se descompondría en dos vertientes anudadas entre sí: el derecho de estar solo y el derecho a estar tranquilo o a ser dejado en paz (“to be let alone”). La traducción castellana de aquel concepto derivó en el término “intimidad” ex art. 18 CE.

urbana, con un factor transformacional de análoga disrupción sistémica al momento en curso: la primera revolución industrial, la generalización de las relaciones profesionales por cuenta ajena, y la entronización de una disciplina de fábrica⁹³. Como digo, ese motor transformacional vuelve a repetirse con la revolución científico-técnica. La sociedad-red explota los vínculos societales “on line” (alteridad tecnificada inclusive) y, pese al gregarismo y aislamiento locativo de las nuevas tecnologías, al final multiplican exponencialmente -y de manera multi-ubicua- los sistemas de dependencias cibernéticas e informacionales. El decurso historiográfico pone otra vez sobre la mesa un evento de mayor magnitud transformacional: el aceleracionismo tecnológico, propulsado por el capitalismo cognitivo y de la ultra-vigilancia. El capitalismo cognitivo, y la servidumbre de la accesibilidad en red, crean sus propios aparatos de sumisión y control, empero, con la variable de hacer invisibles las fuentes de dominación y empoderamiento, poder digital directivo inclusive. Por ello los ordenamientos deben propender, en entidad equivalente a los fenómenos en curso, códigos correctores que atajen el caudal de vulneraciones potenciales del derecho a la intimidad personal e informática, y la dignidad de las personas trabajadoras.

Las dificultades de defensa de los derechos de la personalidad devienen, entre otros aspectos, de la complejidad definatoria y delimitadora de tales categorías jurídicas. El TCO ha evidenciado el problema -quizás irresoluble- de definir categorías genéricas con precisión absoluta, máxime cuando la sustancia de tales instituciones detenta un “substrato dignitativo” ex art. 10 CE. En efecto, hablamos de ámbitos reservados “frente a la acción y conocimiento de los demás” (STCO 57/1984, FJ 5º), de reductos donde “se veda que otros penetren” (STCO 73/1982, FJ 5º) y de espacios de auto-disposición que deben quedar fuera del conocimiento de los demás “para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STCO 231/1988, FJ 3º). Ahora bien, las TICs despliegan densos y trascendentales componentes socializadores y re-socializadores. Se desenvuelven en espacios virtuales que dilatan los escenarios de compartimiento informativo y de relaciones comunicativas a distancia. Lo cual inmiscuye lúbilmente, esto es, los derechos a la intimidad, honor, imagen y secreto de las comunicaciones ex art. 18 CE. Los derechos de la personalidad, y a mi entender el derecho a la “*personalidad profesional*”, son un patrimonio-reducto del “trabajador del conocimiento” y de la “gestión informacional”. Trabajadores todos que “*mutatis mutandis*” integran y despliegan valores dependientes de lo que los demás lleguen a (re) conocer de cada sujeto, justo a través de su exposición personal y profesional en plataformas virtuales, y, por ende, de las informaciones obtenidas mediante la ejecución del poder digital directivo.

.....

93 Vid. PÉREZ ROYO J. “Curso de Derecho Constitucional”, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 88.

Es en tales ámbitos donde comprobamos con mayor claridad los desajustes de las categorías jurídicas con las intrincadas transformaciones informacionales. La revolución digital es un potente mecanismo procesador de información que cada sujeto recaba para desenvolverse socialmente, pero los dispositivos digitales también son una atalaya meta-proyectiva de la libertad de expresión del sujeto, esta vez como actor jurídico individual, iter-ativo e interactivo. Las intromisiones ilegítimas de la intimidad informática acaban repercutiendo de uno u otro modo en la vida social, civil y política de los ciber-trabajadores, cuyos perfiles, dicho sea de paso, devienen hegemónicos por el uso dominante y tributario de artilugios digitales. El tratamiento dable a estos temas, a efectos de saldar su adecuación con la doctrina del TEDH, predispone un complejísimo horizonte hermenéutico y operativo. Muchas claves del problema encuentran causa en la progresiva licuefacción de la intimidad informática y los derechos entativos de la persona. Las dilataciones exegéticas de los instrumentos de control informático pueden venir avaladas por el asentamiento de una “sociedad democrática digitalizada” y la institucionalización de unas reglas operativas, que, como la LTAD, se antojan incipientes, a fuer de insuficientes. Ahora bien, si examinamos los fustes interpretativos de la doctrina del TEDH en este asunto (v.gr. caso *Barbulescu/ Rumanía*) y colacionamos comparativamente las tesis del TJUE en temas de libertad económica, lo que en verdad corroboramos es una paulatina desprotección de los derechos de intimidad informática frente a protecciones al alza de los intereses económicos empresariales.

Las magnitudes de la tensión entre los derechos iusfundamentales de la personalidad profesional y el derecho cívico de la libertad de empresa requiere su consideración en clave entativa y perspectivista, no economicista ni productivista. Y es que cuando el sujeto no ve suficientemente protegido su honor, intimidad, reputación o imagen frente al uso desviado de informaciones obtenidas digitalmente, se abarata la intimidad del SER degradándola. El principal efecto perverso de la digitalización transita eso sí por el descrédito del pudor. La degradación de la moral, y de la ética del trabajo, lleva a considerar dichos anclajes como construcciones culturales cuando, por el contrario, son el fuste endocéntrico de la persona y de los derechos de la personalidad. Manejamos cualidades lógicas y razonables, merecedoras del mayor nivel de protección. De no ser así, abrimos en canal hipotecas sedicentes de la libertad y autonomía del sujeto cuando adopte decisiones en la vida civil y laboral. Sus transgresiones comprometen las carreras laborales y el desarrollo socio-profesional de los ciudadanos-trabajadores. Todo ello avala las tesis reforzadoras de los instrumentos de garantía (sustantiva) y respuesta (rituarial) frente al universo devocionario del poder digital y el jaez de potencialidades vulneradoras que entrañan sus herramientas aplicativas.

4.2. La conflictividad tendencial del trabajo deslocalizado y su problematización litigiosa

1. Según avancé inicialmente, el trabajo deslocalizado bosqueja una evolución lineal y en tonos bajos, con una fase puntual de crecimiento espasmódico, coincidente con la crisis sanitaria y la entrada en vigor del RDL. 28/2020, de 22 de septiembre, seguido de un período de reubicación institucional en curso. El desarrollo material del mismo combinó en su momento ingredientes de índole profiláctico y funcionalista⁹⁴. Las trayectorias del SARS-19 y el TAD tuvieron puntos de conexión harto elocuentes, de hecho, las afectaciones más virulentas del Covid coincidieron con cambios evolutivos en el desenvolvimiento del trabajo en remoto, ahora bien, una vez superada la primera causación, la génesis del trabajo en remoto recaba otros elementos realizadores. La multifuncionalidad y polimorfismo de su objeto proporcionan esos soportes explicativos, pues de ser formas de laboralidad limitadas y restringidas a ciertos sectores, laborar a distancia es ya, sin ambages, una categoría conocida y funcionalista. Así las cosas, dicho desenvolvimiento desvela problemas relevantes no resueltos en su régimen jurídico, sobre todo lo relativo al sistema de fuentes. Elaborar fórmulas magistrales, de alquimia incluso bienintencionada, para colmar categorías huérfanas, necesitadas de regulación, no es sinónimo de éxito en términos de política legislativa. El trabajo deslocalizado, de ser “casi nada” (otrora art. 13 ET), ha transmutado en “casi todo”. Más bien, hay un uso oblongo (incluso alegre) del prefijo “-tele”, empero, con hiatos de separación sustantiva. Como sabemos, los giros abruptos realizables en cualquier abordaje jurídico siempre aparejan elementos no previstos en la génesis de las categorías, y esas imprevisiones aumentan su entidad cuando la realidad material supera lo normado y/o cuando las fuerzas modeladoras del derecho trazan trayectorias disímiles, incluso opuestas, frente a los mandatos legales o sus proyecciones últimas.

El carácter fractal del teletrabajo y sus inervaciones lo diferencian muy sustancialmente de cualquier otra institución laboral. En nuestro caso, el diseño aplicativo del sistema de fuentes proyectado en la LTAD y los límites arbitrados en el texto demuestran un derrubio sin paliativos de aspectos básicos de dicha arquitectura institucional y regulatoria. Ya en su momento equiparé dicha evolución ideográficamente con un péndulo. Las intensas oscilaciones en su objeto reflejan esa convergencia de factores, de hecho, la trayectoria pendular del teletrabajo transduce el complejo juego de equilibrios transitados por las categorías centrales e indirectas del mismo, hasta lograrse una relativa normalización. Ahora bien, esa ideografía pendular ya infiere efectos gravosos, y de necesaria corrección, cuando la

.....

94 Sobre el peso de ambos parámetros y sus conexiones dialécticas, vid ALEMÁN PÁEZ F “El trabajo a distancia en la postpandemia”, en la obra colectiva *El Derecho del Trabajo postpandemia y el modelo de protección laboral del futuro*, Coord: López Ahumada E, Eds. Cinca, 2022, particularmente, el punto 2, pp. 52 y ss.

litigiosidad irradia su práctica aplicativa. Decían los pitagóricos que “el principio es la mitad del todo”, y, visto el axioma al trasluz de nuestro objeto, esa mitad (regulatoria) no puede permitirse imprevisiones de calado cuando se norma por primera vez una institución tan alambicada como el teletrabajo; entre otras cosas, porque esos primeros pasos hipotecan los cimientos vertebradores de todo su espectro institucional, y, con ello, la evolución correcta o viciada del mismo⁹⁵. Las problemáticas que “per se” rodean el teletrabajo se retuercen si la regulación no cubre las reglas precisas con vistas a un correcto desenvolvimiento de su espectro institucional. Máxime en una maraña abigarrada de dispositivos, protocolos, programas colectivos, pseudo-acuerdos, y demás “políticas internas” (ex art. 88 LPD) Cuando ello ocurre, las insuficiencias transmutan en litigiosidad, incumbiendo entonces a los poderes públicos la reorientación de dichas desviaciones, so pena de transitar en pérdidas de derechos, desprotección de los teletrabajadores e inseguridad jurídica.

La realidad aplicativa del TAD y el TT ilustra importantes focos de litigiosidad en todas las instancias de la jurisdicción social. Desde la promulgación del RDL. 28/2020 y su convalidación ulterior ex Ley 10/2021, dicha práctica aplicativa transduce empíricamente las dimensiones fenoménicas del trabajo deslocalizado y sus problemas teóricos y regulatorios. Con apenas dos años de vigencia, se han activado varios campos de acción procesal con distintas temáticas sustantivas, ora directas o transversales, lo cual refrenda una aplicación errada de su marco institucional (ex arts. 1 a 3 LTAD) que, por extensión, se irradia al cuadro de categorías generales y especiales (jornada, régimen económico, derechos colectivos, etc). Esa litigiosidad al alza confirma los puntos neurálgicos de la LTAD, sus códigos más alambicados hermenéuticamente, y los desequilibrios político-jurídicos de su objeto.

Como vemos seguidamente, un bloque de conflictos arrastra la espoleta de la crisis sanitaria y la entrada en vigor de la LTAD. Ambos factores dieron el pistoletazo de salida realizadora del trabajo en remoto, y abrieron un período de implementación tanto como una fase transicional de amoldamiento aplicativo. El tránsito abrupto del trabajo presencial al teletrabajo produjo cambios drásticos de gran enjundia en la gestión interna de los recursos humanos y en el conjunto de modalidades laborales. Las empresas y el sector público tuvieron que dar respuestas rápidas, poniendo en práctica medidas de reorganización general del trabajo y acciones de distribución individual y colectiva del mismo, sin embargo, estos dos años de vigencia muestran disfuncionalidades de necesario y urgente atención. Por decirlo metafóricamente. Cuando esos cimientos “de principio” flaquean, los

.....

95 Ya tuve ocasión de mostrar mis críticas a la decisión de haber normado esta materia con una ley sectorial especial, y, al no existir un desarrollo reglamentario, la experiencia empírica confirma dichas consideraciones. Habría sido más correcto, pues, un encaje sustantivo propio en el ET, siguiendo el ordinal y la técnica regulatoria de los preceptos colaterales al art. 13 ET (arts. 11, 12 --- 15, 16 ET) para diferir a un reglamento el abordaje de sus particularidades; unas particularidades, esto es, con mayor extensión e intensidad y cánones de tenor garantista.

edificios no se sustentan, incluso regulatoriamente. Elevar entonces más plantas, forzando los fustes, debilitan las estructuras y los objetos materiales. Por no hablar en el vacío, propicia la expansión de un cibertariado cautivo con fórmulas variopintas de aprovechamiento de rentabilidades (sector público) y explotación digital (empresas), incluso mediante “prácticas abdicantes” en ambos casos. Todo ello con licuefacciones de los tiempos reales de laborar a distancia bajo el interfaz del trabajo en red y reificaciones de “positividad instrumental”⁹⁶. Muy al contrario, las ventajas de la “cercanía tecnológica”, insertas en el teletrabajo, no pueden laminar los excesos aplicativos que vienen aplicándose del mismo.

Según veremos, las sentencias promulgadas en este período coligen un dato ilustrativo: la sustanciación de conflictos jurídicos y aplicativos ante la Audiencia Nacional. Las demandas devienen generalmente de litigios colectivos al hilo de las dimensiones transformacionales de la pandemia y la aplicación de medidas de flexibilidad interna y externa, con los ERTES y el TAD como vectores de transducción. Cabe hipostasiar procesos implementadores del trabajo en remoto de forma improvisada forzando las posibilidades operativas del mismo. Los litigios ante la AN encuentran causa en conflictos colectivos incoados por sindicatos o representantes de los trabajadores: sea en respuesta a extralimitaciones organizativas, sea por interrogantes hermenéuticas y aplicativos de la LTAD, o por ambas cosas acumulativas. Ahora bien, podemos atribuir más relieve, si cabe, a las irregularidades que de seguro han venido desarrollándose bajo el paraguas del trabajo deslocalizado sin visibilizarse litigiosamente. Conjeturar que las cohortes de trabajadores y tele-trabajadores han abdicado de litigar durante la pandemia es más que presunción. Los costos de accionar judicialmente se entreveran con la carga emocional que entraña adoptar tales decisiones, y, en ese aspecto, huelga cuestionar que encontraran causa en las condiciones de aislamiento y presión exógena. Ahora bien, me atrevo a hipostasiar el seguimiento de dicha tendencia. El conjunto de pronunciamientos judiciales lleva tiempo expandiendo los plazos procesales de resolución debido al colapso acumulativo de los juzgados y tribunales. Si los litigios judiciales apenas son la punta del iceberg de la conflictividad social, y la injusticia social misma, fácil es colegir numerosísimas abstenciones litigiosas pese a los problemas sufridos laborando a distancia.

2. Según vengo significando, la implementación del teletrabajo traduce un cuadro de disfuncionalidades cuyos signos aparecen sintomáticamente en las sentencias de los jueces y

.....

96 La grave metáfora de la “auto-explotación” en contextos vicarios de positividad ha sido magistralmente desarrollada por BYUN CHUL HAN en sendas obras: “La sociedad de la transparencia”, Ed. Herder, Barcelona, 2013, y “La sociedad del cansancio”, Ed. Herder, Barcelona, 2012. En ellas desarrolla su tesis de la coacción de la exposición, con la tiranía de la visibilidad, y los efectos-contagio anestésicos de su normalización avaluatoria (v.gr. pp. 12 y 23, respectivamente). La teórica que venimos desarrollando transita la proclividad devaluadora de los derechos humanos y de la personalidad en el interfaz de los controles digitales y las rebajas sedicentes del juicio de proporcionalidad constitucional.

tribunales del orden social. Durante las últimas décadas, cuando los tribunales abordaban su objeto, restaban significación a los aspectos espaciales del lugar de la prestación en pro de los indicadores de subordinación y dependencia⁹⁷, sin embargo, la transversalidad del teletrabajo lo erige en un foco litigioso de primer orden, no en vano cuenta con cauces de sustanciación donde tramitar las reclamaciones sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia (art. 138 bis LJS), además de las posibilidades sustanciadoras en vías conexas (v.gr. art. 139 o 179 LJS). La tipología de asuntos abarca varias facetas del trabajo deslocalizado, y en puridad crean una circularidad causa-efecto entre las dinámicas incorrectas de implantación y dichas consecuencias aplicativas. Los ejes institucionales abarcan los momentos constitutivos, aspectos materiales y salariales, la aplicación de los derechos y obligaciones, y asuntos resolutorios y extintivos. La sustanciación judicial depende del objeto litigioso y los cauces utilizados procesalmente, sin embargo, sintetizaré dicha fenomenología en siete bloques⁹⁸:

- El primero hunde sus raíces en la *delimitación* del trabajo deslocalizado. La Ley 10/2021 delimita el trabajo en remoto y sus categorizaciones en los arts. 1 y 2, los cuales combinan un cuadro nocional y un dispositivo técnico. El art. 2 LTAD define tres categorías: el trabajo a distancia, el teletrabajo, y el trabajo presencial, pero sus descriptores, amén de abiertos, conectan con las previsiones del art. 1, cuyo vórtice acota el marco aplicativo de dicha norma. Según vimos, la técnica utilizada se antoja deficiente, por laxa (expresiones, conceptos indeterminados) y sorpresivamente cualificadora (umbrales del párrafo 1.2). Ello abrió importantes focos de litigiosidad en dos planos: primero en lo concerniente al acuerdo de trabajo a distancia y al contenido del mismo, pero también respecto del afloramiento de trabajadores a distancia en actividades informales que demandan el reconocimiento de su estatuto de laboralidad, y, a veces, en espacios secantes del teletrabajo⁹⁹.
- Un segundo bloque de litigios orbitan las *acciones y estadios implementadores del trabajo a distancia*. Muchos conflictos encuentran causa en la instauración de tales figuras en el contexto de crisis sanitaria. El TAD recaba un cuadro de principios exegéticos y aplicativos, como los cánones de voluntariedad, igualdad con los trabajadores presenciales (caso de realizarse funciones equivalentes), adecuación a la

97 Vid. DE LAS HERAS “Trabajo a distancia y teletrabajo. Análisis crítico de normas y prácticas convencionales”, op, cit, p. 39.

98 Las resoluciones que compendiamos están recogidas en los Anexos a este estudio, sub. I.

99 Las anteriores redacciones del art. 13 ET también generaron focos de litigiosidad al hilo del trabajo a domicilio clásico; n° 49, 52, 53. Mutatis mutandis acontece con la presunción de laboralidad ex art. 1 ET. Véanse, en este aspecto, las resoluciones compendiadas en los Anexos con los ordinales: 6, 9, 16, 39, 42, 43, 44, 45, 49, 51, 52, 53, 54, 59, y 63.

función (posibilidad real de realizar la prestación tele-trabajando) o el canon de idoneidad (capacitación del teletrabajador para laborar de tal guisa)¹⁰⁰. Entre todos destaca el fuste aplicativo del principio de voluntariedad. Hablamos de la piedra angular del trabajo deslocalizado, en su vertiente positiva (acuerdo de teletrabajo) y negativa (acciones de reversión). Esa centralidad constitutiva, reconocida institucionalmente ex art. 7 LTAD, atribuye a sus reglas la condición de mínimos indisponibles¹⁰¹; es decir, cierra a las partes la posibilidad de disponer de dicha disciplina regulatoria, salvo que mejore o amplíe los contenidos de la LTAD. Así las cosas, la realidad ilustra un contexto disímil. La experiencia empírica del teletrabajo en España y en los países de nuestro entorno muestra ejemplos de implementaciones obligatorias, por tanto, es claro que la transducción impositiva y las aplicaciones unilaterales concatenen focos de litigiosidad al alza¹⁰².

- En la línea expuesta, surgen discrepancias aplicativas de los *sistemas de interconectividad* habilitados por las empresas con sus trabajadores. La difusión masiva de las TICs tiende a presumir su utilización por las personas trabajadoras sobreentendiéndose la asunción de los costos de interconectividad. Desde antiguo los tribunales del orden social decretaron la invalidez de las prácticas que difieren estos extremos al trabajador, decretando que no están obligados a utilizar sus cuentas o teléfonos privados para comunicarse con sus empresas. Esa doctrina persiste en las resoluciones más recientes, las cuales decretan la ilicitud de la exigencia empresarial de facilitar las cuentas particulares de correo electrónico para completar las gestiones de la actividad (v.gr SAN de 27 de junio del 2022)¹⁰³. Las empresas, y sobre todo el sector público, llevan tiempo implementando plataformas, como “el portal del empleado”, donde ubican un vasto plantel de tareas digitales y burocráticas. Estas abarcan acciones variopintas: desde gestiones administrativas y técnicas, hasta enlaces directos o indirectos de control directivo. La derivada es que su abordaje traslada al trabajador la gestión de dichos actos fuera de su jornada, hasta consumir finalmente tiempo personal o de descanso. El problema se enquistaba cuando la bu-



100 Sobre la formulación expresa de estos principios, art. 13 del convenio colectivo de AXA (BOE 10/10/17) cuyo contenido recoge la “Declaración relativa al teletrabajo”, de 10/2/2015, suscrita por los interlocutores sociales europeos del sector asegurador.

101 Vid. LÓPEZ BALAGUER “Voluntariedad del trabajo a distancia: el acuerdo de trabajo a distancia”, en la obra col. “El trabajo a distancia en el RDL 28/2020”, Dir. López Balaguer, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 104.

102 Vid. SSAN de 18/3/2021 (JUR 2021\104897), 30/4/21 (ECLI: 2021:1669) y 25/5/2021 (Rec. 420/2020). 17/6/2021 (Rec. 148/2021), 27/7/2001 (Rec. n.º 277/2020), STSJ MADRID 30/6/21 (EDJ. 2021/710376). Los resúmenes de dichas resoluciones están compendiados en los Anexos; vid dentro de ellos los ordinales: 8, 13, 18, 21, 28, 32, 33, 34, 37, 38, 48, y 61.

103 EDJ 626105, recogida en Anexos, n.º 11; vid asimismo los ordinales temáticos n.º 8 y 32.

rocracia digital, pública o privada, crea una maraña de plataformas, formularios y programas habilitados para realizar tales gestiones, o cuando los trámites entran en bucle, invadiendo los tiempos de recuperación, ocio y descanso. El interés de estos pronunciamientos litigiosos estriba en que clarifican los procesos de acotación de las actividades diferidas a dichas plataformas. La AN admite que el uso del correo electrónico puede ser conveniente para realizar ciertos trámites (v.gr. actualizar la contraseña del portal del empleado, solicitar permisos, vacaciones, días libres, justificantes de bajas, médicos y de permisos, solicitar excedencias y/o reducciones de jornada, entre otros), sin embargo, rechaza la práctica patronal de no asumir el coste del mantenimiento. Es en efecto el empleador quien debe proporcionar a la plantilla las herramientas tecnológicas y los cauces de interconectividad asociados a ellas, “incluso en el trabajo a distancia adoptado como medida de prevención del COVID-1”¹⁰⁴.

- El cuarto bloque de conflictos tiene un *sustrato económico*. El art. 12 LTAD, relativo al derecho de abono y compensación de gastos por teletrabajo, instituye un canon de derecho imperativo. Prescribe que “el desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa”, y, acto seguido, apostilla que ello “no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral”. En ese aspecto, la doctrina judicial subraya la naturaleza extrasalarial de tales conceptos¹⁰⁵. Así las cosas, el trabajo deslocalizado lleva trastocando numerosas piezas de la estructura retributiva. La crisis sanitaria ya catapultó un cuadro de intervenciones empresariales en la ordenación salarial, no en vano, conceptos otrora pensados para un arquetipo de presencialidad transmutan estructuralmente en otras formas realizadoras. Las empresas materializaron reajustes materiales o nocionales del régimen económico, y, en ese sentido, las interrogantes técnicas y



104 La AN recaba varios ejes argumentales. Primero colaciona su propia doctrina y la del TS respecto del canon de ajenidad del contrato de trabajo. Este concepto implica, entre otras cosas, la ajenidad en los medios, esto es, que es el empleador quien debe proporcionar al trabajador los medios precisos para realizar su relación laboral. En segundo lugar, la AN recaba la jurisprudencia del TS según la cual contraría la normativa de protección de datos que el trabajador se vea obligado a proporcionar su correo y su número de teléfono particular a la empresa. Si estos medios son esenciales para el desenvolvimiento del contrato, deben ser proporcionados por la empresa al trabajador. La normativa laboral común era plenamente aplicable al trabajo a distancia, impuesto como medida de contención sanitaria derivada de la COVID-19, de manera que las empresas estaban obligadas, en todo caso, a dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario. De necesitarse que el trabajador disponga de una cuenta de correo electrónico, es la empresa quien debe proporcionarla, no pudiendo colacionarse el coste que supusiera dicha práctica ni el riesgo de un ciber ataque, como sugería la empresa.

105 SAN de 25/5/2021 (Rec. 420/2020; recogida en Anexos nº 17). A mi modesto entender, sin perjuicio del tratamiento dable al efecto convencionalmente, la fórmula del art. 12 LTAD da cabida a sendos conceptos, sea en su condición salarial (“sufragado”) o extrasalarial (“compensado”).

aplicativas van visibilizándose jurisdiccionalmente. Los principales focos litigiosos abarcan dos extremos. Por un lado, las trayectorias de los litigios impugnan actos unilaterales que modifican la dación de ciertos pluses; y en ese orden de ideas, se solicita el mantenimiento de tales partidas como condiciones más beneficiosas. De otra parte, las alteraciones así materializadas producen efectos en cadena en la ordenación general del régimen retributivo. Ello reverdece la problemática delimitadora acerca del carácter salarial o extrasalarial de determinadas partidas, ya erigidas en objetos litigiosos¹⁰⁶. Entre estos, y a modo de ejemplo, los tribunales resuelven la conceptualización de los cheques-restaurante, los pluses de transporte y/o distancia¹⁰⁷.

- El quinto bloque litigioso enlaza con el anterior, e incide en un asunto seminal del trabajo en remoto: las obligaciones del art. 7 LTAD atinentes al *contenido mínimo del acuerdo de teletrabajo*. El asunto ha sido abordado por sendas resoluciones de la AN (SSAN de 22 de marzo y 10 de noviembre del 2022)¹⁰⁸. El art. 7 LTAD confirió, en efecto, un marco regulatorio a los contenidos materiales de dicha fórmula de laboralidad. Cuando se promulgó la ley, había que clarificar la naturaleza del acuerdo de teletrabajo, y, más en particular, tres pivotes suyos: la formalización escrita del mismo, y los cánones de voluntariedad y reversibilidad (ex arts. 5, 6 y 8 LTAD). Entre esos preceptos, el art. 7 LTAD fue un puente institucional de corte garantista, en la idea de trenzar la cuadratura del círculo del capítulo V, referido “ex professo” al “acuerdo de trabajo distancia”. La pandemia urgía dar una cobertura básica a la “categoría estrella” para catalizar las gravosas distopías de la reclusión y de una laboralidad a domicilio, y, en ese orden de ideas, dio carta de naturaleza al acuerdo de trabajo a distancia enumerando doce materias. Según rubrica la norma, los doce apartados componen el “contenido mínimo obligatorio”, ahora bien, la redacción

.....

106 Vid en Anexos I, los ordinales nº: 14, 15, 17, 20, 21, 22, 29.

107 Así: SSAN de 9/12/2020 (JUR. 2020/362571), 18/3/2001 (JUR 2021/104897) 30/4/21 (ECLI 2021:1669) 30/6/2021 (EDJ 2021/62864), 13/9/2021 (EDJ 2021/695601), 5/11/2021 (EDJ. 731631), recogidas en Anexos I. Ciertamente, las reclusiones o restricciones a la movilidad producidas por la pandemia produjeron un foco de conflictos en el régimen de las partidas retributivas desde el filtro institucional del TAD. A modo de ejemplo, el cheque restaurante constituye una dación salarial en especie en tanto en cuanto cubre total o parcialmente el coste de las comidas. Tiene naturaleza salarial cuando representa una partida retributiva fija y periódica, sin estar condicionada a la justificación del gasto, en cuyo caso sí sería una partida extrasalarial. Para resolver la naturaleza de los vales de comida o cualquier otra ventaja económica debemos pues estar a la definición concreta realizada por el convenio o acuerdo colectivo. Más en concreto, ha de indagarse si vinculan la percepción de dichos vales al mayor coste que entraña comer fuera del domicilio habitual, o al costo de la comida por cada día efectivamente trabajado. Sobre dicha temática litigiosa, vid ALZAGA RUÍZ I, “El derecho al abono y compensación de gastos en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia”, RCRT, nº 2, 2022, en espec. puntos IV y V.

108 EDJ. 528787 y EDJ. 732564, respectivamente, recogidas en Anexos. II, nº 11 y 12. El primer fallo dio una respuesta acumulada a varias demandas de conflicto colectivo interpuestas por cinco sindicatos (Federación de Servicios de CC.OO, CGT, USO, CIG, FeSMC-UGT). La segunda sentencia vuelve a analizar la legalidad de algunas cláusulas del acuerdo individual ofrecido por el Grupo ENDESA a los trabajadores que quisieran acogerse a dicha fórmula de laboralidad, y resuelve un conflicto colectivo planteado por el sindicato independiente de la energía (SIE) contra el referido grupo y los sindicatos UGT y CC.OO.

del art. 7 LTAD dejó en el aire muchos flecos, y, pese a la taxonomía que infiere colacionar doce apartados, su tejido es débil y abierto en exceso. Muchos avizoramos prontas controversias aplicativas, que la realidad no ha tardado en demostrar. Pues bien, las dos sentencias de la AN confirman lo expuesto resolviendo sendos conflictos colectivos derivados de un régimen de acuerdos de trabajo a distancia cuyas cláusulas tensionaban las previsiones legislativas. Según veremos, algunas cláusulas enjuiciadas jurisdiccionalmente coligen redacciones astutas que, en loor de abstracción oportunista, cambian el sentido dable a las previsiones del art. 7 LTAD, lo cual lleva a corregir jurisdiccionalmente dichas distorsiones aplicativas.

Las SAN de 22 de marzo y 10 de noviembre del 2022 abordan sendos acuerdos colectivos de trabajo a distancia cuyo articulado modula los prescriptores legales desde una praxis de acuerdos individuales en masa. La aportación más relevante de ambas sentencias estriba en desglosar los contenidos temáticos prescritos por el art. 7 LTAD al trasluz de su redacción convencional. Las categorías objeto de recurso tratan los fustes operativos del trabajo en remoto: facilitación de medios informáticos, equipos y herramientas, el régimen de compensación por gastos, los derechos de desconexión digital, la prevención de riesgos, el canon de reversibilidad, y la posibilidad de acudir a trabajar presencialmente cuando corresponde laborar en remoto sin poder compensar o sustituir ese día por otro. La sala desbroza en ambos casos el clausulado convencional, comparándolo con la redacción del art. 7 LTAD, y resuelve pormenorizadamente la nulidad o validez de dichos contenidos convencionales. Así, en cuanto a los medios, equipos y herramientas, el primer fallo convalida la cláusula que no permite apreciar que la empresa haya cumplido su obligación legal de dotar a los trabajadores con los medios, equipos y herramientas precisos para desarrollar su actividad laboral. Los contratos individuales mencionan la entrega de equipamiento consistente en: PC, teclado, pantalla, ratón y cascos, sillas ergonómicas, etc. Todo ello, sin perjuicio de que los concretos trabajadores afectados, caso de no haber sido provistos de los medios imprescindibles de teletrabajo, insten la resolución del vínculo ex art. 50.1.c ET, o reclamen su cumplimiento, incluyendo los posibles daños y perjuicios. La primera sentencia también confirma la validez de la cláusula prevista en los acuerdos individuales que, respecto de la vida útil o periodo máximo de renovación de los medios tecnológicos, recoge la tabla de coeficientes de amortización del Reglamento del Impuesto de Sociedades (8 años para los equipos informáticos, y 6 años para las aplicaciones y sistemas). Igual validez asigna a la cláusula que impone al trabajador la obligación de cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación de los equipos y herramientas. Análoga validación se confiere a la cláusula contractual que permite descontar el valor de

dichos equipos del finiquito de los trabajadores cuando estos no los devuelven al finalizar la relación laboral.

Frente a lo anterior, las resoluciones de la AN decretan la nulidad de otras cláusulas contractuales por violentar los prescriptores del art. 7 LTAD. La SAN de 22 de marzo del 2022 anula, en primer término, la obligación impuesta al trabajador de facilitar a la empresa su correo electrónico y número de teléfono personal. Los contratos incluían dichos extremos, en la línea ya expuesta anteriormente, y habilitaban un régimen comunicaciones prescriptivas en caso de necesidad o urgencia del servicio. La sala rechaza dicha obligación en tanto no es justificable que sea el trabajador quien ponga sus medios personales a disposición del empresario con la consiguiente elusión del mismo de sus obligaciones legales. En segundo lugar, considera nula la cláusula que, respeto de la compensación por gastos, remite a lo previsto en el convenio sectorial, máxime cuando el contenido del convenio no prevé nada al respecto, lo cual traslada al empleador la obligación de enumerar tales gastos cuantificando su compensación ex art. 7.b LTAD. El tercer asunto pivota sobre el derecho de desconexión digital, esta vez con un doble eje argumental. Por una parte, se convalida la obligación del trabajador de estar accesible por teléfono y correo electrónico a través de su cuenta empresarial durante las horas de trabajo. Por contra, se decreta la nulidad de la cláusula que reconoce al mismo el derecho a no atender dispositivos digitales cuando su jornada hubiese finalizado, salvo circunstancias de urgencia justificada. El cuarto asunto trata la prevención de riesgos laborales, volviendo la sala a recabar un doble eje argumental. De un lado convalida la cláusula que impone al trabajador la obligación de cumplimentar un cuestionario de autoevaluación. Lo interpreta como un método poco invasivo que permite compaginar el deber de prevención con el derecho a la intimidad y la preservación del domicilio del teletrabajador. Por el contrario, se anula la cláusula por la que el trabajador autoriza entrar en su domicilio al servicio de prevención para evaluar periódicamente las condiciones de seguridad y salud. La doctrina científica se ha pronunciado críticamente sobre estas prácticas, cuya lógica corrobora nuestro tribunal, dado que faculta la entrada al domicilio familiar sin que concurra la específica necesidad y sin cumplir las directrices básicas del procedimiento previsto legislativamente. El quinto asunto aborda el canon de reversibilidad. La AN convalida la cláusula que preestablece los supuestos en los que el empresario ejerce dicha facultad, y, por el contrario, anula las cláusulas limitativas del ejercicio de la reversibilidad por el trabajador, tanto como las cláusulas de previa renuncia a tales derechos cuando la empleadora ejerza tal prerrogativa.

Con análogo enfoque material y metodológico, la SAN de 10 de noviembre del 2022 anula la regulación convencional de dos aspectos del trabajo deslocalizado. El primero encontraba causa en un régimen de distribución de dos días a la semana de trabajo presencial y tres de teletrabajo. La cláusula reguladora de dicho régimen establecía que: “En el caso que la persona trabajadora deba acudir al centro de trabajo en los días en teletrabajo, estos días no podrán ser sustituidos, desplazados ni acumulados”, lo que a juicio de la sala violenta las previsiones del art. 8 LTAD. El hecho de sustituir, desplazar o acumular el día de trabajo presencial que debió ser laborado en régimen de teletrabajo, altera el porcentaje pactado para esta última modalidad, con base en una decisión unilateral de la empresa, lo cual lleva a la sala a anular la previsión regulatoria del acuerdo de trabajo a distancia. Igual efecto asigna la sala a la regulación de los gastos derivados de la prestación de servicios a distancia. La cláusula convencional, que refrendaba el acuerdo de adhesión individual entre la empresa y el teletrabajador, establecía que este último “no incurrirá en gasto alguno por el hecho de prestar servicios en teletrabajo y que, de incurrir, éstos se ven plenamente compensados por los ahorros que esta modalidad laboral facilita”, lo cual contraría, en efecto, los prescriptores de los arts. 7.b) y 12 LTAD. Como contrapunto a lo anterior, la SAN de 10 de noviembre del 2022 mantiene la tónica flexible asignada a los aspectos preventivos del trabajo a distancia, y, más en concreto, convalida los códigos de autocomprobación del espacio material del trabajo en remoto¹⁰⁹. La AN refrenda la praxis permisiva que viene manteniéndose en un aspecto clave del trabajo deslocalizado, y que al final minusvalora la amalgama de riesgos psicosociales insertos en el mismo. Así las cosas, el lugar de trabajo escogido para desarrollar los servicios a distancia es una de las menciones mínimas del acuerdo ex art. 7.f) LTAD; es más, las reglas de evaluación de riesgos prescritas en el art. 16 LTAD enhebran un régimen de obligaciones concatenadas. La experiencia empírica viene mostrando un haz de acciones pseudo-formativas de impronta protocolaria y/o auto-cuestionarios de mera rúbrica adhesiva. Muy al contrario, tales acciones licúan el “telos” de los cánones precautorios, anteponen criterios de practi-

.....

109 La cláusula 11ª del acuerdo rezaba del siguiente modo: “Dada la dificultad de las inspecciones físicas y para el supuesto en que la persona trabajadora no permita el acceso de la Empresa a su lugar de Teletrabajo, la persona trabajadora manifiesta: Haber recibido por parte de la Empresa formación para realizar una autocomprobación en materia de prevención de riesgos laborales para su prestación de servicios a distancia. Que, tras realizar dicha autocomprobación, el lugar designado para la prestación de servicios a distancia cumple con los requisitos necesarios, desde la perspectiva de prevención de riesgos laborales, para el desempeño de sus actividades profesionales; y que ha sido debidamente informado por la Empresa de los riesgos que puede conllevar la actividad realizada durante el tiempo de Teletrabajo. La persona trabajadora se compromete a cumplir y hacer cumplir todas las normas de seguridad y salud en el trabajo que legal o convencionalmente resulten de aplicación en cada momento, así como realizar aquellos cambios que puedan ser necesarios para que el lugar desde el que presta servicios a distancia cumpla con los requisitos de seguridad y salud”.

cidad formal frente a la envergadura de los riesgos psicosociales, cuya significación se minimiza incomprensiblemente.

- El sexto bloque de litigios trenza varias temáticas cuyo abordaje confirma el carácter transversal de nuestro objeto. El primero atañe a los derechos de conciliación. La pandemia y el TAD afectaron centralmente al tratamiento del tiempo de trabajo produciendo numerosísimos cambios en el régimen de la jornada, el horario y la ordenación de turnos. Desde ese aspecto, las acciones judiciales abordan el mantenimiento del régimen de teletrabajo reconocido individualmente, y la instauración de otras fórmulas alternativas facilitadoras de la conciliación¹¹⁰. Un segundo punto conflictivo trata las directrices del art. 4 LTAD, relativas al principio de igualdad de trato y oportunidades y de no discriminación. En este caso, las resoluciones judiciales orbitan el cuadro de prescripciones diseminadas en el precepto, de suerte que los objetos litigiosos alegan agravios comparativos con el estatuto de los trabajadores presenciales¹¹¹. Frecuentan también las peticiones indemnizatorias por daños morales; y en particular, por acciones de procrastinación empresarial, colacionándose entonces las reglas del proceso especial de tutela de derechos fundamentales (arts. 178 y 179 LJS). Por último, afloran asuntos litigiosos imbricados en los derechos de desconexión ex arts. 88 LOPD y 18 LTAD¹¹².
- El último bloque de conflictos incide temáticamente en la *extinción*. El panorama de los asuntos litigiosos presenta aquí una primera particularidad pues las resoluciones judiciales minoran en términos comparativos. Particularmente no creo que las extinciones producidas al albur del trabajo deslocalizado catalicen conflictos de tono menor; al contrario, hipostasio importantes focos de tensión aplicativa entreverados con medidas variopintas de incumplimiento empresarial. Cosa aparte es la visibilidad última de dichas acciones, incluso las derivaciones extintivas concomitantes, unas veces a instancias del banco social y otras por el banco económico. Es factible conjeturar un régimen de abdicaciones litigiosas, dada además la tardanza que envuelve los pronunciamientos judiciales ante los respectivos TSJs. Con esta salvedad, proliferan sentencias que en efecto tratan temáticas extintivas imbricadas en el trabajo en remoto. Unas demandas sustancian las acciones resolutorias instadas por las personas teletrabajadoras frente a incumplimiento de las obligaciones empresariales

.....

110 STSJ MADRID de 30/6/2021 (EDJ. 2021/710376); vid Anexos I, ordinales nº 31, 57, 58, y 60.

111 SAN de 5/11/ 2021 (EDJ 731631), ó SJS. Nº 3 VALLADOLID de 30/12/2020 (EDJ 2020/843539).

112 Vid Anexos I, ordinales nº: 26, 27, 56 y 62.

ex art. 50 ET¹¹³. Otro bloque de litigios sustancia las acciones de despido disciplinario al trasluz aplicativo del teletrabajo. Dentro del régimen de incumplimientos, destaca, por una parte, la colación de los apartados e) y d) del art. 54 ET (no alcanzar los niveles de rendimiento, y transgresión de la buena fe contractual por competencia desleal y realización de actividades concurrentes)¹¹⁴. Por su parte, el último segmento litigioso resuelve las medidas de vigilancia y control del trabajo deslocalizado¹¹⁵.

4.3. Las intrusiones en la privacidad de los trabajadores a distancia: el “check list” de las facultades de vigilancia y la protección dignitativa

1. Las singularidades del trabajo a distancia y su estatuto socio-jurídico introducen importantes matices en la práctica realizadora de las obligaciones laborales, y, por pasiva, potencialidades al alza de intrusión en los ámbitos de privacidad. La IA y el interfaz de herramientas digitales implementan sistemas muy avanzados de mediación operativa (TICs, programas, aplicaciones, redes sociales) y de control digital, de manera que dichas capacidades analíticas abren potencialidades inimaginables de gestión interna de los recursos humanos y vigilancia directiva. Las magnitudes de dichas transformaciones requieren, por ello, reglas aplicativas claras y regímenes garantistas. La salvaguarda de los derechos de la personalidad se entrevera en los ejes cimentadores de la democracia industrial real, y ambos planos transitan por criterios de transparencia, participación rendición de cuentas, y acciones restitutivas de responsabilidad. El capitalismo cognitivo, en connubio con la “empresa panóptica” y “neo-panóptica”¹¹⁶, absorbe sistémicamente el peso del factor trabajo, y cataliza de consuno las políticas de gestión y control aplicables al mismo. Los elementos realizadores de dichos parámetros transducen las fuerzas modeladoras del derecho, y ambas cosas proyectan procesos de categorización y diversificación institucional, que, a modo de circularidad correctora, atemperen las vulneraciones potenciales en los derechos fundamentales con análogo tenor proyectivo¹¹⁷.

El paradigma tecnológico habilita innumerables sistemas de “control capilar” de la

.....

113 V.gr STSJ GALICIA 27/7/2021 (EDJ 2021/726444); vid Anexos Sub. I, nº 29.

114 V.gr STSJ CATALUÑA de 1/7/21 (Rec. nº 1369/2021); vid Anexos Sub. I, nº 30.

115 Vid Anexos I, ordinales nº: 7, 28, 36, 47.

116 MERCADER UGUINA J, “El futuro del trabajo en la era...” op, cit, pp. 121 y ss; FERNÁNDEZ RAMÍREZ M, “El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la actual empresa “neopanóptica”, Ed. Aranzadi, 2021, p. 99, respectivamente.

117 Disponemos de sesudas aportaciones sobre la tipología de dispositivos informacionalizados, sistemas de control inclusive; por compendiarlas, respecto del plantel de herramientas digitales, vid los análisis de: RODRIGUEZ ESCANCIANO S, “Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 78 a 121; FERNÁNDEZ RAMÍREZ M, supra cit, 2019, cap. I, pp. 33 a 177; y LOPEZ DE LA FUENTE “La digitalización del trabajo y nuevas formas de control empresarial: a propósito de las plataformas virtuales”, en la obra “Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado” (Dir. Todoli Signes A y Hernández Bejarano M), Thomson Aranzadi, 2018, pp. 551, 560.

mano de obra dentro y fuera de sus puestos¹¹⁸. Las delegaciones del poder directivo digital devienen proyectivas y co-extensas pues integran el universo de materias imbricadas en la organización del factor trabajo perfilando sus márgenes de intervención: desde la selección de personal, las facultades actualizadoras y modificativas, la prevención de riesgos, o la extinción de los contratos. Por esa lógica, el jaez de dispositivos delegables tecnológicamente dilata las vías de vigilancia y control del TAD, y, con ello, los espacios potenciales intrusivos tanto como las posibilidades vulneradoras de derechos. La informacionalización permite aplicar una amplia gama de registros, monitorizaciones y comprobaciones que, debidamente computerizados, acrecen los perímetros fiscalizadores del poder digital. Ese régimen de “controlatorios” pueden llevar a ser variables independientes del trabajo en red¹¹⁹. Además de expandir “policéntricamente” las áreas de intervención del referido poder, fluidifican las comunicaciones de los teletrabajadores con las unidades matrices organizativas, fiscalizando a la vez el cumplimiento normalizado de los deberes laborales.

En análogo orden de ideas, y por vía negativa, la tecnificación también da cobertura sancionatoria al incumplimiento de las obligaciones profesionales o la utilización defectuosa o extralaboral de las TICs más allá de las prácticas permitidas por las empresas y las expectativas de intimidad abiertas en ese aspecto a los trabajadores en remoto. Ello requiere reglas garantes de los códigos de transparencia y de rendición de cuentas respecto del despliegue cibernético de los modelos automáticos. Ahora bien, la cobertura dispensable a los derechos digitales comienza defectuosamente si las acciones se ciñen a rubricar meras formalidades protocolarias sin que la persona trabajadora adquiera una información sólida, completa, integral, veraz y fehaciente de las medidas de vigilancia y control que circunvalan su actividad laboral. Por el lado opuesto, las vías de defensa, cuando tienen lugar, se desvanecen por las dificultades que, en términos de propiedad industrial, entraña el acceso al código fuente. A los problemas técnicos para descifrar dichas fórmulas y descifrarlas matemáticamente, se añaden los costos derivables de la contratación de expertos informáticos y su intervención forense. Abrir la caja negra y descifrar sus guarismos roza, pues, la condición de “probatio diabólica”.

El uso masivo de dispositivos tecnológicos por los trabajadores a distancia, y el impulso combinado de un sinfín de estrategias de viralidad, cualifican el contenido de las prestaciones en remoto. El hecho de difundirse en red las actividades empresariales y sus modelos de negocio dilata exponencialmente los marcos operativos de las personas trabajadoras en general y de los teletrabajadores en particular. Las TICs vehiculan la ejecución del débito con la inter-mediación de filtros digitales cuyos nódulos encauzan el cumplimiento pres-

118 RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. “Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes”, Ed. Aranzadi, 2019, p. 19.

119 Vid. REIS DE ARAUJO A. “El poder de control empresarial en la web 2.0...”, op, cit, p. 165.

tacional, actualizando a la vez el contenido de las tareas y la fiscalización realizadora de ellas (recepción de documentos, emisión de órdenes, asunción de encargos, supervisiones de la jornada, etc). Tales herramientas sustraen el control inmediato y directo del débito obligatorio gracias a la transducción de las TICs y el multi-funcionalismo de los programas informáticos. Pero a la vez, dilatan el cuadro potencial de contingencias incumplidoras. Por una parte, intensifican la carga mental de trabajo proyectando rendimientos de difícil consecución que allanan, de ser el caso, acciones resolutorias del contrato y despidos disciplinarios. Por otra, abren el acceso a fuentes privilegiadas de información corporativa legítimamente protegibles por las empresas. No en vano, la “proximidad tecnológica” de los teletrabajadores a los nódulos estratégicos organizativos redimensiona los deberes de concurrencia, permanencia, custodia y secreto. Consiguientemente las facultades de vigilancia operan en dos planos dialécticos: uno garantista (intrusiones en la privacidad) y otro de protección corporativa (patrimonio empresarial y económico). Lo cual explica la litigiosidad al alza por incumplimientos de los cánones de concurrencia y transgresión de la buena fe contractual (ex arts. 21 ET en su trabazón con el art. 54.d ET).

La automatización de los dispositivos de interconectividad digital reverdece el desequilibrio existente entre derechos y valores protegibles al máximo rango jurídico (ex art. 10 ó 18 CE) frente al régimen de controles aplicables a dichas células de laboralidad (ex arts. 38 CE, arts. 20 y 20 bis ET, ó arts. 16.2, 17 y 22 LTAD). Los ámbitos aplicativos de las facultades de vigilancia directiva disponen de espacios oblongos de intervención, y mayores márgenes instrumentales si se quiere. Los focos litigiosos ya se avizoraron hace dos décadas respecto de la utilización del teléfono corporativo con fines privados y la utilización extralaboral del correo electrónico. El registro de los dispositivos de almacenamiento masivo de datos sigue siendo un eje focal de litigiosidad, cuyos términos se bifurcan básicamente en dos ámbitos materiales: las sospechas por violación de los cánones de buena fe contractual y diligencia debida (jurisdicción social) y las respuestas articulables por actos punibles a los trabajadores (v.gr. delito de apropiación indebida, protección de la propiedad industrial, etc). Obviamente las perspectivas analíticas y resolutorias de las decisiones judiciales difieren técnica y sustantivamente en función de su enjuiciamiento por una u otra sede jurisdiccional.

Contamos con una dogmática judicial muy casuística de las extralimitaciones de las personas trabajadoras utilizando los medios tecnológicos empresariales desde el régimen de perjuicios generados en los sistemas de protección corporativa. Las bases de dicha construcción teórica tienen una amplia trayectoria, no en vano proviene del régimen originario de controles realizables en las herramientas facilitadas empresarialmente, empero ello, desde los mimbres operativos del art. 18 ET y el art. 18 CE (registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos personales). Las deficiencias regulatorias del ET lleva-

ban a sustanciar tales litigios sobre contenidos inadecuados sustantivamente, obligando a los tribunales a construir una teoría cuya doctrina circunvalaba las previsiones Estatutarias colacionando a cambio los cánones constitucionales y la jurisprudencia del TEDH. La regulación vigente (ex ET, LOPD, LTAD) ha dado fuste sustantivo al referido régimen brindándole un encaje más correcto. Con todo, las raíces contenciosas y los desequilibrios estructurales de trasfondo siguen reverdeciendo dilemas análogos y problemáticas parecidas.

En nuestro caso, impera desbrozar los fustes del derecho a la intimidad ex arts. 10 y 18 CE partiendo de un ámbito propio, entativo e incólume de la personalidad, y cuyo epicentro impera preservarse para mantener una calidad de vida mínima humana (SSTC 142/1993, 98/2000 y 186/2000). Las relaciones laborales con-forman ámbitos de socialidad y socialización, y los derechos de la personalidad y la intimidad participan de esos mimbres. La interconectividad en red, la versatilidad y polivalencia de las TICS, y la sofisticación tecnológica misma, abren de par en par ventanas de datos y símiles violaciones potenciales de los derechos entativos de la persona. El capitalismo cognitivo y de la vigilancia facilita acceder a informaciones atinentes a la vida íntima, familiar y personal de los teletrabajadores. En el medio digital, la razón se moviliza menos que la emotividad, y, teniendo en cuenta que los afectos y los impulsos consuntivos son más rápidos que la racionalidad, todo ello deja tras de sí una estela de informaciones personales en potencialidad viral. La digitalización y las “tiranías de la visibilidad”¹²⁰ catapultan las exposiciones de los individuos en la red, con visos de rebajar los estándares elementales de respeto de la intimidad y pudor moral. Sin embargo, estas minoraciones de los códigos valorativos, propiciadas por las coacciones icónicas del exhibicionismo en red y el capitalismo consuntivo, no deben transitar un ápice en rebajas equivalentes en la concepción ontológica de los derechos de la personalidad.

Siguiendo un juego de palabras, la normalización expositiva en las redes por la “infodemia infocrática”¹²¹ no puede dar patente de normalidad al juego de vulneraciones en los derechos fundamentales, las expectativas de intimidad y las garantías de indemnidad. Las empresas y corporaciones sofistican exponencialmente el régimen de controles y su tipología última. Instrumentalizan las posibilidades de la IA, los macrodatos, y una ingente amalgama de dispositivos de medición, cuyos elementos son cada vez más implacables e intrusivos. Muy al contrario, si los ámbitos de la personalidad se tornan transparentes, y están cada vez más abiertos a la acción gregaria de los medios, ello conmina a la Estatalidad al establecimiento de niveles de preservación garantista si quiera análogos. Debe serlo así, primero, por el carácter endocéntrico de los derechos fundamentales, y además como práctica decisional adelantable, en términos de política del Derecho, al cuadro de vulne-

120 BYUNG-CHUL HAN, “La sociedad de la transparencia”, Herder, Barcelona, 2013, p. 31.

121 Anudo sendas adjetivaciones utilizadas separadamente por BYUNG CHUL HAN en “Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia”, Ed. Taurus, Madrid, 2022, pp. 32-42.

raciones que avizora la innovación tecnológica a los cánones dignitativos y las garantías de indemnidad.

2. La difusión de las TICs, la irradiación inter-comunicativa en red, y el refinamiento técnico de los programas informáticos, entrañan manifestaciones de la “mediocracia infócrata”, erigiéndose en apéndices instrumentales de ella. Sus nódulos entrañan epicentros radiales de convergencia problematizadora, y, por ende, producen innumerables focos de tensión, y al alza, entre las facultades legítimas de vigilancia directiva y los derechos de la personalidad y la intimidad. Los jueces y tribunales elucidan dichas tensiones materiales, y, aunque en primera instancia predominen lógicas de legalidad ordinaria, la protección multinivel adquiere valencia en vía de recurso y a medida que ascendemos en la escala jurisdicente. Aparte de la significación intrínseca de los derechos humanos y de contenido social, dichas colaciones expanden los márgenes de análisis hermenéutico abriendo los espacios de fundamentación argumental y aplicativa. Llegados a este punto, conviene sintetizar esos fustes operativos y metodológicos. El canon de proporcionalidad constitucional centraliza esos ejes de fundamentación frente a las inmersiones ilegítimas, y adquiere consistencia propia a modo de sostén hermenéutico, metodológico y resolutorio. La inercia realizadora de las facultades de vigilancia en el teletrabajo frente al derecho a la intimidad de los teletrabajadores aconseja esta síntesis, que compendiaré en tres planos operativos.

- El primer paso es de orden material, y estriba en saldar la disyuntiva de los códigos de “tolerancia O”. Se trata de clarificar las posibilidades reconocidas de uso privado de las plataformas y herramientas digitales, tanto en los contextos de presencialidad como en los lugares de trabajo a distancia. Teniendo en cuenta las distopías del trabajo deslocalizado, soy de quienes prefieren criterios de permisividad flexible, entre otras cosas, para romper las situaciones de aislamiento inmersivo que envuelven el trabajo deslocalizado. En ese aspecto, debe rehuirse la vaguedad y evanescencia que suelen hacer gala dichos dispositivos regulatorios, y considerar además las particularidades cualificacionales, competenciales y clasificatorias de cada trabajador a distancia (tándem: funciones/factores de valoración). La experiencia empírica muestra tratamientos muy dispares de la utilización de las TICs y demás dispositivos informáticos, de ahí que el primer paso deba saldar “ex ante” las condiciones de uso de dichas herramientas¹²². En el TAD es difícil pensar en prohibiciones absolutas de



122 La dogmática de la expectativa de la intimidad se embrida estructuralmente con el derecho al entorno digital antes referido, pero además absorbe las aproximaciones vertidas al efecto por las respectivas jurisdicciones. Sirva ilustrativamente la STS. 23/10/18 (Sala 2ª). El Alto Tribunal anularía el registro realizado en el ordenador de un directivo cuyas pruebas confirmaban una conducta delictiva flagrante. El acusado no había asumido explícitamente la obligación de usar el ordenador de forma exclusiva para actividades o comunicaciones empresariales. No existía

uso privado, al contrario, sus características hipostasian un régimen de utilización moderada. De habilitarse la permisividad, es precisa una puntualización exquisita de los usos autorizados y de los medios tecnológicos que materializan el control digital directivo (software de monitorización o de captura de pantallas, informes periciales informáticos, acceso a contenidos, etc). Asimismo, y por otra parte, impera salvaguardar exegéticamente un marco de garantías preservadoras de la intimidad, con refuerzos sólidos y prístinos que den prueba fehaciente del alcance del “consentimiento informativo”¹²³.

Las empresas deben seguir una cumplimentación exquisita y rigurosa de las condiciones de uso de las herramientas digitales con aplicaciones estrictas del régimen de sanciones por incumplimiento de dichas reglas. Pensemos que la protección esperable de los derechos de la personalidad se licua “ab radice” si no hay una aplicación implacable y transparente de las prescripciones de uso y sus sanciones correlativas. Me estoy refiriendo a las prácticas procrastinadoras del staff directivo y demás sujetos empoderados organizativamente que orillan el abordaje de tales códigos de conducta y, sobre todo, su materialización práctica efectiva. No hablo ahora de los excesos realizadores de las facultades de control digital, sino de fenómenos opuestos que discriminan la ejecución de dichas reglas o desvirtúan su realización aplicativa. Cuando esto acontece, desvirtuamos la substancia prescriptiva de todo el esquema regulatorio, sea cual sea su rango jurídico, es más, abonan un escurridizo espacio de arbitrariedades interpretativas y ejecutivas del TAD. Tales desconfianzas no se ciñen al ámbito privado y empresarial pues acrecen al sector público en su conjunto. Los “modos de hacer las cosas” en dicho sector suele transitar un régimen pesos y contrapesos políticos, erigidos en semi-reglas realizadoras, cuyas barreras tienen suficiente capacidad para anular los criterios de desempeño del teletrabajo. De producirse estas religaciones amputamos el respeto real de los derechos fundamentales; con el agravante añadido de “des-institucionalizar lo público” y agrandar el descrédito en lo que teóricamente representa¹²⁴.



prohibición de comunicaciones ajenas a sus funciones como gerente; tampoco había sido advertido por la empresa de una hipotética reserva de su facultad para examinar tal herramienta; ni había autorizado, expresa ni tácitamente, que se pudiera acceder a sus cuentas de correo. El ordenador fue examinado con un programa informático que permitía seleccionar correos electrónicos sin necesidad de abrirlos. Todas las premisas descritas llevan al TS a revocar la prueba, sin embargo, el interés del fallo estriba en la doctrina sentada en derredor suyo, cuyo sentido reproducimos: “Limitar los perjuicios de la intromisión a lo estrictamente necesario consiguiendo no afectar a elementos ajenos a la empresa o relacionados con la intimidad del usuario no sirve para revertir en legítima la intromisión ab initio ilegítima. Ha de ser una valoración apriorística y no a expensas de los concretos contenidos obtenidos. La ilegitimidad no deriva del contenido obtenido, ni de la forma de acceso más o menos intrusiva, sino del mismo acceso inconsciente y no advertido previamente” (FJ nº 11).

123 Para cotejar la escasa operatividad del consentimiento en la protección de datos, vid. GOÑI SEIN JL, “La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (incluido el Real Decreto Ley 5/201), Bomarzo, Albacete, 2019, en espec. pp. 84 a 90.

124 La ciencia política viene denunciando dicha inercia devaluadora y sus efectos boomerang; vid por todos,

- Análogo relieve merece la articulación del cuadro de fuentes del trabajo en remoto. Como sabemos, la LTAD atribuye una centralidad estratégica y operativa a las fuentes profesionales. Nuestra arquitectura regulatoria asigna, en efecto, un papel seminal a los convenios colectivos en distintos pasajes (v.gr. arts. 88 RGPD y 91 LOPDGDD, además de las numerosísimas alusiones previstas en la LTAD) pero la clave estriba en la fuente profesional catalizadora del trabajo deslocalizado. Los arts. 7 y 8.3 LTAD hablan de convenios y acuerdos colectivos, sin asignar mayor precisión. El asunto no es baladí, dada la proyección de dispositivos, digamos de segundo nivel, que interactúan jurídicamente con el tipo general. Me refiero a la variopinta tipología de protocolos, circulares, códigos de buenas prácticas, manuales de bienvenida, o dispositivos intranet que, como vengo diciendo, inundan los referidos espacios regulatorios. Ello nos lleva a relacionar las previsiones normativas con los convenios de naturaleza estatutaria¹²⁵. Primero como fuentes que centralizan la negociación colectiva catalizando las categorías imbricadas en el fenómeno digital. Y segundo por las interferencias crecientes de los protocolos con los acuerdos de eficacia general y la propensión empresarial de anteponerlos en la práctica.

No entraré en la naturaleza jurídica otorgable a dichos instrumentos profesionales, pero la idea-advertencia estriba en la hegemonía que viene otorgándose a tales protocolos. La Ley 10/2022 es clara atribuyendo una centralidad institucional indiscutible a los convenios y acuerdos colectivos, sin embargo, los dispositivos antedichos se erigen en “receptáculos pseudo normantes” del trabajo digital y del realizado a distancia. Por si fuera poco, tales plataformas suelen venir aplicadas de forma unilateral por la dirección de la empresa o los departamentos de recursos humanos. Sus contenidos se publicitan en portales internos, pero al final tales reglas terminan arraigando en la práctica: unas veces cual usos consuetudinarios, y otras como soportes primigenios de las cláusulas de los contratos individuales, que además abren las puertas de las contrataciones en masa. La derivada es que tales anclajes también proporcionan apoyatura material donde legitimar la puesta en práctica de medidas de vigilancia y gestión digital del trabajo. Por ello, el segundo paso del “check list” estriba en clarificar la virtualidad jurídica dable a tales protocolos y el rango asignado a ellos. Tales instrumentos desglosan un mapa de reglas operativas del trabajo a distancia y de las condiciones de interconectividad digital, y suelen materializarse bajo el paraguas de las “políticas internas” realiza-



HECLO, “Pensar institucionalmente, Ed. Paidós, Madrid, 2010, pp. 66-67.

125 En igual postura, SALA FRANCO T, “La voluntariedad en el contrato de trabajo a tiempo parcial y con acuerdo de trabajo a distancia”, NREDT, N°. 235, 2022, punto III.

bles en ese aspecto por las empresas y entes corporativos. Aparte de esa tarea clarificadora, impera validar dichos instrumentos reforzadamente por los servicios de prevención.

Lo anterior conecta con los márgenes de transacción del acuerdo de trabajo a distancia. Ya vimos antes que uno de los asuntos litigiosos orbita las prácticas realizadoras del contenido mínimo material (ex art. 7 LTAD) y el papel que en ese aspecto juega la autonomía individual como fuente regulatoria. Como sabemos, el TAD es un pacto escrito anexo a un contrato de referencia, y se constituye mediante el acuerdo del empresario y el teletrabajador, pactos de reversibilidad inclusive (ex art. 5 y 6 LTAD). Su contenido debe incluir doce menciones (ex 7 LTAD) entre las cuales figuran los medios de control de la actividad y un régimen de instrucciones en materia de protección de datos y de seguridad de la información (párrafos h, j, y k). La amplitud del texto legislativo dilata excesivamente el alcance dable a las facultades de control tecnológico. La experiencia empírica se hace ya eco de prácticas exorbitadas donde los trabajadores aceptan sistemas de supervisión que incumplen esos estándares mínimos de protección constitucional. Hablo de aplicaciones informáticas instaladas en los ordenadores personales de los teletrabajadores que violentan la intimidad ex art. 18 CE¹²⁶, con el añadido de filtrar las garantías de indemnidad mediante subterfugios de legalidad ordinaria y dispositivos de estricta sustanciación procesal¹²⁷. Todo ello vuelve a minusvalorar el carácter tentativo de los

126 Las colisiones entre el derecho a la intimidad y los poderes de supervisión y control a distancia quedan reflejadas en el cuadro de antecedentes y fundamentaciones de la STSJ CASTILLA LEÓN (Valladolid) de 30/12/2021 (EDJ 841075). El litigio elucidó un supuesto de prestación de servicios de venta telefónica realizada desde el domicilio personal del trabajador. La relación laboral se regía por un acuerdo privado de teletrabajo, una de cuyas cláusulas habilitaban un sistema de supervisión telemática que ofrecía información en tiempo real sobre el desenvolvimiento de la prestación a distancia. La trabajadora se conectaba al ordenador de la empresa a través de su ordenador privado, y, en ese sentido, el acuerdo del TAD sujetó el trabajo en remoto a un sistema de supervisión por medios telemáticos, informáticos y electrónicos (programa de control “OCM Supervisor”). El programa se ejecutaba a través del ordenador privado de la trabajadora, y, gracias al mismo, la empresa podía tener conocimiento de lo que hacía en la pantalla mediante sistemas de capturas, escuchas de llamadas en línea, grabaciones, control de los tiempos conectivos, régimen de pausas y descanso, y tiempos de codificación. La empleada recibe una amonestación por no codificarse y acceder a foros ajenos al de su trabajo, relacionados con su derecho a la intimidad. Un día antes de ser despedida, remite un correo electrónico mostrando su indignación por tales prácticas invasivas. En instancia se decreta la procedencia del despido, y, recurrido este en suplicación, el TSJ confirma el fallo. Se aduce que la extinción vino precedida de una serie de incumplimientos previos, tales como la no codificación de las llamadas y argumentos de baja productividad. A juicio del Tribunal, estos incumplimientos amparan la procedencia extintiva por transgresión de la buena fe contractual y disminución continuada y voluntaria en el rendimiento ex art. 54 ET. Aparte de ello, el TSJ entiende que no hay indicios de que la conducta extintiva fuese una reacción de represalia, dado que se basaba “en causas genéricas”.

127 Retomando las consideraciones de la STSJ CASTILLA LEÓN (Valladolid) de 30 de diciembre del 2021 supra cit, el hilo discursivo reconocería lo siguiente: “Dos son los derechos que el recurrente considera afectados: la intimidad y la garantía de indemnidad como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva y con relación al primero el magistrado razona que si bien el medio de control de trabajo instalado en el ordenador de la trabajadora no cumple con los estándares de respeto a dicho derecho, lo cierto es que no habiéndose obtenido la información sobre los hechos imputados...el incumplimiento de dicho estándar no vicia de nulidad el despido pues el mismo no se ha producido con vulneración del derecho a su intimidad porque la información sobre los hechos que se imputan se ha obtenido por medios distintos de lo que constituye el exceso de control en la aplicación, porque las imputaciones son tan genéricas que difícilmente se pueden poner en relación con vigilancia del trabajo que haga uso de tales medios excesivos” (J 2º).

derechos de la personalidad, y acrece los márgenes del poder digital y las facultades directivas mismas.

- El tercer estadio atañe a las medidas de vigilancia arbitradas por el poder directivo digital y la legalidad de las mismas. El control digital encuentra un primer fundamento en necesidades elementales de gestión y coordinación del trabajo en remoto. Cosa aparte son las posibilidades que igualmente abre para optimizar la productividad del teletrabajador y la actividad económica y su apoyatura en las decisiones sancionadoras y extintivas. Las TICs dan fluidez a las comunicaciones internas y continuidad a las actividades a distancia (v.gr. pedidos, relaciones con clientes, etc.). Ofrecen información estratégica de las células de trabajo en remoto y optimizaciones potenciales realizables en el mismo; también infieren informaciones del rendimiento de los teletrabajadores, en tiempo real y proyectivamente; y permiten racionalizar el cumplimiento de sus obligaciones con retoques funcionalistas en la realización prestacional. Elevándonos a planos más amplios, las facultades de control digital contribuyen a la protección general del sistema informático y tecnológico empresarial. Los análisis recabados en ese aspecto evitan daños sistémicos de las redes informáticas; incluso permiten prevenir precautoriamente la reversión de responsabilidades generadas por utilizaciones incorrectas o ilícitas de tales infraestructuras tecnológicas. Lo expuesto elucida planos secantes de intervención que, sin embargo, conviene distinguir. Los empleadores no pueden hacer un uso indiscriminado de los archivos temporales, ni utilizar omnímodamente la cobertura de las funciones de mantenimiento informático. La detección técnica de dichas disfuncionalidades y las tareas de reparación en red tropiezan, precisamente, con el imperativo iusfundamental de la intimidad y los derechos de la personalidad¹²⁸.

Las acciones de control tecnológico se entrecruzan con la vigilancia directiva, para transitar en violaciones de un derecho fundamental. De ser así, impera validar las pruebas obtenidas con la transducción de las herramientas digitales y colegir el alcance de las consecuencias vulneradoras. La injerencia legítima o ilegítima de los poderes de control y vigilancia se infiere, primero, del derecho particularmente afectado. Los derechos de la personalidad integran categorías, como el secreto de las comunicaciones, la intimidad, la autodeterminación informativa y la privacidad mental. Todos comparten puntos comunes e irradian sinergias mutuas, empero abstraen regímenes legales distintos y diferenciaciones en los respectivos blindajes de las garantías de indemnidad. Disponemos de un amplio corpus doctrinal y ju-



128 STS 26/9/2007 (Rec. n.º 966/2006), recabando resoluciones del propio Tribunal (SSTS. 5/12/2003, 20/9/2006, 20/11/2006, ó 1/12/2006).

risprudencial que desbroza toda una taxonomía fundamentadora en derredor suyo. Su doctrina pondera las variables materiales y los códigos jurídicos virtualmente aplicables, ahora bien, las construcciones no infieren pautas lineales, al contrario, transducen una vasta casuística teórica y argumentadora. Razones de espacio impiden profundizar en ello, empero conviene subrayar el carácter “*endocéntrico*” de estos asuntos litigiosos. Hablamos de derechos y valores seminales, como la dignidad e intimidad ex arts. 10 y 18 CE, o la personalidad profesional, cuya centralidad debe quedar incólume. Como fustes entativos que son, constituyen mínimos invulnerables, más allá de la amalgama de códigos que orbitan la digitalización y las taxonomías categoriales y sub-clasificadoras. Por tanto, atañe al legislador el aseguramiento de dicho estatuto jurídico, en su entera centralidad endocéntrica y como eje transductor del disfrute de los derechos individuales. Sin esos límites, ora regulatorios y/o hermenéuticamente restrictivos, menospreciamos “la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (STC 120/1990, de 27 de junio).

Los referidos límites, vistos desde el fulcro regulatorio de la LTAD, no atemperan las transducciones del poder directivo digital, lo cual nos lleva de nuevo a la hermenéutica realizadora del canon de proporcionalidad. Los derechos de la personalidad, entendidos como atributos entativos del individuo, rigen sus relaciones con la Estatalidad, y, en ese aspecto, coligen posiciones jurídicas en interacción continua. Los textos Constitucionales integran una macro-arquitectura de derechos, prescripciones y valores superiores, y estas bases parten de un sistema jurídico teóricamente ordenado. Ahora bien, ese todo sistémico, refrendado en cada Carta Magna, es más formal que en puridad real. Sus códigos trazan un camino de realización entre la libertad de empresa y los derechos de propiedad y el canon de socialidad constitucional frente a los derechos de la personalidad. La valencia de esos espacios, y el fulcro último dable a dichos códigos, se resuelve en clave de política normativa, infiriéndose de tales decantaciones la atención a los riesgos vulneradores de los derechos iusfundamentales o la religación sacrificial de los mismos¹²⁹.

La complejidad de las sociedades tecnológicas inflige tensiones continuas y al alza en las posiciones de los derechos básicos fundamentales. El canon de proporcionalidad solventa las colisiones entre tales derechos con unas bases de unidad hermenéutica, que además dan un amplio juego al operador jurídico. Entre sus utilidades, destaca la apertura de caminos de orientación en el complejo abanico de valores y derechos iusfundamentales, contrapesándolos y jerarquizándolos resolutoriamente¹³⁰. En puridad, merece la conside-

129 Vid. VALDÉS DAL RÉ “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, RL nº 22, 2003, p. 11.

130 Vid. GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO, El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”,

ración de principio general del Derecho puesto a disposición del operador jurídico con vistas a alcanzar un equilibrio verdaderamente ponderado y ecuánime de los valores e intereses en conflicto¹³¹. Esto explica su utilización por el conjunto de órganos jurisdicentes, sea con la fundamentación expresa del meritado canon o con su “trazabilidad implícita” en sus juicios ponderativos. Elucida un método pautado que orienta teórica y empíricamente los procesos de interpretación de los derechos constitucionales y la aplicación misma de la normatividad. Constituye un fulcro catalizador que pondera las tensiones entre los mandatos jurídicos y los contenidos axiológicos subyacentes. Y contribuye a resolver dichas tensiones dialécticas aplicando unas pautas materiales, “criteriales”, analíticas y resolutorias.

Como sabemos, nuestro canon recaba unos *plexos* conceptuales y operativos que trazan un camino pautado de realización hermenéutica. Pone en práctica tres “sub-principios” cuya concatenación solventa las colisiones producibles en el conjunto de derechos y valores constitucionales: el canon de idoneidad, el canon de necesidad, y el juicio de proporcionalidad estrictamente considerado. El canon de idoneidad o adecuación entraña un “*prius*” dentro del proceso de intervención hermenéutica, justificándola como tal en aras de un fin constitucionalmente legítimo. La idoneidad construye un juicio de razonabilidad desde una relación medio-fin, descartando la interdicción de la arbitrariedad sancionada por el art. 9 CE para el conjunto de los poderes públicos. El canon de necesidad centraliza el trípole analítico, y muy particularmente el juicio de adecuación de las medidas de vigilancia y control del trabajo a distancia. Colige la indispensabilidad de las medidas de intervención operadas en los derechos fundamentales. Examina si la injerencia en los derechos en juego es una medida oportuna, a fuer de benigna, dentro de las acciones virtualmente realizables. Y pondera los posibles perjuicios irrogados al teletrabajador salvaguardando las garantías de indemnidad. Ello permite ámbitos de injerencia en el derecho afectado con vistas a un justo equilibrio de los cánones iusfundamentales, a cambio, eso sí, de otras “ganancias” valorables constitucionalmente. La trazabilidad de los dos criterios anteriores transita al tercero: el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. La intervención en el meritado derecho debe estar justificada por mor de la relevancia constitucional obtenible al hilo de dichas realizaciones aplicativas. Consiguientemente, nuestro canon anuda tres fustes fundamentadores: primero, una determinación de las magnitudes ponderables constitucionalmente; luego, una tarea comparativa de las referidas magnitudes a fin de de-



Cuadernos de derecho público, Nº 5, 1998, pp. 198-99.

131 Vid. BERNAL PULIDO C, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 454 y ss. La misma doctrina Constitucional recaba varias construcciones nocionales, mentándolo, por ejemplo, como “principio general del derecho”, “concepto jurídico indeterminado”, “principio inherente al Estado de Derecho”, canon “inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad”, opuesto al ejercicio arbitrario de los poderes públicos: SSTC 62/1982 (FJ 5º), 85/1992 (FJ 4º), 111/1993 (FJ 9º), 50/1995 (FJ 7º), 173/1995 (FJ 2º).

terminar la importancia de la intervención; para finalmente justificar dicha intervención, correctora del derecho, en función de la valencia constitucional del mismo y los principios y valores en disputa¹³².

3. Es claro que el canon de proporcionalidad adquiere una proyección propia en toda la fenomenología del trabajo deslocalizado. El TAD multiplica las formas de interacción entre la empresa y los teletrabajadores, y, desde esa lógica, expande las relaciones entre los dispositivos técnicos de control, la intimidación profesional y las garantías de indemnidad. Las premisas dogmáticas y metodológicas son claras, dada la superioridad en rango de los derechos de la personalidad y las sub-categorizaciones que en ese aspecto brinda la “informatización”. Los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto pues ceden ante ciertos intereses constitucionalmente relevantes, ahora bien, para que los controles del poder directivo operen válidamente, las permisiones y limitaciones infligidas en el derecho fundamental deben ser sobremanera necesarias con vistas a unos fines legítimos. Las medidas adoptables al amparo de dicho canon han de ser asimismo proporcionadas en aras de un equilibrio ecuánime de los derechos y valores en conflicto, salvaguardando siempre y en todo momento el contenido esencial del derecho centralmente afectado.

Las formas de tutela de los derechos fundamentales muestran, sin embargo, debilidades en su verdadero alcance protector, y, en estas devaluaciones, el Derecho del trabajo no parece estar preparado para contener las tendencias vulneradoras infligidas por el capitalismo cognitivo¹³³. En el caso del teletrabajo, las herramientas iuslaborales han confiado más de lo debido en las fuentes individuales y colectivas, sin deparar en la complejidad creciente de su objeto y su fenomenología laminar y expansiva. Por añadir otro factor concluyente, el “internet de las cosas” (la expresión reifica ya “per se” su trasfondo fenoménico) se ha adueñado de las esferas personales y cotidianas difuminando la separación entre

.....

132 La aplicación del canon de proporcionalidad, y de sus tres sub-principios, ha sido objeto de una vasta y sesuda doctrina constitucional, muy particularmente examinando la conculcación de derechos fundamentales, como la intimidación, por el ejercicio del poder digital directivo. Destacaré, sin embargo, obstante, dos sentencias y un voto particular: la STC 29/2013, de 13 de febrero, y la STC 241/2012, de 17 de diciembre. Como sabemos, el primer fallo dio amparo constitucional a un director de servicios de una universidad andaluza cuyas imágenes fueron captadas mediante videocámaras sin haber informado previamente, de forma expresa y precisa del tratamiento de los datos obtenidos, lo cual llevó a entender lesionado el derecho fundamental en tanto “se rebasa o desconocen las limitaciones inherentes al mismo”. Por su parte, la STC 241/2012 analizó los contenidos obtenidos de un ordenador personal a través de un programa de mensajería instantánea (Trillan) cuyo receptáculo recogió opiniones críticas, despectivas e insultantes de una trabajadora a sus compañeros y jefes. El Pleno denegó el amparo valorando las circunstancias fácticas, dado que el ordenador era de uso común y la empresa había prohibido “ex professo” la instalación de programas en el mismo. No obstante, y como decía, debe subrayarse el voto particular del magistrado VALDÉS DAL RÉ, opuesto al común sentir del TC, con un sesudo desglose de los cánones vertebradores del juicio de proporcionalidad.

133 Vid. RIVAS VALLEJO P, “La aplicación de la inteligencia artificial...”, op, cit. p. 68; esbozando un cuadro de principios realizadores de IA en clave garantista, vid. ALVAREZ CUESTA H “El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas”, Ed. Aranzadi, 2020, cap. IV, pp. 53 y ss.

aquellas y las facetas profesionales; lo privado y lo público¹³⁴. La utilización de medios y utensilios informáticos facilitados por las empresas, siguiendo por ejemplo las reglas de los arts. 7, a), h) y k), 11, 17 y 22 LTAD, bosqueja un régimen alambicado y conflictivo a la par. Trazan situaciones proclives a la discrepancia interpretativa y la tensión aplicativa, y además tropiezan con afectaciones frecuentes de la intimidad informática. El registro de los correos electrónicos ilustra emblemáticamente dicha problemática, pero las implicaciones constitucionales se extienden al secreto de las comunicaciones derivadas de la navegación en red, al régimen de controles automáticos, o a los rastros de los datos personales. La entidad problematizadora surge cuando las medidas de vigilancia digital activan acciones sancionadoras, y, más particularmente, decisiones extintivas ex art. 54 ET. Los despidos por incumplimiento de las obligaciones en remoto trenzan las facultades de gestión digital y las potestades punitivas, anudándolas en un campo unitario realizador del poder directivo mismo. Ello eleva los códigos de realización a escalas más amplias, en términos analíticos, teóricos, resolutorios y fundamentadores. El derecho a la intimidad ex art. 18 CE se anuda al canon de tutela judicial efectiva y la garantía de indemnidad ex art. 24 CE. Y en conu-bio, recaban los dispositivos sustantivos y rituarios (ex art. 55 ET, y 193 y 196.2 LRJS) y el cuadro normativo colacionable complementariamente¹³⁵. Los anclajes iusfundamentales trenzan dimensiones sustantivas, rituarias y probatorias, a fuer de yuxtaponer numerosísimas variables materiales de contrastado influjo en la realización hermenéutica.

El medio digital condiciona el devenir finalista de la *digitalización* (proceso) tanto como las infinitas instrumentaciones de la “*digitalidad*” (goznes político-ideológicos). No hablo ahora de las ambivalencias de cualquier tecnología sino de las facilidades proporcionados por dichos adelantos a las funciones de vigilancia directiva (nanotecnologías, algoritmos, etc), incluyendo el jaez de “parapetos” que, en análogo orden de ideas, abren las fórmulas de control aplicables digitalmente. La plasticidad de las TICs y la sofisticación de los programas informáticos reverdece el dilema de las carencias regulatorias del trabajo en remoto pues revierten en el estatuto socio-jurídico de los teletrabajadores tanto como en el desenvolvimiento normalizado de sus obligaciones a distancia. La arquitectura normativa atribuye al empleador la utilización de las medidas oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales (ex arts. 20.3 ET y 22 LTAD) pero, de otra parte, recaba espacios permeables y opacos que dificultan deslindar el uso personal y profesional dentro del marco tecnológico. Los cánones de no prohibición absoluta y de utilización con mesura de las TICs parece ser una solución acorde a las

.....

134 RIVAS VALLEJO P, ult, loc, cit.

135 Así, art. 22 LTAD, art 87 LOPD, arts. 71. y 11.1 LOPJ, art. 8 del Convenio de Roma, arts. 7 y 8 de la Carta Europea de derechos fundamentales; amén de la doctrina del TEDH, sentada al hilo del Caso Barbulescu (STEDH de 5 de septiembre del 2017, Gran Sala).

transformaciones en curso, no solo por su funcionalidad socializadora sino por los gravosísimos riesgos de aislamiento inmersivo. Los cánones de tolerancia encuentran eco en el contenido de los convenios cuando abordan el régimen de comunicaciones internas. Los usos y costumbres locales y profesionales difunden esas mismas prácticas de tolerancia y un uso moderado de los medios corporativos. Ahora bien, incluso presumiendo que la terminal pertenezca al teletrabajador, las empresas arbitran programas cuyas condiciones de uso se imponen de uno u otro modo, pre-condicionando así el desenvolvimiento del débito prestacional con filtros de control algorítmico. Los términos de utilización de las TICs y de los canales de comunicación trenzados en derredor suyo entran dentro de los poderes de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales, pero, como vengo significando, salvaguardar la consideración debida de la dignidad y la intimidad, o la capacidad real de los trabajadores con discapacidad ex arts. 20.3 y 20.bis ET, y art. 22 LTAD “in fine”, son construcciones insuficientes frente a la mediocracia digital y sus formas ocultas de dominio algorítmico. Más bien, quedan religados al ámbito formal y como “dispositivos de atingencia ex post facto”.

Los temas litigiosos imbricados en la utilización instrumental de los dispositivos tecnológicos dibujan una trayectoria ascendente, sobre todo las bases digitalizadas obtenidas por la vigilancia directiva de los repositorios de información¹³⁶. Sus causaciones son conocidas. El aceleracionismo y la sofisticación de las TICs expanden sus formas de uso, y, como es sabido, la tecnología y el mercado no conocen límites, es más, se antojan “caprichosos”¹³⁷. Ello augura focos conflictivos al alza con análoga magnitud fenoménica, máxime en instituciones transversales y resbaladizas como el teletrabajo. Los riesgos informáticos forman un interfaz deletéreo de informaciones cruzadas, y ponen en jaque permanente los anclajes dignitativos del ser y los derechos de la personalidad y la intimidad. La “gestión de datos” es un repositorio lábil, poroso y dúctil, y tiene suficiente capacidad para dar cobertura a cualesquiera acciones relacionadas con su conceptualización realizadora. Por esta lógica, avizoro construcciones al alza del juicio de proporcionalidad bajo los postulados del “hallazgo casual”. Hablamos de un vasto régimen de fiscalizaciones en la gestión de la vigilancia tecnológica o en el mantenimiento de las redes de seguridad cuyos resultados muestren “incorrecciones” o incumplimientos de las obligaciones profesionales. Con todo, el “datismo gestional” y el volumen contingencial de los hallazgos casuales compilan aspectos personales y trazabilidades subjetivas cuyas vulneraciones producen perjuicios atingentes de difícil reparación “post hoc”.

Los fundamentos resolutorios difieren por las innumerables variables incidentes en los supuestos materiales. Las empresas están en efecto habilitadas para controlar el uso de los

.....

136 Vid supra 2, y Anexos I.

137 PIKETTY “El capital en el siglo XXI, FCE, México, 2014, p. 257.

ordenadores y demás dispositivos digitales a fin de verificar el correcto cumplimiento del objeto prestacional. Aparte de ello, el tiempo de servicios consumido, utilizando la infraestructura tecnológica de la empresa, entraña un enriquecimiento injusto en tanto retribuye un tiempo extralaboral con fines privados. Ahora bien, las facultades de control digital llegan al perímetro de derechos endocéntricos, como la intimidad y la privacidad mental. El precio de la computerización hace al teletrabajador vulnerable en grados impredecibles¹³⁸. Los algoritmos se multiplican a escala fractal y exponencialmente, y por mucho que cualifiquemos el “dato” y sus categorizaciones parciales (“personal”, “privado”, “íntimo”, “particular”, “reservado”, familiar, amical, etc), al final son manejados invisiblemente en un sinfín de combinaciones alfanuméricas, gestionadas por el poder digital directivo.

Según declarara el TC, la intimidad es un fuste garantista que permite dar respuesta a formas de amenaza afectantes a la dignidad y los derechos de la persona¹³⁹. La arquitectura Constitucional se antoja insuficiente y desfasada respecto de los cambios transformacionales en curso¹⁴⁰. Hoy la garantía de la intimidad adopta un sentido positivo en cuanto catalice un derecho de control de los datos relativos a la persona misma. La libertad informática instituye el derecho a controlar el uso de los propios datos insertos en un programa (“habeas data”), lo cual comprende, entre otros aspectos, un derecho de oposición frente al uso de determinadas informaciones personales con fines distintos del legítimo que justificara la precitada obtención. Los elementos del art. 18.4 CE “in fine” estatuyen límites al “filtro digital” para garantizar el pleno ejercicio de los derechos constitucionales pues componen un fulcro donde anudar la protección de otros derechos fundamentales. El art. 18.4 CE transduce un instrumento específico de protección de los derechos del ciudadano frente al uso desviado de la tecnología, pero además consagra un derecho fundamental autónomo que legitima

.....

138 FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y RODRÍGUEZ ESCANCIANO S “Utilización y control de datos laborales automatizados”, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997, p. 50.

139 Aparte de constituir un instituto de garantía de derechos básicos, como el honor y la intimidad, el art. 18.4 ET también es “en sí mismo un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos (STC 254/1993).

140 Paradójicamente el art. 35 de la Constitución Portuguesa, elaborada en 1976, cuyos contenidos influyeron en la Carta Magna, cuenta con un precepto “ad hoc”. *Utilización de la Informática*: 1. “Todo ciudadano tendrá derecho de acceso a todos los registros informáticos que le conciernen, a requerir que sean rectificadas y actualizados, y a ser informado de la finalidad a que se destinan las informaciones, de conformidad con lo dispuesto en la ley. 2. La ley definirá el concepto de “dato personal”, junto con términos y condiciones aplicables a su tratamiento automatizado, vínculos, transmisiones y uso, y garantizará su protección, en particular por medio de un órgano independiente. 3. No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones filosóficas o políticas, afiliaciones a partidos o sindicatos, creencias religiosas, vida privada u orígenes étnicos, salvo con el consentimiento expreso del sujeto, con autorización prevista por la ley y garantías de no discriminación, o con el fin de procesar datos estadísticos que no puedan ser individualmente identificados. 4. El acceso de terceros a los datos personales estará prohibido, salvo en casos excepcionales, de conformidad con la ley. 5. Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos. 6. Se garantiza a todos el libre acceso a la red informática de uso público. La ley determinará tanto las reglas aplicables al flujo de datos a través de las fronteras como las medidas apropiadas para proteger datos personales y otros que justificadamente hayan de ser salvaguardados en interés nacional. 7. Los datos personales contenidos en archivos manuales disfrutará de la misma protección prevista en los apartados precedentes, de conformidad con lo dispuesto en la ley”.

un control sistémico del flujo de informaciones personales¹⁴¹. El interés jurídico protegible debe formularse en plural, dado que trasciende al conjunto de la sociedad y al imperativo de la sociedad red. La hermenéutica realizadora de la protección debe ser impecablemente garantista. Primero, por vía positiva, a efectos de garantizar la privacidad dignitativa y el honor de las personas trabajadoras (reputación, trayectoria personal y laboral, etc)¹⁴² tanto como “el ejercicio pleno de sus derechos” (STC.11/1998, de 13 de enero, FJ. 4º). Y también por vía negativa, a fin de evitar erosiones en los bienes y valores iusfundamentales secantes (v.gr. comportamientos discriminatorios, discriminación algorítmica)¹⁴³.

Las intrusiones potenciales en los ámbitos de privacidad de los trabajadores a distancia transitan los controles fiscalizadores del débito prestacional, ahora bien, el alcance de dichas intervenciones es una variable dependiente de las posibilidades técnicas que en ese aspecto dispongan los dispositivos de vigilancia directiva, los cauces de transducción digital (v.gr. ordenadores privados o facilitados empresarialmente, formas de acceso a las bases de datos, etc) y las reglas jurídicas aplicables al caso (v.gr. acuerdo privado de teletrabajo, convenios y acuerdos colectivos, protocolos de uso debidamente ratificados y habilitados por los representantes legales). Las herramientas facilitadas a los teletrabajadores pueden estar sujetas al mismo régimen de controles habilitados para el conjunto de la fuerza laboral (copias espejo, motores de búsqueda, etc) aunque, generalmente, el alcance de tales medidas se particulariza por mor del perfil del teletrabajador y las condiciones prestacionales y locativas. Más allá de las singularidades descritas, y de las variables colacionables, los excesos de las facultades de vigilancia y sus invasiones transgresoras al final transitan resolutoriamente entre los postulados del canon de proporcionalidad. Es dicho juicio, y el trinomio de criterios sustentadores del mismo, quienes perfilan los perímetros legítimos de intervención de la vigilancia a distancia. Las facultades del poder directivo digital no habilitan “per se” el cuadro de intromisiones técnicas en los dispositivos de almacenamiento de datos (mecanismos de filtrado, búsqueda ciega, etc) o en el interfaz de los soportes tecnológicos (codificaciones, programas informáticos, software de escritorio instalados en ordenadores privados o corporativos, etc). Los sistemas de control del teletrabajo deben salvaguardar los estándares del derecho a la intimidad y la garantía de indemnidad.

El problema de las medidas de vigilancia habilitadas por las herramientas digitales y/o computaciones algorítmicas es que operan en *espacios-límite* de injerencia legítima o ile-

.....

141 Particularmente, sobre las vías de tutela de la protección de datos, vid. GOÑI SEIN JL “La nueva regulación europea...”, op. cit, en espec. pp. 181 y ss.

142 En este aspecto, vid. NEVADO FERÁNDIZ MJ “El ejercicio del derecho al honor (por el trabajador) en el contrato de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 50.

143 Sobre la “ingeniería de la discriminación algorítmica”, vid RIVAS VALLEJO P “La aplicación de la inteligencia artificial...”, Cap. I. punto IV, y en espec. pp. 44 y ss. La construcción dogmática de dicha doctrina queda compendiada en las resoluciones siguientes: SSTC 33/1998, 35/1998, 45/1998, 60/1998, 77/1998, 94/1998, 104/1998, 105/1998, 106/1998, 123/1998, 124/125, 126/1998, 158/1998, 198/1998, 223/1998, 30/1999, 44/1999 y 45/1999.

gítima, cuyo juicio resuelve nuestro juicio ponderativo. El principio de proporcionalidad opera justo en ese espacio intersticial, cuyos contornos devienen permeables y potencialmente laxos. Se trata de recabar el elenco de variables materiales concurrentes dando mayor o menor valencia a los códigos jurídicos colacionables al caso, y cuyo abanico fluctúa en extensión e intensidad según sean los antecedentes, la trazabilidad material y el cuadro de valores y derechos en disputa. Los medios de supervisión del poder digital directivo devienen abiertos y ostentan una enorme plasticidad realizadora debido, entre otras cosas, a las variables técnicas e instrumentales (herramientas telemáticas, informáticas, electrónicas, etc), los contextos de transducción digital (red, foros, nube, etc) y los nódulos de acceso (bases de datos, correo electrónico, etc). Por si fuera poco, la flexibilidad del TAD propicia las yuxtaposiciones del tiempo de trabajo y de los tiempos de desconexión. Estos pueden ser objeto de acotaciones ad hoc, aunque es deseable intercalar tiempos breves de desconexión mental. La primera posibilidad encuentra amparo expreso en la normativa especial y general (ex art. 88 LPD, art. 7.c) y d), y art. 18 LTAD) y en las matizaciones complementarias derivables de los convenios colectivos. La segunda acción, por su parte, tiene un sustrato preventivo frente a los excesos continuados de la carga mental laboral. Encuentra causa en la conveniencia de hacer intervalos de corta duración para realizar breves paréntesis de descanso cognitivo e intelectual, en la idea que dichos paréntesis permitan retomar la concentración de las tareas encomendadas y el avance del rendimiento. Obviamente la permeabilidad de los tiempos de trabajo, disponibilidad y descanso es uno de los nudos gordianos regulatorios (ex art 7.c. y d. y art. 13 LTAD) desde el doble tamiz de su materialización realizadora y las medidas de control arbitradas al efecto.

Aparte del consentimiento individual expreso del teletrabajador y del régimen informativo prescrito normativamente (ex. arts. 87 a 91 LOPD; art. 7.h), j), k), y art. 17.3 LTAD), los controles digitales deben saldar un contexto de no transgresión de la expectativa razonable de privacidad, cuyos extremos no pueden ser laminados materialmente. Enlazo lo expuesto con un canon de “permisividad pseudo-consentida”, muy difundido en las relaciones laborales, que sobreentiende las reglas de uso de los dispositivos tecnológicos aplicables al trabajo deslocalizado. Sus códigos encuentran causa en un régimen de advertencias previas cuyos extremos presuponen un conocimiento fehaciente de los términos de la supervisión tecnológica y el alcance de ella¹⁴⁴. Ahora bien, la polivalencia

.....

144 Entran en juego los criterios de ponderación sobre la proporcionalidad de la injerencia, cuyos esquemas se irradian básicamente a través de la STEDH Barbulescu / Rumanía II. El juicio de ponderación calibra entonces la gravedad de la injerencia, la superación del juicio de necesidad, particularmente la inexistencia de otras medidas de vigilancia menos gravosa, y el hecho de contar con sospechas fundadas y justificativas de la actuación empresarial. No basta la legitimidad de acceso a la información contenida en el dispositivo técnico. La justificación de la injerencia debe ser igualmente considerado al valorar la licitud de la información lograda con actos de control, vigilancia o registro. Así las cosas, a efectos de la licitud constitucional, incluso la absoluta proporcionalidad en la búsqueda, los “hallazgos” obtenibles de ella carecen de significación si el propio control informacional carece de cobertura.

del TAD y la sofisticación de los dispositivos técnicos expanden el poder digital directivo y las dimensiones realizadoras del juicio de proporcionalidad. No se trata solo de la ampliación de las variables ponderables alrededor suyo, sino de formas de laboralidad en red sujetas a supervisiones variopintas que intensifican las vías de control en un vasto interfaz de algoritmos. El seguimiento del trabajo deslocalizado y las informaciones capturadas informáticamente el hilo de su aplicación material tensionan al alza las colisiones entre bienes jurídicos cuyos anclajes son, empero, disímiles en cualesquiera juicios resolutorios y ponderativos (en síntesis, la trabazón de los arts. 18, 24 frente al 38 CE). A mi modo de ver, y como he significado en este estudio, el régimen de la Ley 10/2021 no equilibra los vectores en juego, menos aún en clave proyectiva. Tras superar su “telos profiláctico”, se redimensionaron los elementos funcionalistas, y su contenido hizo valer más los aspectos reguladores del trabajo a distancia que las restricciones necesarias y deseables en su objeto aplicativo. El predominio de las motivaciones funcionalistas en su tejido regulatorio ya está expandiendo prácticas normalizadoras sin interiorizarse su trascendencia venidera (v.gr. religación del régimen preventivo del teletrabajo). Sin embargo, la anomia en el desarrollo convencional del TAD transduce un régimen de retrocesiones aplicativos saldadas bajo el parteaguas de las negociaciones individuales. El problema es que estas distorsiones operativas en su sistema de fuentes despliegan un “efecto dominó” en todo su proceso de categorización institucional; incluso debilitan, cual vasos comunicantes, los cauces de preservación garantista de derechos laborales y fundamentales del trabajo deslocalizado.

La cercanía tecnológica y socializadora del teletrabajo no puede distorsionar una correcta realización aplicativo del mismo, entre otras cosas, porque hipoteca unos niveles de protección merecedores del máximo amparo iusfundamental. A la espera de una reforma constitucional, actualizadora de los nuevos derechos fundamentales tecnológicos (cuyo horizonte cuesta avizorar), el epicentro sigue siendo la dignidad humana y los derechos humanos; máxime en una categoría, como el trabajo en remoto, proclive al derrubio regulatorio y los actos de injerencia. La red genera altos riesgos a la privacidad de los individuos, y el teletrabajo es un transductor masivo de ellos. Se trata de combinar, previo decisionismo legislativo, el reconocimiento de derechos positivos directos de las personas con reglas garantes y prácticas realmente protectoras¹⁴⁵. De no ser así, avizoro un amplio jaez de violaciones dignitativas al alza y de transgresiones flagrantes de la condición personal e íntima de los trabajadores y teletrabajadores¹⁴⁶.

.....

145 Vid. SALCEDO BELTRÁN C “Inteligencia artificial...”, op, cit, p. 79.

146 Como apunta FERRER SANTOS “El término dignidad (del griego axión) significa algo que es valioso, lo que es estimado o considerado por si mismo, y no en función de otra cosa [...] La dignidad humana radica en el valor interno e insustituible que le corresponde al hombre en razón de su ser, no por ciertos rendimientos que prestara ni por otros fines distintos de sí mismo” (1996: 191-201), citado por VIGO SERRALVO F “La insuficiencia radical del Derecho del Trabajo para la garantía de la dignidad humana. Una relectura de Hugo Sinzheimer”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 1 (2023, en prensa).

5. ANEXOS

SUB. I. Resoluciones sobre trabajo deslocalizado, y, complementariamente, derechos digitales: referencias según las instancias, cronología y ejes temáticos

- (Colateral) STS 22-7-22 (EDJ 645949): *Videovigilancia y derechos fundamentales*. Excepcionalmente, se considera válida la prueba de videovigilancia de la que no fue advertida una empleada de hogar, despedida por robo, y cuya autoría se acredita. El TS entiende que hay una justificación seria del control directivo, y que la prueba era idónea, necesaria y proporcionada, dada su instalación de forma temporal enfocando únicamente al armario donde se ubicaba la caja fuerte. En este caso excepcional, se permite que el empleador no informara de su existencia a la persona trabajadora ni que colocase el distintivo de protección de datos para proteger los intereses privados. La Sala no entra a valorar otras consecuencias que la conducta empresarial puede tener desde la perspectiva más amplia de la legislación de protección de datos en su conjunto.
- STS 10/4/19 (EDJ. 572520): *Telemarketing: cláusula genérica, estipulada contractualmente*, por la que el trabajador cede su imagen tomada mediante cámara web y dispositivos tecnológicos; convalidación de la cláusula por estar implícita en el objeto de dicha actividad.
- STS 23/10/2018 (Sala Segunda; Rec. nº 489/2018): *Control informático y límites del “compliance officer” en el uso de e-mails*. Alto directivo que incoa operaciones comerciales de compraventa de pescado en una cadena de intermediaciones y revendedores mercantiles. Información obtenida mediante un programa informático que permite seleccionar, por su contenido, correos electrónicos sin necesidad de abrirllos, lo cual permitía discriminar entre unos archivos y otros para acceder exclusivamente a los relacionados con tales “chivatos”. Inutilizabilidad de medios de prueba y juicio de proporcionalidad Constitucionalidad.
- STS 21/9/15 (Rec. 259/2014): *Carácter abusivo de la cláusula contractual que obliga a facilitar a la empresa el teléfono móvil y la dirección personal de correo electrónico para el envío de mensajes de texto y documentos*.
- STS 4/12/2015 (Sala Segunda; Rec. nº 786). *Acceso a mensajes de correos electrónicos ya recepcionados y guardados en el correspondiente archivo informático*.
- STS 19/2/14 (Rec. nº 3205/2012, con voto particular): *Periodismo y teletrabajo*: laboralidad de la actividad realizada por un periodista-tertuliano de una cadena radiofónica a la que presta habitualmente sus servicios en régimen de ajenidad y dependencia, pese a cobrar mediante facturas giradas a través de una sociedad mercantil y realizar el trabajo con gran libertad y en domicilios itinerantes.

- STS 26/9/07 (Rec nº 966/2006). *Régimen de comprobaciones realizadas en un ordenador de la empresa constatando virus informáticos y contenidos de acceso a páginas de pornografía*. Significado constitucional del derecho a la intimidad ex art. 18 ET y alcance de las facultades de control al hilo de arreglos técnicos llevados a cabo en dicho dispositivo electrónico.
- STS 11/4/05 (EDJ. 62273): *Teletrabajo y trabajo a domicilio: naturaleza, concepto y fuentes; implantación de la denominada “oficina virtual de empresa”*; cambios en el régimen contractual de los trabajadores, aunque afecte a una parte del contenido de la prestación; la aceptación de dicha modalidad de trabajo no puede ser obligatoria para el trabajador, y, en estos términos, no cabe su implementación ni por la vía del art. 41 ET ni por acuerdo colectivo.
- STS 22/4/96 (EDJ 1996/2071): *Trabajo a domicilio y presunción de laboralidad: los servicios prestados por trabajadores a una empresa de información constituye una relación laboral pese a realizar su actividad en el domicilio personal con medios propios, hallándose de alta en licencia fiscal y en Seguridad Social como autónomos, y percibiendo su retribución como honorarios; el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización de los cometidos avala tal tesis, amén del ulterior control de dicho trabajo; la empresa penaliza el retraso en su conclusión, amén de tener asignadas zonas geográficas para su desarrollo; todo ello evidencia una relación de sujeción al poder directivo empresarial y una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo*.
- SAN 22-3-22 (EDJ 528787). *Conflicto colectivo y acuerdo de empresa sobre TAD*. La AN analiza las cláusulas de un acuerdo colectivo sobre trabajo a distancia resolviendo sobre su validez o nulidad. Aborda el contenido del art. 7 LTAD y las modalidades añadidas por el referido pacto, y, en ese aspecto, el fallo se pronuncia pormenorizadamente examinando la redacción de las referidas cláusulas convencionales, cuyos extremos abordan varios ejes temáticos: facilitación de medios informáticos, equipos y herramientas, régimen de compensación por gastos, derecho de desconexión digital, prevención de riesgos, y reversibilidad del TAD.
- SAN 10-11-2022 (EDJ. 732564). *Conflicto colectivo (grupo Endesa) y acuerdo sobre TAD*. En la misma línea que la resolución anterior, se analiza esta vez la validez de las cláusulas relativas al porcentaje de distribución entre el TAD y el TP, los gastos de teletrabajo y la evaluación preventiva cuando el trabajador no permite el acceso a su domicilio a tales efectos. El fallo, que aborda el alcance de un acuerdo colectivo regulador del teletrabajo en el Grupo Endesa, preveía una propuesta de acuerdos individuales en masa, e introducía elementos no acordes con los prescriptores del art. 7 LTAD. La AN declara entonces la nulidad de los mismos, y, en concreto: la

falta de consecuencias debidas a la alteración empresarial de los días presenciales y los de teletrabajo, y la negación de compensación de los gastos producidos por el teletrabajo a las personas teletrabajadoras.

- SAN 27-6-2022 (EDJ 626105). *Facilitación y dotación empresarial de las herramientas digitales*. Es el empleador quien debe proporcionar a la plantilla las herramientas tecnológicas y los cauces de interconectividad asociados a ellas, lo cual viene amparado por un triple eje argumental. Primero por la teórica del canon de ajenidad en los medios de producción, cuyo principio traslada al empresario el deber de proporcionar los medios necesarios para el desenvolvimiento de la relación laboral. En segundo lugar, recaba la jurisprudencia del TS que considera contraria a la normativa de protección de datos que el trabajador proporcione su correo y su número de teléfono personal. Si estos medios son esenciales para el desenvolvimiento del contrato, es la empresa quien debe darlos a los trabajadores. De necesitarse que el trabajador disponga de una cuenta de correo electrónico, la empresa debe proporcionarla, no pudiendo colacionarse el coste que supusiera dicha práctica ni el riesgo de un ciber ataque, como se sugería empresarialmente.
- SAN 19-9-2022 (EDJ 626105, RS 37/22): *Conflicto Colectivo plantado por dos centrales sindicales contra una empresa matriz de Contact Center, al hilo de las cláusulas introducidas en los contratos de trabajo que requieren la aportación del email personal*. La Sala decreta ilícita la práctica empresarial consistente en exigir a los trabajadores que faciliten su cuenta de correo electrónico particular para completar la operativa de gestión de actividad y recursos humanos.
- SAN 5/11/2021 (EDJ 731631): *Compensación de gastos prevista en un acuerdo de empresa sobre teletrabajo con causa en el COVID-19*. Las personas que se encuentran en idéntica situación de teletrabajo deben percibir las mismas compensaciones económicas, aunque la situación tenga origen en acuerdos o decisiones empresariales diferentes. Así, los trabajadores que pasan a realizar TT por el coronavirus, tienen derecho a recibir la misma compensación económica que quienes se acogen a esta modalidad mediante acuerdo colectivo adoptado para determinadas situaciones personales.
- SAN 13/9/2021 (EDJ 2021/695601): *Condición más beneficiosa. Plus distancia y transporte durante teletrabajo*. No existe condición más beneficiosa en el abono del plus de distancia y transporte cuando el único dato que se aporta para identificar su existencia es que se siguió abonando dicha partida a un número reducido de trabajadores en una plantilla de varios miles de empleados durante ocho meses en periodo de pandemia. Los antecedentes no se consideran suficientemente reveladores de una voluntad inequívoca empresarial de configurar ese derecho e incorporarlo al

vínculo contractual de tales dichos trabajadores. Al contrario, se revela una conducta torpe empresarial que sigue la rutina en el abono de las nóminas sin percatarse de esta circunstancia, que posteriormente corrige (FJ 3).

- SAN 27/7/2021 (Rec. nº 277/2020): *Teletrabajo y tipologías. Implantación unilateral por la empresa de una aplicación informática (“hot desk”) que adjudica los puestos a solicitud del trabajador o sujeto responsable.* No se considera como modificación sustancial de condiciones, sino como una facultad del poder directivo. Aunque los trabajadores dejan de tener un puesto de trabajo habitual para pasar a tener el asignado por la aplicación informática, no viola el derecho de ocupación efectiva. Se trata de un nuevo criterio empresarial de organización del trabajo que responde a razones de eficacia y eficiencia organizativa para un mejor aprovechamiento de los recursos materiales para la ejecución del fin empresarial (FJ 4).
- SAN 30/6/2021 (EDJ 2021/628624): *Conflicto Colectivo. “Contact Center”. Plus de transporte recibido antes de pasar a implementarse el régimen de TT (Modalidad WAHA).* Entre los meses de marzo a junio de 2020 la empresa abonó el plus de transporte a determinados trabajadores que estaban realizando teletrabajo porque la aplicación informática que se utilizaba para verificar el fichaje no discriminaba entre el trabajo presencial y el teletrabajo. En el mes de junio la empresa advierte el error y lo corrige, y tras informar a los sindicatos, preguntando por la falta de pago del plus de transporte, la empresa deniega su dación si no hay desplazamiento al centro de trabajo.
- SAN 17/6/2021 (Rec. 148/2021): *ERTES. Implementación de teletrabajo existiendo, empero, la imposibilidad de reorganizar a la totalidad del personal a través de dicha medida.*
- SAN 25/5/2021 (Rec. 420/2020): *Fuentes y formalización del acuerdo de teletrabajo. Carácter “ad probationem” del mentado acuerdo. Mantenimiento del pago de un euro (concepto extrasalarial) comprometido empresarialmente a través de un correo electrónico dirigido al conjunto de los trabajadores.* El comunicado empresarial publicaba pagar un euro por hora realizada, decretando la AN el mantenimiento del plus. Primero porque “no se trataba de una mera encuesta, sino una oferta concreta y firme de unas nuevas condiciones que obligan a las dos partes, sin que el complemento otorgado graciosamente por el director general pueda sustituir en forma alguna la compensación pactada por las partes”. En segundo lugar, el teletrabajador ponía los medios técnicos para realizar su actividad (equipo informático, teléfono, línea móvil, internet, etc). Las previsiones de los arts. 4.2, 7.1 b, 11 y 12 de la LTAD implican que todo teletrabajador que utilice medios propios para realizar su prestación de servicios debe ser compensado empresarialmente en virtud del art. 26.2 ET

teniendo carácter extrasalarial. El pago debe satisfacerse a todos los empleados en régimen de teletrabajo material o que lo hayan hecho en algún momento desde la fecha 06/03/2020. Se reconoce legitimación activa al sindicato CCOO por acreditar representación en uno de los tres centros de trabajo, declarando la idoneidad del proceso de conflicto colectivo ex art. 8.1 LOPJ. Por último, la garantía documental y escrita del acuerdo de TAD es “un requisito de forma “ ad probationem” y no “ad solemnitatem”. A su entender, la ausencia de forma escrita del pacto no impide que a la relación laboral se le apliquen las normas propias del trabajo a distancia, si efectivamente se han prestado servicios de esta forma”.

- SAN 30/4/21 (ECLI: 2021:1669): *“Contact Center”*. *Eliminación del plus de transporte (extrasalarial) a los trabajadores que comiencen o finalicen la jornada desde las 24 hs hasta las 06 hs (ambas inclusive)*. El sindicato CGT cuestiona la naturaleza y denominación dada al plus en el convenio. A su entender, abona una penalidad del trabajo realizado de noche, sin exigir desplazamiento alguno, justificación del mismo, ni gastos concretos. Para la AN “esta argumentación está ayuna de toda prueba y carece de toda credibilidad desde el momento en que el convenio colectivo en su art. 48 reconoce expresamente un plus de nocturnidad, por lo que constituye un auténtico desatino argumental alegar que el plus transporte abona la nocturnidad que ya se abona en otra norma del mismo convenio”. Por todo ello se rechaza la petición con un razonamiento críptico: si no hay desplazamiento, no hay gasto; de suerte que al tratarse de un concepto extrasalarial (compensación de un gasto) el pago del beneficio pierde su razón de ser.
- SAN 18/3/2021 (JUR 2021\104897): *Modificación del horario de prestación de servicios y supresión del ticket-restaurante regulado en el convenio colectivo*. Antes de la pandemia los trabajadores tenían jornada partida disponiendo de una hora para comer y pactado, sin embargo, con la crisis sanitaria se les propone teletrabajar desde sus domicilios. La empresa intenta llegar a un acuerdo para modificar el horario con la representación legal de los trabajadores, sin lograrse. La representación legal insta a la empresa a iniciar el procedimiento legal de modificación sustancial ex art. 41 ET, y, ante la falta de acuerdo, la empresa comunica a los trabajadores, mediante correo electrónico, su decisión unilateral de instaurar temporalmente el horario continuado de 8 a 16 horas; días después, informa a las personas trabajadoras la eliminación del ticket restaurante. Para la AN la empresa no está facultada para modificar unilateralmente lo dispuesto en convenio colectivo. No cabe modificar tal condición de forma súbita sustituyendo la normativa convencional que, desde siempre y pacíficamente, venía aplicando a los trabajadores. Aparte de ello, se ven perjudicados al suprimirse el tiempo de descanso quitándoseles, a su vez, una parte

del salario merced a la supresión del cheque comida. “El art. 41 ET no permite de forma indiscriminada que el empleador modifique condiciones colectivas cuando en las previsiones de la cualquier modificación de esta naturaleza viene condicionada a la existencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”.

- SAN 9/12/2020 (JUR. 2020/362571): *Tickets-Restaurante percibidos mediante acuerdo colectivo. La decisión empresarial de suprimir los tickets de comida durante la crisis sanitaria constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo*. Se trata de un beneficio social contenido en un acuerdo colectivo de empresa, no pudiéndose imponer tal medida de forma unilateral sin acudir a los mecanismos legalmente previstos. “Nos hallamos ante un derecho de carácter colectivo ya incorporado de forma definitiva al acervo de los trabajadores, y que por tanto no puede ser modificado unilateralmente por la empresa sin contar con el acuerdo de los mismos”, por lo que los trabajadores a distancia tienen derecho a seguir percibiendo los referidos tickets.
- SAN 25/7/2019 (EDJ 2019/684862): *Conflicto colectivo, transmisión de empresas y de centros de conmutación profesional externos; actividades de campo para operar y gestionar redes móviles y fijas con infraestructuras de emplazamientos y de teletrabajo; monitorización en red, sistemas de alertas y de comunicación laboral; herramientas informáticas: “Wfn” (analiza y valora “tickets” redirigiéndolos automáticamente a equipos de campo y provisionando los repuestos), “Noc” y Remedy”*.
- SAN 13/7/04 (EDJ 2004/188508): *Conflicto colectivo (USO-Iberdrola). Cambios organizativos y “efectos en cascada” en la ordenación funcional del trabajo a distancia*.
- SAN 6/2/19 (Nº 13/2019): *Conflicto colectivo (CC.OO-Telepizza): Impugnación del dispositivo “Tracker”, que permite la geolocalización de los trabajadores mediante la descarga del mismo en el teléfono móvil; la AN invalida en este caso la imposición unilateral de dicho sistema por suponer, entre otros aspectos, un incumplimiento de los derechos de información y consulta y entrañar paralelamente una violación del derecho a la privacidad*.
- STSJ GALICIA de 23 de noviembre del 2022 (EDJ 763394): *Derechos de desconexión digital ex art. 87 LPDD y utilización del WhatsApp como instrumento de comunicación durante una baja*.
- STSJ MADRID 4/11/22 (nº 962/2020). *Derechos de desconexión digital ex art. 87 LPDD, frente a la prescripción empresarial de un curso de formación, en modalidad on line”, impartido a controladores aéreos. No se considera como derecho fundamental ex art. 40.2 CE*.
- STSJ CASTILLA LEÓN (Valladolid) 30-12-21 (EDJ 841075). *Prestación de servicios de venta telefónica desde el domicilio, con acuerdo de teletrabajo, cuyas cláusulas ha-*

bilita un sistema de supervisión telemática que ofrece información sobre el contenido de la prestación laboral en tiempo real. Colisión entre el derecho a la intimidad y los poderes de supervisión y control. La trabajadora realizaba servicios de venta telefónica desde su domicilio mediante acuerdo de teletrabajo, y en cuya virtud se conectaba al ordenador de la empresa mediante su ordenador privado. El acuerdo preveía un sistema de supervisión por medios telemáticos, informáticos y electrónicos (programa de control “OCM Supervisor”) ejecutables a través del ordenador privado, y gracias al mismo la empresa podía tener conocimiento de lo que hacía la trabajadora en la pantalla mediante capturas, escuchas de las llamadas en línea, grabación de estas, control de los tiempos conectivos, régimen de pausas y descanso y tiempos de codificación. La empleada resulta amonestada por no codificarse y acceder a foros ajenos al de su trabajo, y relacionados con su derecho a la intimidad. Un día antes de ser despedida remite un correo electrónico mostrando su indignación por tales prácticas invasivas. En instancia se decreta la procedencia del despido, y, recurrido en suplicación, el TSJ confirma el fallo, en primer lugar, porque la extinción vino precedida de incumplimientos previos que acreditaban la procedencia extintiva por transgresión de la buena fe contractual, y disminución continuada y voluntaria en el rendimiento (no codificación de las llamadas, y baja productividad. Aparte de ello, el TSJ entiende que no hay indicios de que la conducta extintiva fuese una reacción de represalia, dado que se basaba “en causas genéricas”.

- STSJ GALICIA 27/7/2021 (EDJ 2021/726444): *ERTES y acuerdos de aplazamiento del pago salarial. Impago de conceptos económicos (horas extras, gastos de desplazamiento y gastos de teletrabajo) y acción por resolución de contrato ex art. 50.1.b ET.*
- STSJ CATALUÑA 1/7/21 (Rec. nº 1369/2021): *Despido de un trabajador por competencia desleal por realizar sus servicios en un lugar distinto al pactado en el acuerdo de teletrabajo.* La empresa permitía laborar en régimen de TT en lugar distinto al del domicilio siempre que en el mismo se pudiese desarrollar la totalidad de las funciones inherentes al puesto, tal y como se desprende de la política de teletrabajo vigente en la referida empresa. El trabajador acude durante la totalidad de su jornada laboral a las instalaciones de la empresa TELLER SCP los días en que fue investigado por una agencia de detectives. La empresa opera en el mismo mercado que la demandada, competidora directa, sin acreditarse que estuviera recibiendo en la otra empresa un curso de formación, para el que además no había autorización expresa de la empleadora. La presencia del trabajador en las instalaciones de la competidora, sin autorización alguna de su empleadora para el desplazamiento, durante 9 días entre el 15 de marzo y el 17 de mayo de 2019, en horario entre las 8:00 h. hasta las 16.00 h., donde utiliza un ordenador en un puesto, y finaliza su

jornada al mismo tiempo que los trabajadores de Teller SCP, y sin motivo alguno que pudiera justificar su presencia allí, permite deducir con arreglo a las reglas de la lógica que el actor se encontraba prestando servicios para la competidora, pues así lo indica la asiduidad en la asistencia al centro de trabajo de la empresa Teller SCP y el cumplimiento de un horario de trabajo análogo al de los trabajadores de ésta. El trabajador queda entonces incurso en competencia ilícita o concurrencia desleal, que supone la dedicación a actividades de la misma o similar naturaleza o ramo de la producción de los que está ejecutando mediante su contrato sin autorización de su empleador, constituyendo lo esencial del incumplimiento contractual no la causación del daño sino la vulneración de la lealtad debida a la buena fe, lo cual justifica la procedencia del despido.

- STSJ MADRID 30/6/21 (EDJ 2021/710376): *Fuentes e implementación del teletrabajo. Trabajadora que, tras la finalización del primer Estado de Alarma, pretende seguir desarrollando gran parte de su trabajo en régimen de TT con una nueva reducción de jornada.* Intercambio comunicaciones con la empresa sin que finalmente las partes llegaran a un acuerdo. La realización del trabajo a distancia no está configurado como un derecho del trabajador, tal cual resulta de la regulación contenida en el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, en cuya exposición de motivos consta “...su carácter voluntario para la persona trabajadora y la empresa, debiendo adoptarse mediante un acuerdo por escrito que deberá recoger todas las informaciones escritas pertinentes, incluidas las especificidades que derivan del trabajo a distancia y que permiten garantizar con claridad y transparencia el contenido de sus elementos esenciales, más allá de que puedan deducirse de la normativa laboral de carácter general. De esta manera, esta modalidad de organización o prestación de la actividad laboral no resulta de los poderes de dirección y organización empresariales, ni de la figura de la modificación sustancial de condiciones de trabajo (art 41 ET), sino que es una opción voluntaria para ambas partes. Debe pues alcanzarse un acuerdo entre las partes sin que de las comunicaciones intercambiadas entre trabajadora y empresa se evidenciara actuación alguna discriminatoria para la primera que finalmente decidió acogerse a una excedencia para pocos días después extinguir voluntariamente su relación laboral. No existiendo ni siquiera el indicio de la vulneración alegada, se desestima la demanda (F. Jco. nº 38).
- STSJ GALICIA 23/7/19 (EDJ 2019/688278): *Teletrabajo; criterios y mecanismos de implementación en el sector público.*
- STSJ GALICIA 11/7/19 (EDJ 2019/668956): *Teletrabajo, flexibilidad horaria y conciliación; personal laboral indefinido no fijo de la Xunta de Galicia, con reducción de jornada del 50% y horario flexible (referencia de 7:45 a 15:15 horas, mínima diaria*

obligatoria de 3 horas a realizar dentro del horario referenciado) por conciliación familiar.

- STSJ MADRID 5/7/19 (EDJ 2019/671976): *Teletrabajo: procedimiento y criterios para su concesión.*
- STSJ MADRID 28/6/2019 (EDJ 2019/671415): *Teletrabajo, seguridad social e invalidez permanente absoluta; enlaces abstractos básicos para su reconocimiento.*
- STSJ CATALUÑA 21/6/2019 (EDJ 2019/660897): *Teletrabajo; empleo del gestor de correos corporativo, auto-envío de información con datos de clientes con consentimiento y permisividad de la empresa; utilización del programa “Activtrack”, cuyo dispositivo fotografía la pantalla del ordenador con carácter aleatorio.*
- STSJ MADRID 10/6/19 (EDJ. 639990): *Implementación selectiva del Teletrabajo; criterios de concesión y régimen ulterior de recolocaciones y reincorporaciones en las oficinas centrales de la empresa.*
- STSJ PAÍS VASCO 28/5/19 (EDJ 2019/651528): *Director creativo en régimen de teletrabajo (tres días de servicios en Madrid y dos en Bilbao); utilización de dispositivos móviles como instrumentos de comunicación laboral.*
- STSJ CATALUÑA 14/5/19 (EDJ 2019/622249): *Teletrabajo: distinción entre cambio de puesto y de lugar de trabajo.*
- STSJ GALICIA 12/4/19 (EDJ 2019/575993) y de 5/4/19 (EDJ 2019/576013): *Aplicación de la Orden de 20 de diciembre de 2013 sobre jornada, flexibilidad horaria y teletrabajo de los empleados públicos de la Comunidad Autónoma de Galicia.*
- STSJ ANDALUCÍA 11/4/19 (EDJ 2019/594737): *Teletrabajo y situaciones de capacidad disminuida.*
- STSJ GALICIA 12/6/18 (EDJ 2018/551866): *Trabajo a domicilio: distinción entre tiempo de presencia y trabajo a distancia.*
- STSJ COM. VALENCIANA 23/10/18 (Rec. 84/2018): *Realización de actividades parciales en el domicilio del trabajador; inexistencia de trabajo a distancia por faltar las notas de dependencia y ajenidad.*
- STSJ CASTILLA Y LEÓN 1/2/17 (EDJ 2017/16548): *Contrato a domicilio; sucesión de relaciones contractuales y conversión fraudulenta subsiguiente en régimen de autónomo; facilitación por la empresa de dispositivos tecnológicos para el trabajo a distancia; confirmación de la relación laboral por cuenta ajena Ex art. 13 ET.*
- STSJ CANARIAS (LP) 17/10/17 (EDJ 2017/521208): *Teletrabajo y modificación del mismo a tiempo parcial; pluri-actividad (alta en autónomos) compatible con la presunción de laboralidad; despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad ex art. 24 CE; la tele- trabajadora gestionaba diversos proyectos para la Universidad de Las Palmas, cobrando a través de facturas; su cometido fundamental consistía en*

comunicarse con quien había diseñado la plataforma del plan de formación docente: testeaba el aplicativo informático, hacía certificaciones de asistencia, contestaba correos electrónicos, reflejando incidencias en el plan de formación de los alumnos, gestionaba el título de experto en docencia, resolvía las incidencias del aplicativo informáticos siendo además la gestora de ese aplicativo.

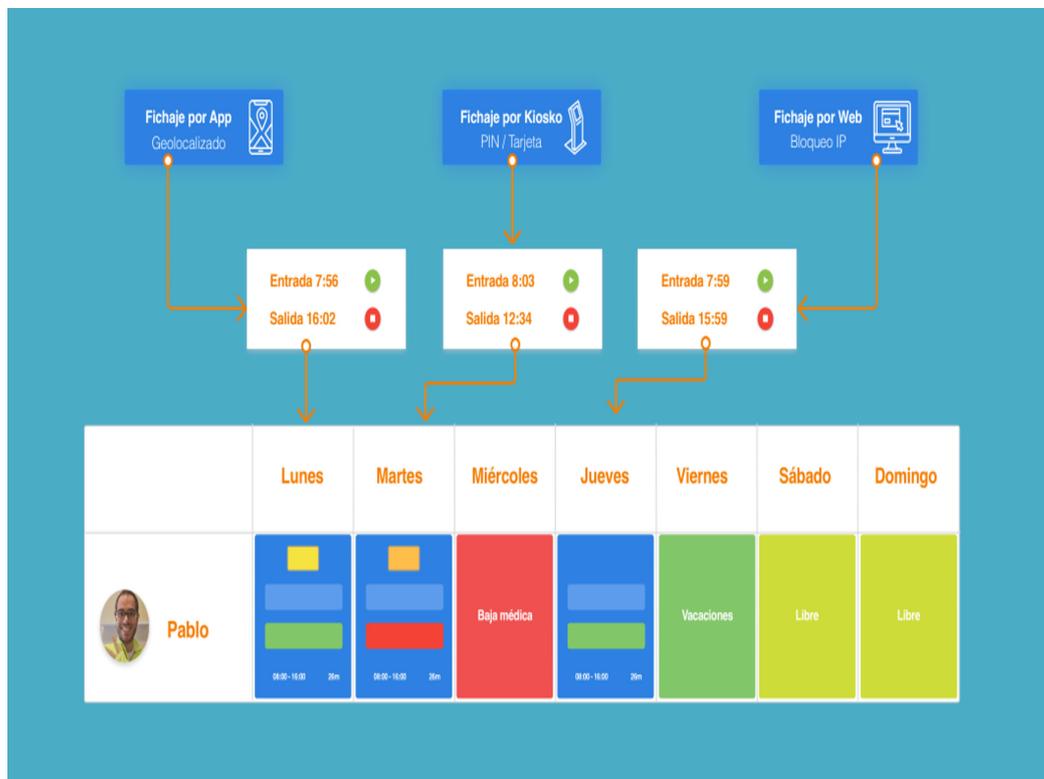
- STSJ CASTILLA Y LEÓN 3/2/16 (EDJ. 5757): *Teletrabajo: multiconferencias y respuestas de correos electrónicos desde el domicilio; medios de control del tiempo de trabajo en jornadas de duración indeterminada; horas extras sin documentar ni ser retribuidas como tales empresarialmente; la ausencia de pautas y de unos mínimos instrumentos de control equivale crear un espacio de total impunidad y alegalidad en el trabajo a distancia y en el domicilio.*
- STSJ CATALUÑA 19/11/15 (EDJ. 2015/233291): *Régimen de disponibilidad locativa, previa localización al teléfono móvil facilitado por la empresa.*
- STSJ MURCIA 27/4/15 (Rec. 1028/2014): *Implantación de Teletrabajo mediante novación unilateral; incumplimiento grave de las obligaciones empresariales y convalidación de la extinción ex art. 50.1 ET.*
- STSJ COM. VALENCIANA 12/4/11 (Rec. 515/2011): *Trabajo a domicilio “clásico” o “artesanal”: trabajadora externa a la que se encarga el aparado de las plantillas de los zapatos, siendo de su propiedad los medios materiales para realizar tal actividad; pago por unidad de trabajo y a destajo; relación laboral ex art. 13 ET.*
- STSJ CASTILLA Y LEÓN 12/2/08 (EDJ 2008/33955): *Subrogación contractual y adjudicación a una contrata donde los trabajadores realizan su actividad laboral en la modalidad de teletrabajo; falta de ocupación efectiva y vulneración de la integridad moral de la trabajadora.*
- STSJ ASTURIAS 14/4/00 (Rec. 51/2000): *Trabajo a domicilio; desplazamiento regular del trabajador a los locales de la empresa, previa recepción de comunicados y avisos emitidos por organismos públicos del sector agrario, y confección de crónicas, artículos y reportajes (100 artículos mínimos semestrales) desde el domicilio particular siguiendo las directrices impartidas empresarialmente.*
- STSJ CATALUÑA 25/11/10 (Rec. 3968/2010): *Trabajo a domicilio “clásico” o “artesanal”: trabajos externos de grabación y montaje de piezas, facilitados por Inoxcrom SA, a una trabajadora que disponía en su domicilio de máquinas grabadoras y fresadoras. Esta última recogía cada dos o tres semanas las piezas y el material a reparar devolviéndolos tras finalizar el encargo; laboralidad de la relación y encuadre de la misma ex art 13 ET; incumplimiento adicional del deber de ocupación efectiva ex art. 4.2.a ET y aplicación concomitante del art. 50.1.c ET.*
- STSJ GALICIA 24/10/97 (rec. 3881/1997): *Trabajo a domicilio “clásico” o “artesa-*

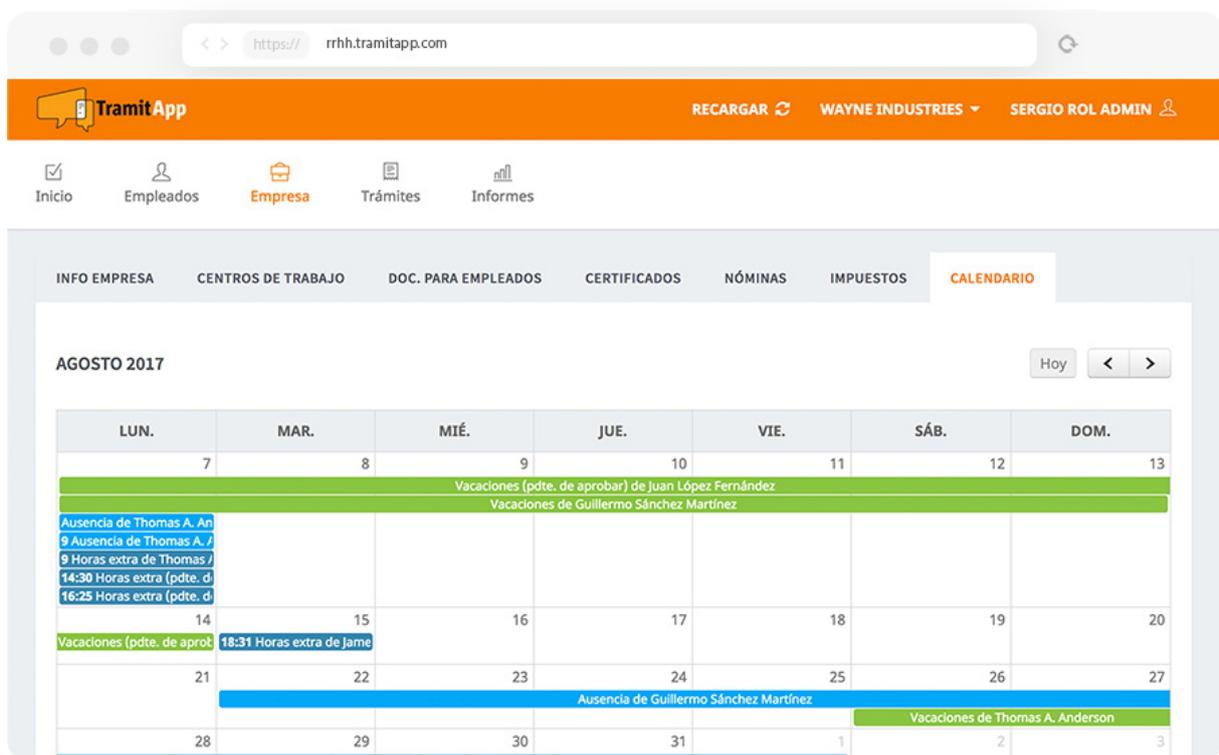
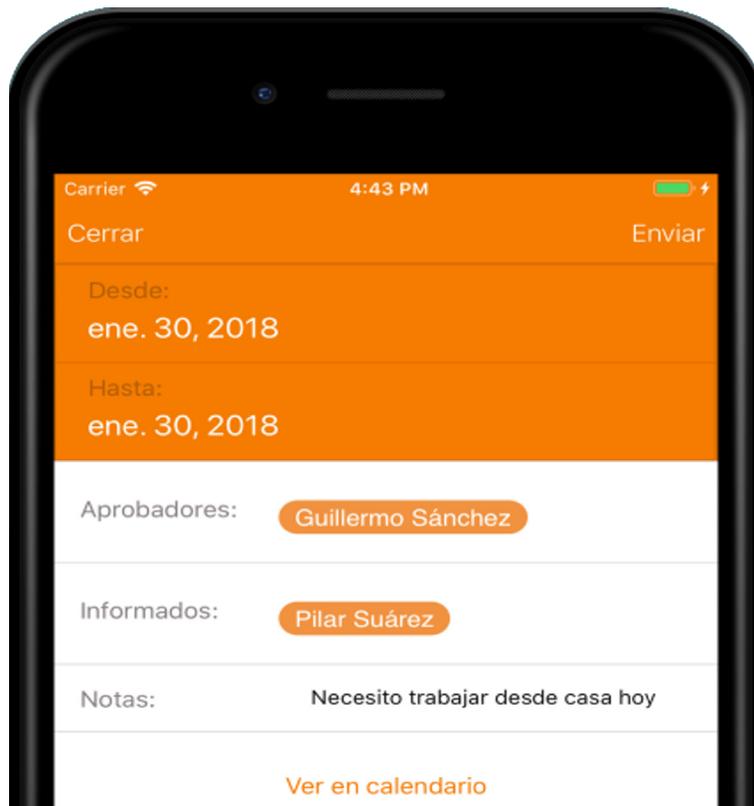
nal”: confección de prendas de ropa en el domicilio particular del trabajador; alta de oficio instada por la inspección de trabajo; la inobservancia de los requisitos formales del art. 13 no incide en la validez del contrato.

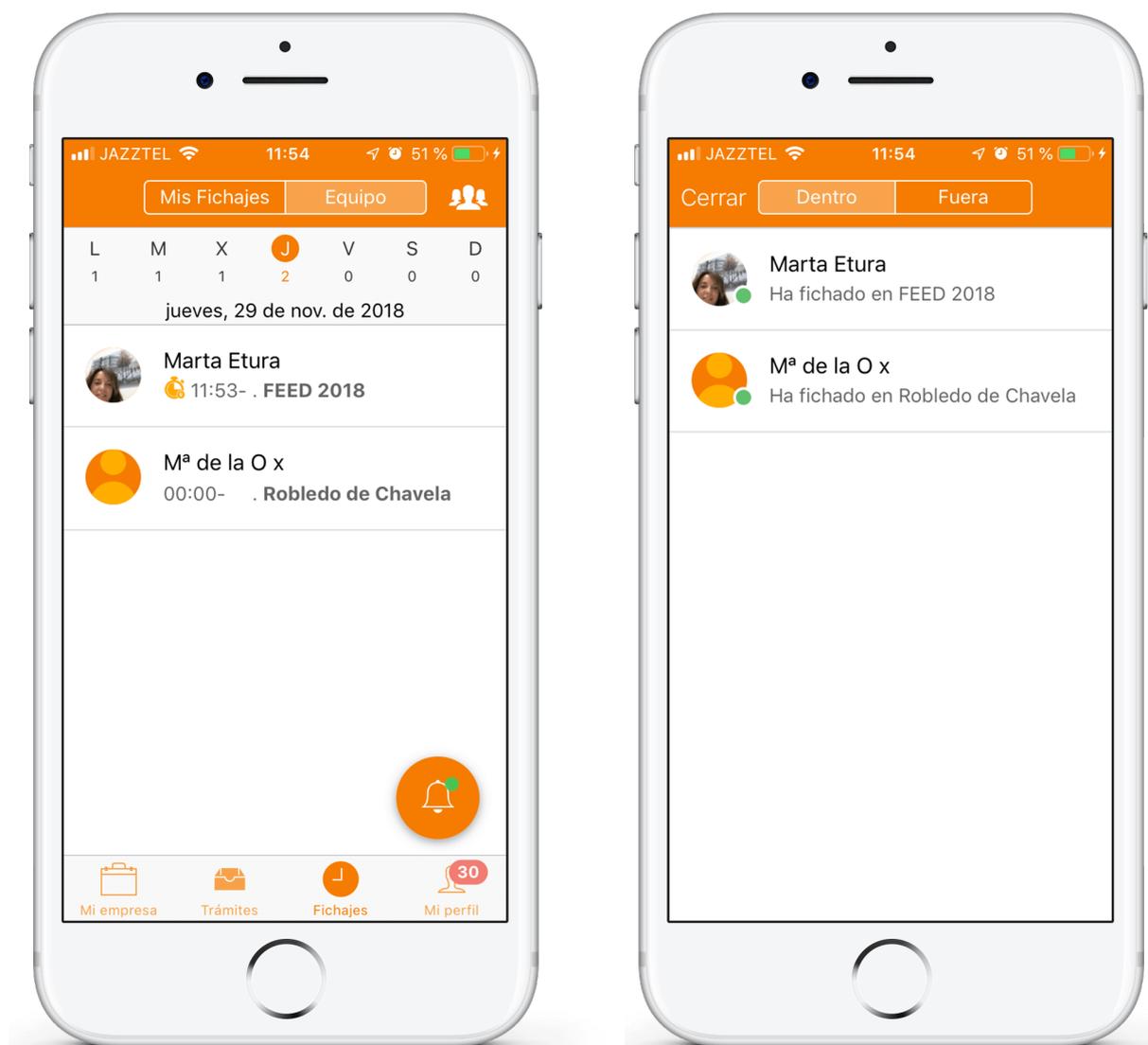
- STSJ PAÍS VASCO 2/12/97 (nº 4567/1997): *Trabajo a domicilio no formalizado por escrito: elaboración de etiquetas a tiempo parcial en el domicilio particular; fraude de ley y carácter indefinido de la relación.*
- SJS de Cáceres de 26 de octubre del 2022 (rec. nº 273/2022; ECLI, 2022/1910): *consideración de accidente de trabajo al producido en el domicilio del trabajador laborando en remoto.*
- SJS. Nº 1, OVIEDO 12/11/21 (nº 782/21): *Derecho de desconexión digital ex art. 87 LPDD. Comunicación al trabajador, mediante washapp, de su elección para la cobertura de servicios mínimos durante la huelga.*
- SJS Nº 3 VALLADOLID 30/12/2020 (EDJ 2020/843539): *Derechos de conciliación, y adaptación de la jornada mediante teletrabajo.* A la petición de la actora, la empresa no acredita debidamente ninguna necesidad de organización. Al contrario, la negativa empresarial a reponerla en la situación previa del trabajo a distancia carece de toda justificación, máxime cuando la mayor parte de los trabajadores/as que prestan servicios en la misma plataforma que la actora lo hacen mediante teletrabajo, sin haber ninguna de las funciones propias de la misma que requiera presencia en el “call center”. La decisión empresarial pone a la demandante en una peor situación cuando más preciso era asignar el mismo tratamiento. En estos términos el órgano judicial considera la decisión de todo punto injustificada. Declara el derecho de la actora a adaptar su jornada en modalidad de teletrabajo o trabajo a distancia mientras se mantenga la situación de emergencia sanitaria, y, en todo caso, mientras estén vigentes las medidas previstas ex artículos 5 y 6 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a hacer efectivo el derecho reconocido.
- SJS MATARÓ Nº 1, 12/9/19 (proc 642/19): *Adaptación de la jornada mediante teletrabajo para hacer efectivo el derecho de conciliación.* La negativa empresarial, sin acreditar razones justificativas, merece indemnización por daño moral, cuantificable según LISOS.
- SJS Nº 19 MADRID, de 22/7/19 (proc. 510/2018); *Aplicación digital “staffomatic” fundando sus resoluciones en el canon de dependencia tecnológica ex art. 1 ET; análogamente, SJS nº 5 Valencia, de 10 de junio de 2019 (EDJ. 2019/628702).*
- SJS. SORIA 16/5/19 (EDJ 2019/632639): *Reordenación y reducción de la jornada de un analista programador en régimen de teletrabajo por permiso de lactancia.*
- SJS CIUDAD REAL 24/4/19 (EDJ 2019/598397): *Impartición de cursos formativos de teletrabajo e implementación material del mismo.*

- SJS PAMPLONA 18/2/19 (EDJ 516858): *Canon de transparencia, significado y alcance del deber de información previa al uso de dispositivos digitales*: nulidad de las grabaciones de un sistema de video-vigilancia que graba la pelea de dos trabajadores, a los que se despide tras pelearse a puñetazos en el parking; mero cartel informador de la presencia de cámaras, sin informar de ello a los representantes ni de las finalidades sancionadoras; empero, la nulidad de la referida prueba no vicia la nulidad del procedimiento, validando el juzgador el despido ante la existencia de otros elementos probatorios (testifical).
- SJS. ALBACETE 10/12/18 (EDJ. 2018/724491): *Trabajo a distancia e identificación del lugar de prestación de servicios*; fuentes: *necesidad de pacto expreso*; fraude de ley. Complementariamente, y aun estando fuera del espacio institucional del art. 13 ET.

SUB. II. Dispositivos técnicos de control del teletrabajo







SUB. III. Bibliografía

ABADÍAS SELMA A y GARCÍA GONZÁLEZ G, Ed. Atelier, Barcelona.

AGLIETTA M, "Regulación y crisis del capitalismo", Ed. Siglo XXI, Madrid, 1991

ALEMÁN PÁEZ F, "El trabajo a distancia en la post-pandemia", JS, T. I y II, 2022, nº 229 y 230; "El trabajo a distancia en la postpandemia", en "El Derecho del Trabajo postpandemia y el modelo de protección laboral del futuro", Coord, López Ahumada, Ed. Cinca, 2022; "Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos", TL nº 153, 2017; "Curso de Derecho del Trabajo (Vol. I). Concepto, fuentes y delimitación objetual", ed. Tecnos, Madrid, 2022.

ALEMÁN PÁEZ F y CARMONA BAYONA E, "Trabajo en remoto, intersecciones tipológicas y zonas de informalidad. Una visión comparada y de política del derecho", Revista

- Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, N° 3, Vol. 3, julio-septiembre, 2022.
- ÁLVAREZ CUESTA H, “El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas”, Ed. Aranzadi, 2020.
- ALZAGA RUIZ I, “El derecho al abono y compensación de gastos en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia”, RCRT, n° 2, 2022.
- BAUMAN Z, “Retrotopía”, Ed. Paídos, Barcelona, 2017, “La modernidad líquida”, FCE, Buenos Aires, 2000; “La vida líquida”, Paidós, Barcelona, 2000.
- BAZ RODRÍGUEZ, “La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático”, TyD n° 59, 2019.
- BERNAL PULIDO C, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Centro de estudios políticos constitucionales, Madrid, 2003.
- BINI S, “La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo”, Bomarzo, Albacete, 2021.
- BYUN CHUL HAN, “La sociedad de la transparencia”, Ed. Herder, Barcelona, 2013; “La sociedad del cansancio”, Ed. Herder, Barcelona, 2012; “Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia”, Ed. Taurus, Madrid, 2022.
- CAIRÓS BARRETO D, “El papel y alcance de la negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo a distancia”, TyD n° 75, 2020.
- CALVO GARCÍA, “Teoría del Derecho”, Ed. Tecnos, 2004.
- CARBONELL E, “El porvenir de la humanidad. Decálogo para supervivencia de nuestra especie”, RBA, Madrid, 2022.
- CERVILLA GARZÓN MJ, “Efectos del uso de la aplicación “whatsapp” en el marco de las relaciones laborales”, TL n° 136, 2017, en espec. pp. 82 y ss.
- CREMADES CHUECA, “El Derecho de información de la representación de los trabajadores sobre los algoritmos y los sistemas de inteligencia artificial en el derecho español: instrumentos de protección laboral colectiva en el marco de la triada protectora del derecho digital del trabajo y la descajanegrización jurídica”, en “Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial (coords. Abadías Selma A y García González G), Ed. Atelier, Barcelona, 2023.
- DE LAS HERAS GARCÍA A, “El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas”, Ediciones CEF, Madrid, 2016; “Trabajo a distancia y teletrabajo. Análisis crítico de normas y prácticas convencionales”, CEF, Madrid, 2021.
- EREÑAGA DE JESÚS, “El control del tiempo de trabajo en el teletrabajo: una visión desde la negociación colectiva de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, RICRLDE, Vol. 7, n° 2, 2019.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J y RODRÍGUEZ ESCANCIANO S, “Utilización y control de datos laborales automatizados”, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997.

- FERNÁNDEZ RAMÍREZ M, “El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la actual empresa “neopanóptica”, Ed. Aranzadi, 2021.
- FERREIRO REGUEIRO, “La conformación del teletrabajo en la negociación colectiva”, en “Trabajo a Distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el Derecho español y comparado”, en “Trabajo a Distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el Derecho español y comparado” (Coord. MELLA MÉNDEZ L y VILLALBA SÁNCHEZ A) Ed. Aranzadi, 2015.
- FERRER SANTOS, “El término dignidad (del griego axión) significa algo que es valioso, lo que es estimado o considerado por si mismo, y no en función de otra cosa [...] La dignidad humana radica en el valor interno e insustituible que le corresponde al hombre en razón de su ser, no por ciertos rendimientos que prestara ni por otros fines distintos de sí mismo” 1996.
- GARCÍA GONZÁLEZ G, “La gestión algorítmica del trabajo: riesgos y desafíos”, en “Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial” (coords. Abadías Selma a y García González g), Ed. Atelier, Barcelona, 2023.
- GOERLICH PESSET JM, “El trabajo a distancia en la negociación colectiva: primeras experiencias tras su reforma legal”, RICRLDE Vol. 9, nº 2, 2021.
- GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO, “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, Cuadernos de derecho público, Nº 5, 1998.
- GOÑI SEIN JL, “La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (incluido el Real Decreto Ley 5/201), Ed. Bomarzo, Albacete, 2019.
- HARARI, “Sapiens. De animales a dioses”, Ed. Debate, 2016.
- HARVEY D, “La condición de la post-modernidad”, Amorrortu, Buenos Aires, 1990.
- HECLO, “Pensar institucionalmente, Ed. Paidós, Madrid, 2010.
- HEIDEGGER M, “Tiempo y ser”, Ed. Tecnos, 2012; “De la esencia de la verdad”, Ed. Herder, Barcelona, ed. 2015.
- HERTZ L, “El siglo de la soledad”, Paidós, Barcelona, 2021.
- HIDALGO M.A, “El empleo del futuro. Un análisis del impacto de las nuevas tecnologías en el mercado laboral”, Ed. Deusto, 2019.
- IGLESIAS O, “Robots, automatización y empleo”, Ed. Sistema Digital, 29 de enero del 2023.
- INNERARITY D, “La democracia de los algoritmos”, Diario El País (7/8/2021).
- LATORRE JI, “Ética para máquinas”, Ariel, Barcelona, 2019.
- LÓPEZ BALAGUER, “Voluntariedad del trabajo a distancia: el acuerdo de trabajo a distancia”, en la obra col. “El trabajo a distancia en el RDL 28/2020”, Dir. López Balaguer, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

- LOPEZ DE LA FUENTE, “La digitalización del trabajo y nuevas formas de control empresarial: a propósito de las plataformas virtuales”, en “Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado” (Dir. Todoli Signes A y Hernández Bejarano M), Thomson Aranzadi, 2018.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ “Lenguaje, normas y sistema jurídico”, Ed. Tecnos, 2012.
- LOUSADA AROCHENA JF, PAZOS PÉREZ A y RON LATAS R, “Trabajo a distancia y teletrabajo. Regulación laboral, procesal y de seguridad social; teletrabajo transnacional”, Ed. Tecnos, Madrid, 2022.
- LLANEZA P, “Data nomics. Todos los datos personales que das sin darte cuenta y todo lo que las empresas hacen con ellos”, Ed. Deusto, 2019.
- MARTÍN ESTEBARANZ E, “Cómo ligar el teletrabajo a un buen sistema DPO pasando el ‘corte’ de los tribunales”, *Economist & Jurist*, 24-7-2020,
- MASIP M, “Desconecta. La dieta digital para superar la adicción al móvil y hacer un uso adecuado de las nuevas tecnologías”, Libros Cúpula, Barcelona, 2018.
- MERCADER UGUINA J, “La disolución del concepto de fuente del Derecho: deformaciones y deformidades de la función legislativa en materia laboral, en “Transformaciones del Estado Social y Derecho del Trabajo” (Coord. Ramos Quintana R y Rojas Vivero G)”, homenaje al profesor Manuel Álvarez de la Rosa con motivo de su jubilación, Ed. Comares, Granada, 2014; “El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; “La gestión laboral a través de algoritmos”, en la obra col. “Digitalización, recuperación y reformas laborales”, XXXII Congreso Anual de la AEDTSS, Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022”, MTES.
- MIRANDA BOTO JM, BRAMESHUBER E, BARRIOS BAUDIOR G, MANEIRO VÁZQUEZ Y, PÉREZ DE PRADO D, “Negociación colectiva y economía de plataformas”, Eds. Cinca, 2022.
- MONTOYA MELGAR A, “El poder de dirección del empresario”, IEP, Madrid, 1965.
- NEVADO FERÁNDEZ MJ, “El ejercicio del derecho al honor (por el trabajador) en el contrato de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- O’NEIL C, “Armas de destrucción matemática. Cómo el big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia”, Ed. Capitán Swing, Madrid, 2017.
- OPPENHEIMER A, “Sálvese quien pueda. El futuro del trabajo en la era de la automatización”, Ed. Debate, Barcelona, 2021.
- ORTEGA, “Robot-lución: el gran reto de gobernar y convivir con las máquinas”, *Diario El País*, 25-9-19.
- PÉREZ ROYO J, “Curso de Derecho Constitucional”, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- PIKETTY, “El capital en el siglo XXI, FCE, México, 2014.
- PRECIADO DOMENECH CH, “Los derechos digitales de las personas trabajadoras. As-

- pectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales”, Thomson Reuters, Aranzadi, 2019.
- PURCALLA BONILLA M, “Control tecnológico de la prestación laboral y derecho de desconexión: claves teóricas y prácticas”, Anuario IET (presente y futuro del trabajo”, 2018.
- RAWLS J, “El liberalismo político (trad. de A. Domenech), Ed. Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1996.
- REIS DE ARAUJO A, “El poder de control empresarial en la Web 2.0 y la dignidad del trabajador: el uso laboral de los dispositivos móviles y entornos colaborativos”, Ed. Bomarzo, Albacete, 2019.
- RIVAS VALLEJO P, en “La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio”, Thomson Reuters, Aranzadi.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ ML, “Nuevas formas de empleo digital: el trabajo en plataformas. Diez propuestas para su regulación internacional”, en “Digitalización, recuperación y reformas laborales”, MTES, 2022; “Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica”, Bomarzo, 2020.
- RODRÍGUEZ MAGDA RM, “La ética del algoritmo”, Diario El País, 19-4-2022.
- ROGEL VIDE C, (Coord) “Los robots y el Derecho”, Ed. Reus, Madrid, 2018.
- ROMÁN DE LA TORRE MD, “Poder de dirección y contrato de trabajo”, Eds. Grapheus, Valladolid, 1992.
- ROSA H, “Alienación y aceleración. Hacia una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía”, Katz, Buenos Aires, 2016; “Resonancia. Una sociología de la relación con el mundo”, Katz Editoriales, Buenos Aires, 2019.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S, “Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes”, Aranzadi; 2019; “Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- RODRÍGUEZ MAGDA RM, “La ética del algoritmo”, Diario El País, 19-4-2022.
- ROMERO BURILLO A, “Las nuevas Tics y el despido disciplinario del trabajador”, RDS nº 85; 2019.
- ROVELLI C, “El orden del tiempo”, Ed. Anagrama, Barcelona, 2018.
- SALA FRANCO T, “La voluntariedad en el contrato de trabajo a tiempo parcial y con acuerdo de trabajo a distancia”, NREDT, N°. 235, 2022.
- SALCEDO BELTRÁN C, “Inteligencia artificial y derechos sociales”, en “Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial” (coords. Abadías Selma A y García González G), Ed. Atelier, Barcelona, 2023.
- SÁNCHEZ-ANGUITA MUÑOZ, “Psicopatologías laborales”, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Salamanca, 2009.

- SERRANO ARGÜESO JM, “Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral”, USLabor, nº 2, 2019.
- SERRANO GARCÍA, “La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva”, Bomarzo, Albacete, 2019.
- SIERRA BENÍTEZ E, “El contenido de la relación laboral en el teletrabajo”, CES de Andalucía, Sevilla, 2011.
- SCHWAB K, “La cuarta revolución industrial”, Ed. Debate, Barcelona, 2016.
- TODOLI SIGNES A, “Control tecnológico: una propuesta de aplicación del triple juicio de proporcionalidad conforme a la normativa europea de protección de datos”, en “Digitalización, recuperación y reformas laborales”, MTES, 2022; “La frontera entre el teletrabajo autónomo y el subordinado”, en “El teletrabajo”, Dir. SALA FRANCO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, cap. IV.
- TRUJILLO PONS F, “La fatiga informática en el trabajo. Un nuevo riesgo emergente: su tratamiento jurídico-preventivo”, Ed. Bomarzo, Albacete, 2022.
- VALDÉS DAL RÉ F, “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, RL nº 22, 2003.
- VIGO SERRALVO F, “La insuficiencia radical del Derecho del Trabajo para la garantía de la dignidad humana. Una relectura de Hugo Sinzheimer”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, nº 1, 2023.
- VILLA GIL LE, “El trabajo a domicilio”, Aranzadi-Fundación Juan March, Pamplona, 1966.
- VILLA LE y GARCÍA NINET I, “Contrato de trabajo a domicilio”, en “Comentarios a las Leyes Laborales” (Dir. Borrajo Dacruz), Tomo III, Edersa, Madrid, 1985.
- VIZCAÍNO RAMOS I, “El impacto de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar sobre el régimen del accidente de trabajo in itinere”, Ed. Atelier, Barcelona, 2021.
- WEBER M, “El político y el científico”, Alianza, ed.1981, Madrid.
- WENDELL L FRENCH y CECIL H. BELL, “Desarrollo organizacional. Aportaciones de las ciencias de la conducta para el mejoramiento de la organización”, Prentice-Hal Hispanoamericana, México, 1996.
- ZUBOFF S, “La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder”, Ed. Paidós, Barcelona, 2020.