



REVISTA DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

LA TECNOLOGÍA Y LA DIGITALIZACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES: PERSONAS Y COMPETITIVIDAD

NÚMERO 18, FEBRERO DE 2023

ENERO A JUNIO DE 2023, FECHA DE CIERRE ABRIL DE 2023

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

Francisco Alemán Páez

UNAS NOTAS AL INCIPIENTE CUERPO DE DOCTRINA JUDICIAL SOBRE
EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL TRABAJO

Francisco Trujillo Pons

ALGORITMOS, PSICOMETRÍA Y DERECHOS DEL
YO INCONSCIENTE DE LA PERSONA EN EL ÁMBITO SOCIO-LABORAL

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, INTIMIDAD Y DERECHOS
DIGITALES DEL TRABAJADOR: ¿AVANCE O RETROCESO?

José Luis Monereo Pérez y Belén del Mar López Insua

LA TRANSMUTACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS
EN EL TELETRABAJO Y LA DIGITALIZACIÓN

Inmaculada Benavente Torres

ENTIDAD EDITORA

Dykinson, S.L.



CÁTEDRA UNESCO
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

 **SAGARDOY**
BUSINESS & LAW SCHOOL

ISSN 2341-135X

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)



© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015, Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-135X

REVISTA DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

*El objetivo de esta Revista es conseguir los máximos índices de calidad,
y está indexada en las siguientes bases de datos:*

latindex

BASE DE DATOS
ISOC



Dialnet

vlex
vlex.com

MIAR

Colabora:





Revista Derecho Social y Empresa

CÁTEDRA UNESCO PROMOCIÓN SOCIO LABORAL
SAGARDOY & EDITORIAL DYKINSON



EQUIPO DE DIRECCIÓN

DIRECTORAS

Pilar Núñez–Cortés Contreras

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Loyola*

María Concepción Arruga Segura

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de la Rioja*

SUBDIRECTORES

Amanda Moreno Solana

*Profesora Contratada Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

Guillermo García González

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Internacional de La Rioja*

EDITORES

Esperanza Macarena Sierra Benítez

*Profesora Titular Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)*

Felipe Manchón Campillo

Periodista

SECRETARÍA ACADÉMICA

Gabriela Rizzo Lorenzo

*Profesora Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

Domingo Carbonero Muñoz

*Doctor en Derecho, Profesor del Departamento de Derecho
Universidad de La Rioja*

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense*

MIEMBROS

María Emilia Casas Baamonde

*Expresidenta del Tribunal Constitucional, Catedrática de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social, Universidad Complutense*

Lourdes Arastey Sahún

Magistrada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Bruselas)

Philippe Auvergnon

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Directeur de Recherche del CNRS,
miembro del Centre de droit comparé du travail et de la sécurité du travail
Université Bordeaux (Francia)*

Antonio Cebrián Carrillo

Abogado, Socio Director S&C Abogados

Marie Cécile Escande-Varniol

*Catedrática de Derecho del Trabajo
Université Lyon 2 (Francia)*

Carolina Gala Durán

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona*

Joaquín García Murcia

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense*

Abbo Junker

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Ludwig-Maximilians Universität München (Alemania)*

Lourdes Mella Méndez

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago Compostela*

Gabriela Mendizábal Bermúdez

Profesora de la Universidad Autónoma del Estado de los Morelos (México)

Antonio Ojeda Avilés

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo
Universidad de Sevilla*

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

Michele Tiraboschi

*Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia) y Director Científico de ADAPT*

Luis Enrique de la Villa Gil
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

Íñigo Sagardoy de Simón
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Francisco de Vitoria
Presidente de Sagardoy Abogados

DIRECTOR

Martín Godino Reyes
Doctor en Derecho
Socio Director de Sagardoy Abogados

MIEMBROS

Valentín Bote Álvarez-Carrasco
Director del Servicio de Estudios de Randstad Research

Eva María Blázquez Agudo
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

Jaime Cabeza Pereiro
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

Teresa Cervera Soto
Directora de Recursos Humanos en Ballesol (Grupo Santalucia)

Manuel Correa Carrasco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

María del Rosario Cristóbal Roncero

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

Román Gil Albuquerque

Doctor en Derecho. Socio de Sagardoy Abogados

María Jesús Herrera Duque

Doctora en Derecho. Socia de Sagardoy Abogados

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Ana Matorras Díaz-Caneja

*Profesora Ordinaria
Universidad Pontificia Comillas*

María Luisa Molero Marañón

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

Olimpia Molina Hermosilla

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén*

Leonor Victoria Pablos Fernández

Directora de Recursos Humanos, Ferrovial

Miguel Recio Gayo

*Profesor Asociado de la Facultad de Derecho
Universidad CEU San Pablo*

Ricardo Pedro Ron Latas

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de la Coruña*

Carmen Sáez Lara

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba*

Carmen Sánchez Trigueros

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

Daniel Toscani Giménez

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia*

CONSEJO DE EVALUADORES

Francisco Alemán Páez

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

Inmaculada Benavente Torres

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba*

Macarena Castro Conte

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

Óscar Contreras Hernández

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla la Mancha*

María del Mar Crespí Ferriol

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Islas Baleares*

Jesús Cruz Villalón

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

José Manuel del Valle Villar

Profesor Titular de Derecho del Trabajo, Universidad de Alcalá de Henares

Belén Fernández Docampo

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo*

Antonio Fernández García

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Oberta de Cataluña*

Silvia Fernández Martínez

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela*

Marta Fernández Prieto

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo*

Francisca María Ferrando García

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

Juan Carlos García Quiñones

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense*

José Luis Gil Gil

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Alcalá de Henares*

Luis Gordo González

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid*

María Sonsoles Gutiérrez de la Peña

Inspectora de Trabajo y de la Seguridad Social

Julen Llorens Espada

*Profesor Ayudante Doctor
Universidad Pública de Navarra*

María Teresa Igartua Miró

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

Risa L. Lieberwitz

*Catedrática de Derecho del Trabajo
Cornell University, ILR School (USA)*

María del Carmen López Aniorte

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

Rodrigo Martín Jiménez

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

Mirentxu Marín Malo

*Profesora Ayudante Doctor
Universidad Pública de Navarra*

Paz Menéndez Sebastián

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

Jesús R. Mercader Uguina

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III*

Laura Melián China

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna*

Rocío Molina González–Pumariega

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

Concepción Esther Morales Vallez

Magistrada del TSJ de Madrid

Julia Muñoz Molina

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba*

Patricia Nieto Rojas

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

Daniel Pérez del Prado

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

Iván Rodríguez Cardo

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

María Monserrate Rodríguez Egío

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Murcia

Sarai Rodríguez González

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de La Laguna

Guillermo E. Rodríguez Pastor

Profesor Titular

Universidad de Valencia

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Autónoma de Barcelona

Álvaro San Martín

Doctor en Derecho y Socio Laboral Casadeley

Lavinia Serrani

Editora Coordinadora ADAPT International (Italia)

Francesca Sperotti

Investigadora ADAPT (Italia)

Francisco Trujillo Pons

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Jaume I

Tatsiana Ushakova

Profesora Titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Alcalá de Henares

Alicia Villalba Sánchez

Profesora Contratada de la Universidad de Santiago de Compostela

EDICIÓN & DISEÑO

Rúnica servicios editoriales

runica.servicios.editoriales@gmail.com

El sentido de la Revista Derecho Social y Empresa

Dentro del campo de las ciencias sociales, con enfoque internacional, de derecho comparado e interdisciplinar, la Revista Derecho Social y Empresa, es una publicación científica técnica, en el ámbito Jurídico Laboral y de la Seguridad Social, cuyo objetivo es dar a conocer a nivel nacional e internacional los debates sobre la regulación y la organización del trabajo en la empresa y en la sociedad, los sistemas de relaciones industriales y las políticas de empleo. El contenido de la Revista está dirigido fundamentalmente a Académicos del Derecho laboral, Técnicos de Recursos Humanos, Profesionales del Derecho, Sindicatos y Asociaciones Empresariales.

La Revista Derecho Social y Empresa tiene dos números al año, donde se incluyen artículos académicos (Estudios) con un enfoque eminentemente jurídico.

La Revista cuenta con un Comité Científico y un Comité Editorial, que reúnen a prestigiosos juristas, académicos y profesionales, principalmente del entorno europeo (España, Francia, Italia y Alemania) y también de los Estados Unidos de América.

La Revista, cuya entidad editora es Dykinson, cuenta con un Patrocinador Principal que es Sagardoy Abogados.

Cualquier persona con interés por el mundo de la investigación y la enseñanza en este ámbito puede enviar estudios originales e inéditos que no hayan sido enviados a otras revistas. El Consejo de Redacción realizará una primera revisión editorial de los artículos recibidos con el fin de valorar el cumplimiento de mínimos de calidad, que posteriormente serán sometidos a una revisión por pares.

De las opiniones expresadas en los artículos únicamente son responsables los propios autores.

Para cualquier propuesta de colaboración siga las Instrucciones de Publicación de la revista.



Revista Derecho Social y Empresa

ÍNDICE NÚM. 18, FEBRERO DE 2023

«LA TECNOLOGÍA Y LA DIGITALIZACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES: PERSONAS Y COMPETITIVIDAD»



ARTÍCULOS

Poder directivo digital y trabajo deslocalizado: dialécticas materiales y descompensaciones regulatorias

FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ

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

Unas notas al incipiente cuerpo de doctrina judicial sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo

FRANCISCO TRUJILLO PONS

*Profesor Ayudante Doctor (acreditado Titular de Universidad) de la Universitat Jaume I
(Castellón, España). Unidad Predepartamental de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social y Eclesiástico del Estado*

**Algoritmos, psicometría y derechos del yo inconsciente
de la persona en el ámbito socio-laboral**

IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ

*Profesor Agregado. Acreditado a Catedrático
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)*

**Protección de datos personales, intimidad y
derechos digitales del trabajador: ¿avance o retroceso?**

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

*Miembro del Comité Ejecutivo de la Junta Directiva de la
Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

**La transmutación de los derechos colectivos
en el teletrabajo y la digitalización**

INMACULADA BENAVENTE TORRES

Profesora Titular de Universidad de la UCO

ARTÍCULOS

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, “Retrotopía”, 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. Graphesus, 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,

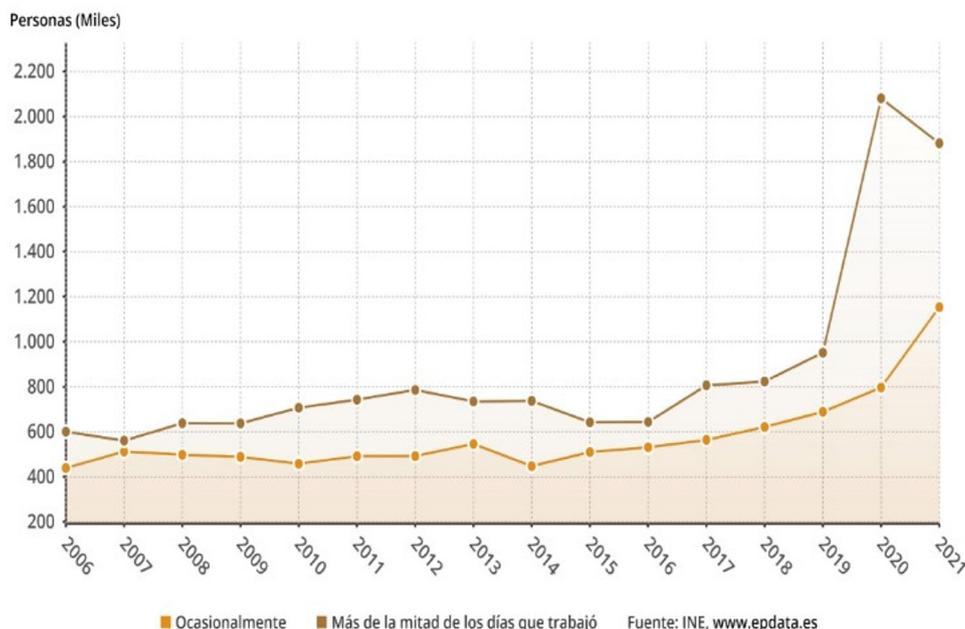
.....

11 Refrescando 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).

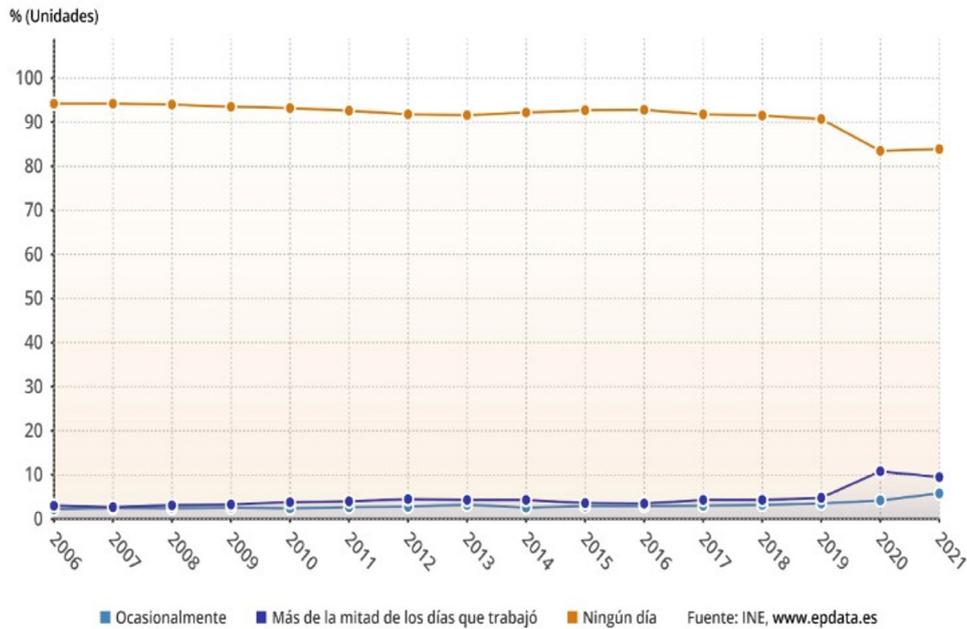
tecnificadas o no, generan códigos gnoseológicos que trascienden al esquema de valores de las sociedades, y, de estas, a su formulación político-jurídica. Para responder estas preguntas combinaré dos planos: uno evolutivo, que infiera el estado de nuestro objeto; y un segundo plano contextual, que avizore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



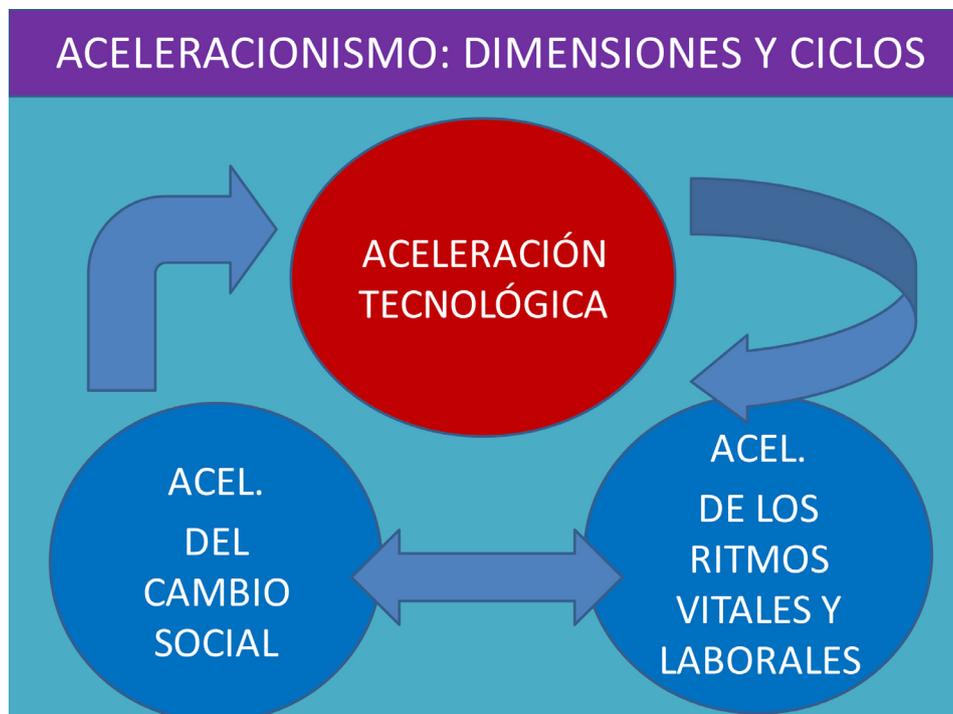
miento. Sirva de ejemplo el término “plataforma”. El DRAE lo define como “una superficie horizontal, descubierta y elevada sobre el suelo donde se colocan personas o cosas”. La desnaturalización nocional operada en dicho concepto logra atribuirle un sentido bifaz: neutro y vanguardista a la vez, con 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.

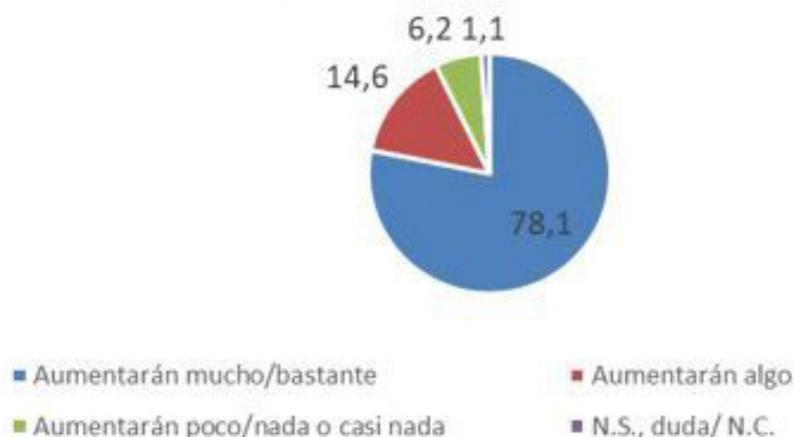
31 Propuesta de Reglamento del parlamento europeo y del consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión (de 21 de abril del 2021). Interesa retener el maridaje dado a 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; y 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.

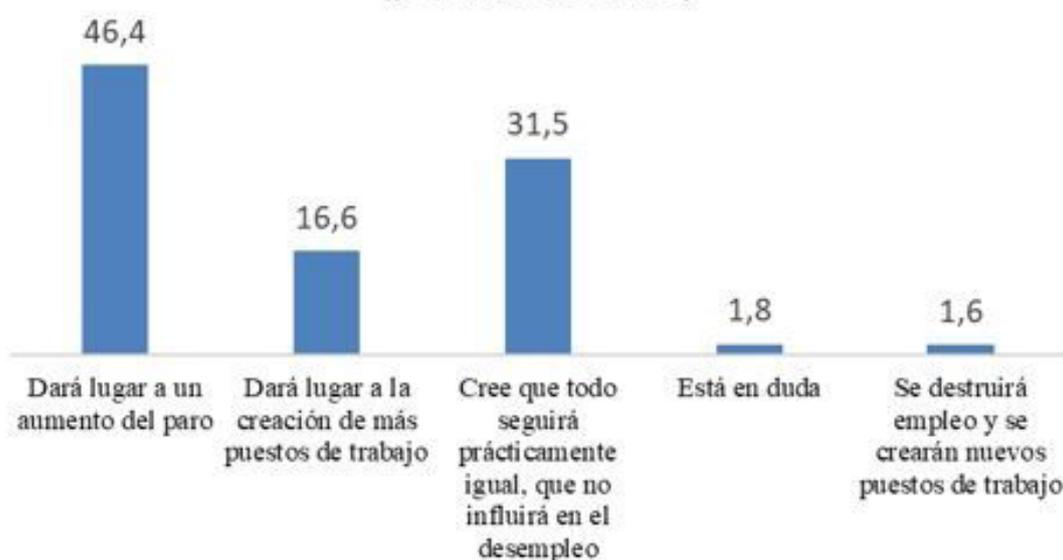
GRÁFICO 1
Percepción respecto al presente del grado de aumento de la robotización y sistemas automáticos de trabajo en las empresas (dentro de diez años)



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 residen 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 reverdecer 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 modificadorios, 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 Bone-te): “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 definitoria 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 avaladora (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 sorprendentemente 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 intrusionas 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” (Dirs. 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 5/2011), 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. nº 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.

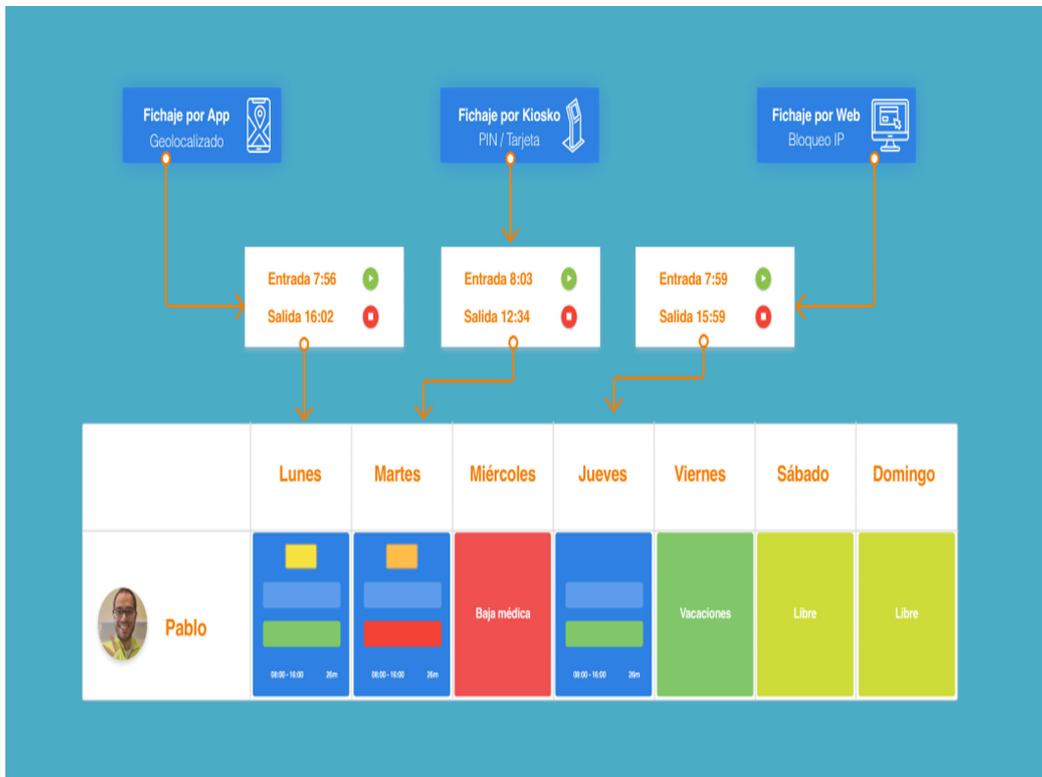
- STSJ CASTILLA Y LEÓN 3/2/16 (EDJ. 5757): *Teletrabajo: multiconferencias y respuestas de correos electrónicos desde el domicilio; medios de control del tiempo de trabajo en jornadas de duración indeterminada; horas extras sin documentar ni ser retribuidas como tales empresarialmente; la ausencia de 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-*

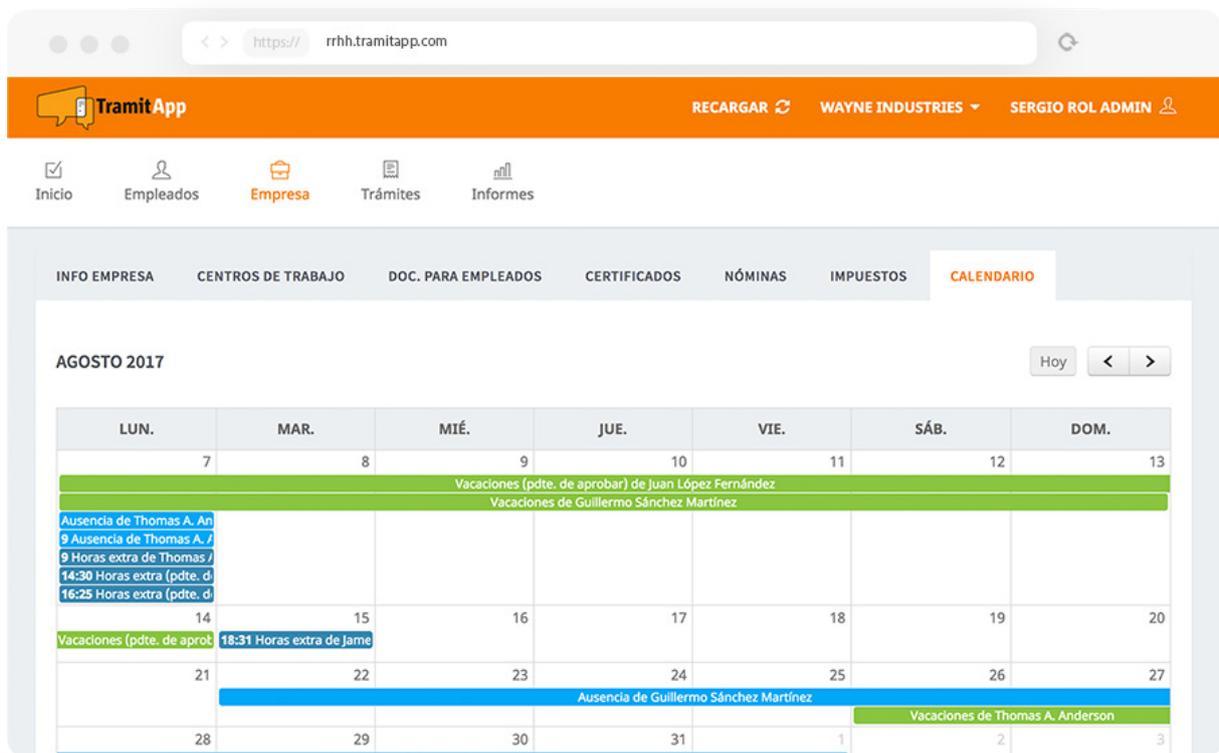
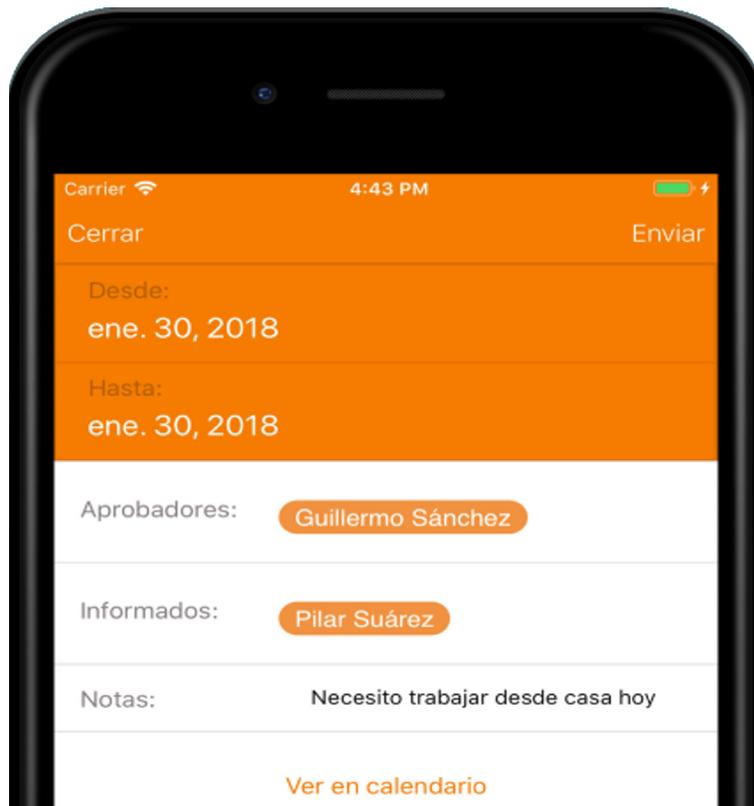
nal”: confección de prendas de ropa en el domicilio particular del trabajador; alta de oficio instada por la inspección de trabajo; la inobservancia de los requisitos formales del art. 13 no incide en la validez del contrato.

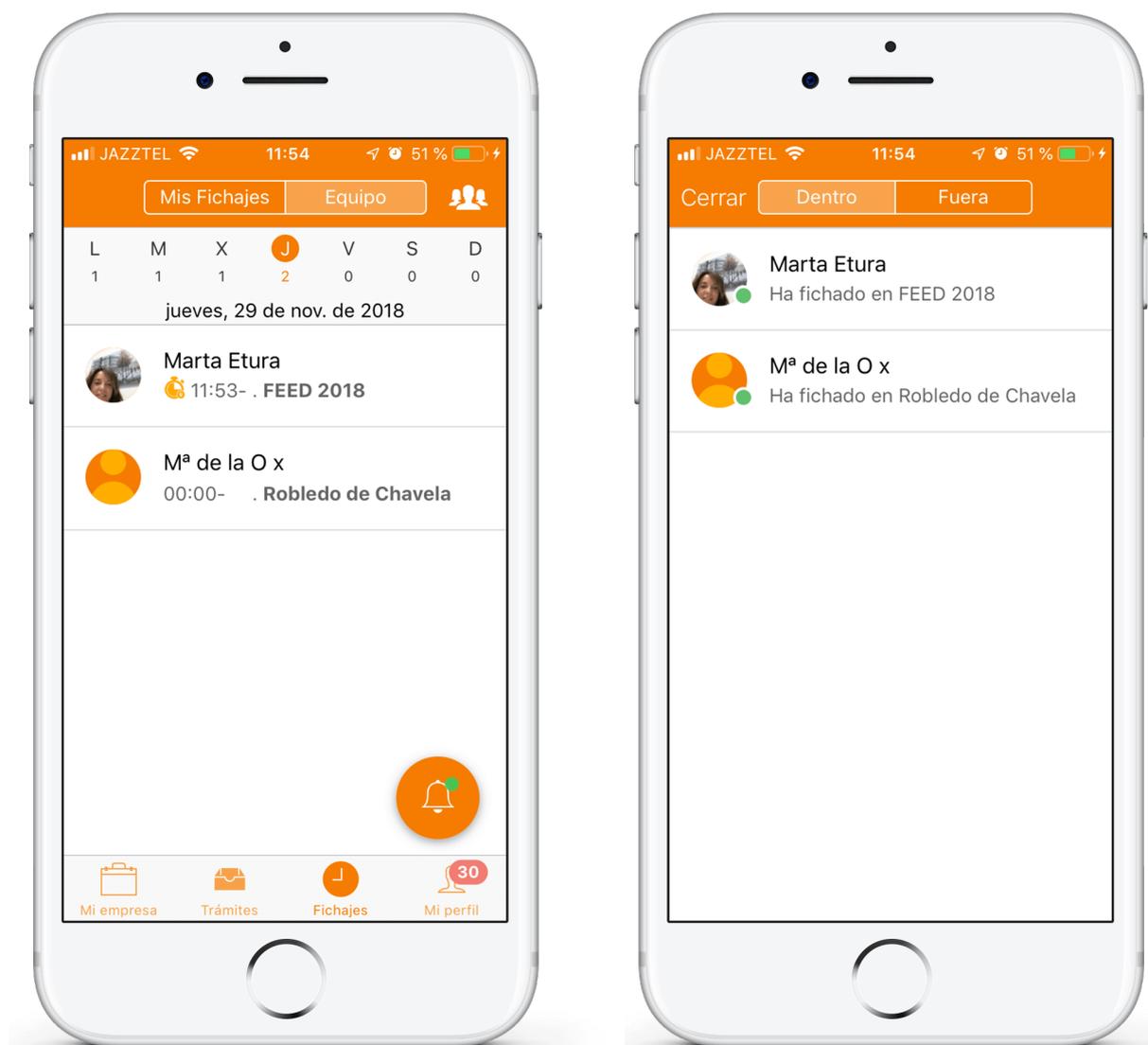
- STSJ PAÍS VASCO 2/12/97 (nº 4567/1997): *Trabajo a domicilio no formalizado por escrito: elaboración de etiquetas a tiempo parcial en el domicilio particular; fraude de ley y carácter indefinido de la relación.*
- SJS de Cáceres de 26 de octubre del 2022 (rec. nº 273/2022; ECLI, 2022/1910): *consideración 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 sí 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.

UNAS NOTAS AL INCIPIENTE CUERPO DE DOCTRINA JUDICIAL SOBRE EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL TRABAJO

*SOME NOTES TO THE INCIPIENT BODY OF JUDICIAL DOCTRINE
ON THE RIGHT TO DIGITAL DISCONNECTION AT WORK*

FRANCISCO TRUJILLO PONS¹

*Profesor Ayudante Doctor (acreditado Titular de Universidad)
de la Universitat Jaume I (Castellón, España). Unidad Predepartamental
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Eclesiástico del Estado*

Fecha de recepción: 6/2/2023

Fecha de aceptación: 7/03/2023

SUMARIO: 1. EL DERECHO LABORAL A LA DESCONEXIÓN TECNOLÓGICA EN EL TRABAJO. 2. UNA REGULACIÓN VIGENTE ESCUETA QUE PUEDE GENERAR CONFLICTOS EN SEDE JUDICIAL. 3. LA RESPUESTA CADA VEZ MAYOR DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA A LA CONCRECIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL TRABAJO. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Desde finales de 2018, España regula el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. El incremento exponencial en el intercambio de información laboral a través de la utilización de medios o herramientas digitales, como teléfonos móviles, correos

.....

1 El presente trabajo, se enmarca en las líneas de actuación del Proyecto de investigación “Límites a la conectividad permanente en el trabajo: salud y competitividad empresarial” (CIGE/2021/038, Grupos de Investigación Emergentes GE/2022, Generalitat Valenciana). Investigador Principal: Francisco Trujillo Pons. Profesor Ayudante Doctor de la Universitat Jaume I. Unidad Predepartamental de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Eclesiástico del Estado (Castellón, España).

electrónicos, tabletas, videoconferencias o aplicaciones de mensajería instantánea, es cada vez mayor, pues facilitan la realización del trabajo desde cualquier sitio en cualquier momento. Más, por la preponderancia dada al trabajo a distancia, inevitable por la situación del COVID-19. En este contexto, se estudia en el artículo que aquí se presenta el cuerpo de la doctrina judicial atinente a este derecho laboral; escaso en su regulación normativa y que se va aclarando e interpretando a medida que surgen conflictos laborales derivados de la conectividad permanente de las personas trabajadoras.

ABSTRACT: Since the end of 2018, Spain has regulated the right to digital disconnection in the workplace. The exponential increase in the exchange of labor information using digital media or tools, such as mobile phones, emails, tablets, videoconferences or instant messaging applications, is increasing, as they make it easier to do work from anywhere whenever. More, due to the preponderance given to remote work, unavoidable due to the COVID-19 situation. In this context, the article that presents the body of judicial doctrine pertaining to this labor law is studied; scarce in its normative regulation and that is being clarified and interpreted as labor conflicts arise derived from the permanent connectivity of the workers.

PALABRAS CLAVE: Jurisprudencia, sentencias, desconexión digital, conectividad permanente, trabajadores, conflictos, judicial, empresas, tecnología, dispositivos digitales.

KEY WORDS: Jurisprudence, sentences, digital disconnection, permanent connectivity, workers, conflicts, judicial, companies, technology, digital devices.

1. EL DERECHO LABORAL A LA DESCONEXIÓN TECNOLÓGICA EN EL TRABAJO

Desde finales de 2018 el legislador español reconoce el derecho a la desconexión digital en el trabajo, a fin de garantizar el descanso del trabajador desde el marco de su intimidad y conciliación personal y familiar. Se trata de un derecho a favor del trabajador que emerge como una garantía a su descanso y a su seguridad y salud en el trabajo (evitando y/o reduciendo los factores de riesgo de la fatiga informática).

Para que sea funcional y que se respete el bienestar de los trabajadores, las empresas han de desarrollar políticas de desconexión para evitar la fatiga informática por la sobrecarga laboral y conexiones permanentes de sus trabajadores. Así mismo, hilado con el nuevo riesgo y emergente en los centros de trabajo, los responsables han de utilizar los canales de comunicación internos para que todos los horarios de trabajo sean conocidos por los compañeros y, por ende, su conexión laboral; solo así se conseguirá que los trabajadores puedan desconectar y beneficiará a que el disfrute de los descansos entre jornadas, semanales y vacaciones sea una garantía. De este modo, el derecho español a la desconexión digital o tecnológica en el trabajo, encuentra acomodo de acuerdo con el siguiente conjunto normativo: 1) la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD) como un derecho laboral conforme a sus artículos 88 (desconexión digital), 91 (negociación colectiva), disposición final decimotercera (art. 20 bis ET para empleados y empleadas de empresas privadas) y disposición final decimocuarta (art. 14 j bis para personas trabajadoras de empresas públicas); 2) en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público con la inclusión del señalado artículo 14 bis y; 3) más recientemente, el derecho ha tenido reflejo en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD) en cuyo artículo 18, el legislador español se limita prácticamente a remitirse a lo ya establecido en el citado artículo 88 de la LOPDPGDD. Todo ello sin contar con disposiciones convencionales y políticas internas dado que, por remisión expresa de la LOPDPGDD y de la LTD, los Convenios Colectivos, los acuerdos de empresa y las políticas internas a nivel de empresa han de ser el instrumento para vehicular las modalidades flexibles del ejercicio del derecho.

Así, surge en España un derecho laboral muy innovador por sus connotaciones tecnológicas pero que, sin embargo, no debe ser calificado como novedoso dado que el derecho a la desconexión digital en el trabajo ya se encontraba antes de la LOPDPGDD y de la LTD de forma implícita en el derecho clásico al descanso regulado en el ET. Más bien se puede considerar que, el derecho a la desconexión tecnológica de los trabajadores se trata de una manifestación contemporánea del derecho laboral al descanso. En este sentido, el derecho irrumpe debido a que se están difuminando los tiempos de trabajo y los tiempos de descanso, la cual cosa, acarrea problemas a la población trabajadora para conciliar la vida laboral y/o personal y, en suma, disfrutar de un descanso necesario con las consecuencias debidas en su bienestar laboral (la fatiga informática surge como uno de los problemas más recurrentes por la falta del ejercicio del derecho). Está articulado por el legislador nacional como un derecho laboral dispositivo y no absoluto; es la voluntad del trabajador el ejercitarlo o no en el ámbito laboral. En esta línea, las acciones de formación y de sensibilización han de promover la desconexión del trabajador: se deben poner de relieve en esta formación en prevención de riesgos laborales tanto los efectos psicosociales y físicos, como las medidas prácticas para desconectar. De este modo, el trabajador que recibe este tipo de formación tendrá herramientas para autoprotegerse y hacer valer su derecho a la desconexión digital a fin de no sufrir daños en su salud física, mental y social.

Así mismo, según la normativa vigente, no se prohíbe a la empresa el envío de mensajes o la realización de llamadas fuera del horario de trabajo pactado con sus empleados y empleadas. Ahora bien, si las empresas vulneran el derecho sin justificación alguna (más adelante se analizarán sentencias respecto a los casos extraordinarios o de “fuerza mayor” donde el derecho quedará invalidado), los trabajadores podrán denunciarlo y, de confirmarse este extremo, deberán exigir el cobro de las horas de trabajo realizadas dentro de su descanso como horas extraordinarias. Y ello porque esta conectividad permanente del trabajador queda insertada en el desempeño de la prestación de servicios al responder mensajes con contenido laboral fuera de su jornada de trabajo. Como tal, este tiempo utilizado por el trabajador ante las demandas empresariales ha de ser considerado como de trabajo y, por ende retribuido, con independencia del lugar en que se genere este estado de alerta comunicativa o expectante del trabajador (hogar u otro lugar). Aspecto distinto, como se decía en líneas anteriores es la conectividad voluntaria que pueda tener el trabajador en sus tiempos de descanso y que a la postre le puede afectar a su fatiga informática ya que, el ejercicio del derecho a la desconexión tecnológica solamente opera en estos tiempos en los que el trabajador puede organizar su tiempo y dedicarse a asuntos personales.

En resumidas cuentas, en España los trabajadores de empresas privadas y los empleados públicos tienen derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del

tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar². Ello con independencia del tamaño de la plantilla de la empresa y del tipo de prestación laboral que realicen los trabajadores ya sea presencial, a distancia o teletrabajo. De este modo, en España, la desconexión digital está configurada como derecho y no como obligación, por lo que cabe que el trabajador conteste pese a estar fuera de su jornada laboral, como también cabe que el comunicante envíe o llame fuera del tiempo de trabajo (en este caso, asume que puede que no reciba respuesta hasta el día hábil posterior). En este plano, si bien es cierto que todo derecho implica el deber de respetarlo, en la génesis del artículo 88 de la LOPDPGDD y de su homónimo para trabajadores a distancia y teletrabajadores, es decir, del artículo 18 de la LTD, el legislador español tendría que haber configurado la desconexión tecnológica como una obligación empresarial en el sentido de prohibir prácticas empresariales que vayan en contra del descanso del trabajador y de su bienestar laboral.

Después, la contraparte, es decir las empresas, están obligadas por un lado, a redactar previa audiencia con los representantes legales de los trabajadores un protocolo interno donde se establezcan las modalidades del ejercicio del derecho (con especial atención en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas) y, por otro lado, a llevar a cabo acciones de formación y sensibilización acerca de un uso razonable de las tecnologías; todo a fin de evitar la fatiga informática. En este punto, cabe concretar que el marco normativo regulador del derecho laboral se refiere a representantes legales de los trabajadores (para el caso de la LTD) y a representantes de los trabajadores (para el caso de la LOPDPGDD), no especifica si han de ser unitarios o sindicales. Sin embargo, en dicha concepción se entienden incluidos ambos tipos de representantes al igual que sucede para la distribución irregular de la jornada (art. 34.2) o para el periodo de consultas para el despido colectivo (art. 51.2 ET). Sea como sea, el papel de estos representantes se torna esencial para establecer un contenido formativo que sea teórico, práctico, suficiente y adecuado para que todos los trabajadores de las empresas se sensibilicen de los riesgos de la fatiga informática y utilicen los dispositivos digitales y telemáticos de una forma saludable.

.....

2 En profundidad TRUJILLO PONS, F. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., La desconexión digital en el trabajo. Aranzadi Thomson Reuters y Universidad de Valencia, 2020.

2. UNA REGULACIÓN VIGENTE ESCUETA QUE PUEDE GENERAR CONFLICTOS EN SEDE JUDICIAL

Cuando el legislador español se refiere al derecho a la desconexión digital en el trabajo, lo hace atendiendo a las diferentes “modalidades” de su ejercicio y cómo éstas “(...) atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. Estas modalidades suponen un “cajón de sastre” para las empresas, otorgando así una libertad en la elección de las posibles prácticas que deseen (y puedan) poner a servicio de la mejora del bienestar de sus trabajadores. Estas prácticas se han de sostener bajo un plan de desconexión digital y de acciones formativas y de sensibilización aparejadas a la fatiga informática.

Atendiendo al artículo 85.1 del ET, los convenios colectivos pueden regular muchas materias y de distinta naturaleza: económicas, laborales, sindicales y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales. Pues bien, una de ellas y por remisión expresa de la LOPDPGDD es el derecho a la desconexión digital en el trabajo. Remisión que es facultativa a la negociación colectiva. Según se extrae del artículo 88 no existe un deber de negociar el ejercicio del derecho a la desconexión digital, pero, al menos, se insta a la implementación del mismo por parte de la negociación colectiva. Hubiese sido más acertado por parte del legislador haber equiparado el derecho al desenganche tecnológico al modo en que regula los planes de igualdad, como también haber acotado mejor el término de lo que se entiende como derecho a la desconexión digital pues, no existe una definición legal, ni tampoco un marco sancionador ni un cuerpo básico de medidas para potenciar el buen uso de las tecnologías con fines laborales; todo ello provoca que sea un término abstracto y que se deje su configuración al arbitrio de la empresa y/o de los representantes de los trabajadores. Ahora bien, ello no obsta a que al existir autonomía en la redacción de los protocolos de actuación se consigan cláusulas muy favorecedoras para que los trabajadores incluidos en el convenio colectivo en cuestión, tengan un derecho real de no contestar llamadas, mensajes o correos electrónicos fuera del tiempo de trabajo.

Después de todo, el legislador español toma clara conciencia de sus efectos, consecuencias e incidencia a nivel organizacional. Sin embargo, lejos de desarrollar el riesgo nuevo y emergente, no aporta soluciones concretas para su evitación. Así, ni la LOPDPGDD ni la LTD prevén medidas de prevención concretas o específicas en relación con el uso abusivo

de las TIC, en especial de los dispositivos telemáticos y digitales. Dicho conjunto normativo parece arrojar más luz respecto a la invasión de la vida laboral en la esfera privada del trabajador y los problemas derivados de la hiperconexión, no obstante, no afronta con el desarrollo merecido el enfoque claramente preventivo que se exige, debidos a la gravedad de los efectos y de las consecuencias de la fatiga informática. Efectivamente, para prevenir el riesgo de fatiga digital y potenciar el ejercicio de la desconexión digital, el legislador español pese a ser innovador y acertado en el diagnóstico de estas situaciones tan potenciales en el actual y venidero mercado laboral, se muestra escueto en el establecimiento de medidas concretas y garantistas para evitar los efectos perniciosos de la conectividad permanente de los trabajadores (en su máxima expresión, no solo los presentes en los centros de trabajo, también los que trabajen de forma remota).

Al igual que la desconexión digital y su inconcreción conceptual, respecto de esta fatiga informática, cabe señalar que tampoco existe una definición jurídica propia de la misma. De este modo, pese a la innovación del legislador nacional en el reconocimiento del riesgo laboral (no existe país que antes haya hablado de “fatiga informática”), lo hace de forma muy escueta, reconociéndolo en la LOPDPGDD y LTD, simplemente, como un riesgo debido a la falta de desconexión digital de los trabajadores, sin mayores concreciones; por ejemplo, no se remite a la LPRL y a la exigencia de evaluar el riesgo laboral ni tratarlo desde la seguridad y salud en el trabajo. Esta falta de definición puede aportar una inseguridad jurídica a las partes de la relación laboral.

Con todo, el legislador español en lugar de desarrollar de forma completa el derecho, cede el papel de la autorregulación del mismo a las partes de la relación laboral, de modo que es a nivel colectivo, en forma de acuerdos o políticas donde el derecho laboral se configura. En efecto, con arreglo a las líneas precedentes referidas al estudio del marco jurídico, las empresas (con independencia de su tamaño, así como si son públicas o privadas) han de contar con una política interna de desconexión tecnológica dando previa audiencia a la representación legal de los trabajadores. Esta política interna, se ha de integrar en sus planes de formación que consiga normalizar conductas positivas en el trabajo, ejecutando, por ejemplo, acciones de sensibilización a los trabajadores. Desde este prisma, las actuaciones formativas han de dar a conocer al personal de las empresas el derecho a desconectar del trabajo en la gestión y respeto del tiempo de trabajo y las consecuencias que pueden producirse para la salud mental y física. Es fundamental subrayar que, para el correcto ejercicio del derecho su cumplimiento se debe dar exclusivamente dentro de la esfera laboral. Aquí, son esenciales los Convenios Colectivos que, al igual que los protocolos de actuación, determinan medidas para garantizar que los trabajadores desconecten digitalmente de su trabajo y con ello, se evitan que afloren los distintos factores de riesgo aparejados a la fatiga informática.

3. LA RESPUESTA CADA VEZ MAYOR DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA A LA CONCRECIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL TRABAJO

A sentado lo anterior, en este punto se van a estudiar los primeros pronunciamientos judiciales españoles que empiezan a tratar de interpretar un derecho laboral regulado de una forma muy escueta y sin el desarrollo que merece, lo que genera la aparición de conflictos en sede judicial. Del mismo modo que en la ponencia que se llevó a cabo en la Universidad de Valencia en el Congreso a cargo de la Cátedra “La tecnología y digitalización en las relaciones laborales: personas y competitividad”, a fecha de 17 de noviembre de 2022 y que es el germen del presente artículo, se va a hacer un tratamiento de determinados pronunciamientos judiciales, primero, previos a la regulación del derecho laboral en España (esto es, antes de 2018) y, segundo, posteriores a la misma (esto es, después de 2018). Consecuentemente, antes de la existencia de la señalada normativa específica sobre la desconexión digital en el ámbito laboral la jurisprudencia, en su labor interpretativa, resolvió en varias ocasiones conflictos acerca del necesario tiempo libre del trabajador y de la conectividad constante de los trabajadores en la utilización de las herramientas de trabajo.

Por ejemplo, la ya lejana SAN de 17 de julio de 1997 (AS/1997/3370, rec. 120/1997), es de significar en tanto pone patente el grave perjuicio que supone la fatiga informática para la salud física, mental y social del trabajador, ante una obligación empresarial de “mantener una conexión ininterrumpida y en todo momento de los teléfonos móviles de la empresa y de todos sus clientes. Se sobrepasan las facultades normales y regulares de la empresa, en los términos previstos por el artículo 20 del ET, si se obliga a los empleados a desarrollar su actividad profesional o a estar pendientes de recibir comunicaciones en todo momento, incluso en las horas no coincidentes con la jornada de trabajo asignada a cada uno de ellos, pues a ese resultado se llegaría si se vieran forzados a mantener una atención constante a sus teléfonos móviles en todo momento”. Una sentencia antigua y que da buena fe de cómo han de ser totalmente nulas, todas aquellas instrucciones empresariales que exijan mantener una atención de los trabajadores a los dispositivos digitales una vez finalizada su jornada laboral.

A continuación, también es destacable la STC 192/2003, de 27 de octubre (rec. 192/2003), que según recalca la doctrina iuslaboralista³ alude al derecho a la desconexión, pero indi-

.....

3 PÉREZ CAMPOS, A.I., “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?” Anuario Jurídico y Económico Escorialense, LII, 2019) 101-124, p. 18.

rectamente, en el sentido de fortalecer el derecho consagrado del trabajador al descanso. Así, todo el tiempo libre que tenga el trabajador debe ser de descanso. Desde esta visión, el derecho a la desconexión digital opera “(...) como un límite infranqueable del poder de dirección, con el objetivo final de garantizar la protección de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, de manera que toda concepción empresarial que considere el tiempo libre del trabajador como tiempo vinculado al interés productivo de la empresa sería inconstitucional, al reducir a simple factor de producción la persona del trabajador (...)”⁴. Esta concepción empresarial que considera el tiempo libre como tiempo vinculado al trabajo, de modo indubitado, resulta incompatible con los principios constitucionales enunciados en el artículo 10.1 de la CE: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad. Al calor de la CE, cabe apuntar que el derecho laboral al descanso tecnológico está ligado a dos derechos constitucionales: el derecho a la privacidad⁵ y el derecho al descanso con sus implicaciones en la seguridad y salud en el trabajo. En primer lugar, respecto a dicho precepto de la CE, según el cual “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. No obstante, existe doctrina⁶ disonante sobre esta conexión por lo que la jurisprudencia ha de aclarar e interpretar el mismo.

Sea como sea, el cambio de la cultura de empresa y de ciertas formas de actuar pueden ayudar mucho a generar un ambiente tecnológico saludable. A modo de ejemplo, existe jurisprudencia en España que estima la vulneración del derecho a la desconexión digital y, por tanto, reconoce los riesgos de la fatiga informática, simplemente basándose en que un trabajador no solo tuvo que llevarse a su casa un dispositivo corporativo (en concreto, un sistema de posicionamiento global -“acelerómetro”-) sino que, además tuvo que estar pendiente de cargarlo para el día siguiente (STSJ de Cataluña, de 23 de mayo de 2013 núm. rec. 6212/2012). Esta situación le puede generar una fatiga a todo trabajador con la sensación urgente de tener el dispositivo tecnológico listo para el día siguiente. Concretando el contenido de sentencia, la empresa instaló en los teléfonos móviles de los trabajadores de mantenimiento dicho acelerómetro para captar el movimiento o la ausencia del mismo, argumentando que la instalación era por motivos de accidentes de trabajo que pudieran sufrir los trabajadores. Sin embargo, la obligación de llevarlos consigo en todo momento, incluso fuera de la jornada laboral (para recargarlos) no iba en la dirección de dicha argumentación. Así, reforzando lo subrayado con anterioridad respecto a la fatiga digital, el

.....

4 RECHE TELLO, N., “La Desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad” IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball, [en línea], 2019, n.º 3, pp. 31-54.

5 MOLINA NAVARRETE, C., “Jornada Laboral y Tecnologías de la Infocomunicación: desconexión digital, garantía al descanso” Temas laborales, núm. 138/2017, 2017, pp. 249-283.

6 En el sentido de que la disposición final primera (DF 1ª) de la LOPDPGDD establece que su art. 88 “tiene carácter de ley ordinaria, no de ley orgánica, dato suficientemente indicativo de que no existe relación directa alguna entre los arts. 88 LOPDPGDD y 18 1 CE”.

TSJ, entiende que dicha “responsabilidad que se traslada al trabajador fuera de la jornada laboral, lleva consigo un perjuicio en su salud por la preocupación que tiene de tener que está pendiente del citado dispositivo, y la incidencia que ello tiene no solo para él sino también en lo que es esa esfera privada personal familiar que la empresa demandada no puede tener interferencia alguna, ni siquiera por motivos tecnológicos, generando un riesgo psicosocial que la empresa tenía que haber previsto”.

Tras estos pronunciamientos judiciales, el TS, en su sentencia del 21 de septiembre de 2015 (rec. 259/2014), también arrojó luz a la regulación que, años posteriores saldría en España, en concreto al respecto de una controversia sobre la validez de una cláusula específica por la que una empresa incluía en los contratos de trabajo que, en virtud de la cual, determinaba lo siguiente: “las partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa en este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto”. Sobre este contenido, el Alto Tribunal español no se opuso a que, de forma voluntaria, se pudieran poner aquellos datos a disposición de la empresa, máxime con la relevancia de los medios telemáticos y la facilidad de comunicación, más bien al hecho de que “(...) en el contrato de trabajo se haga constar como específica cláusula/tipo que el trabajador presta su voluntario consentimiento a aportar los referidos datos personales y a que la empresa los utilice en los términos que el contrato relata, siendo así que el trabajador es la parte más débil del contrato y ha de excluirse la posibilidad de que esa debilidad contractual pueda viciar su consentimiento a una previsión negocial referida a un derecho fundamental, y que dadas las circunstancias se trata del momento de acceso a un bien escaso como es el empleo bien puede entenderse que el consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario sobre tal extremo”. Por tanto, según esta argumentación se aprueba la voluntad del trabajador de prestar sus datos de contacto. En cualquier caso, no es recomendable que lo haga dado que puede incrementar sus niveles de fatiga informática al recibir, eventualmente, comunicaciones incesantes a su teléfono móvil u ordenador personal.

Seguidamente, ha de recordarse que el derecho a la desconexión digital, en la práctica se traduce en el hecho de que durante el tiempo considerado como de descanso, el trabajador tiene derecho a no estar conectado digitalmente con su empresa; esto es a mantener inactivos sus dispositivos o medios de comunicación de manera que no reciba mensajes de la empresa o de sus compañeros, clientes o proveedores por razones laborales. Igualmente sucede para el trabajador a distancia o para el teletrabajador y así se ha manifestado la jurisprudencia española años atrás a la normativa específica que regula el derecho laboral al desenganche tecnológico. Como muestra un botón: la Sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 3 de febrero de 2016 (núm. rec. 2229/2015) señaló que “el tiempo de

trabajo en el domicilio es tiempo de trabajo exactamente igual que el realizado fuera del mismo”, por lo tanto, “aunque el trabajador preste su trabajo en su domicilio corresponde a la empresa establecer las pautas necesarias sobre tiempo de trabajo para garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y descansos”.

En un segundo bloque, es decir, del estudio de la doctrina judicial española posterior a la regulación a la desconexión digital en el trabajo, afortunadamente, desde el 2018 hasta ahora, están apareciendo pronunciamientos judiciales que dotan de cuerpo de doctrina judicial un derecho laboral que, en su génesis, está configurado por el legislador nacional de forma indeterminada y laxa, dando flexibilidad absoluta a los Convenios Colectivos y/o a los protocolos internos de las empresas.

De este modo, dando inicio al estudio jurisprudencial más reciente sobre el derecho laboral, dos años después de la regulación del derecho por la LOPDPGDD, en la senda de las guardias domiciliarias, se manifiesta la STSJ de Madrid de 8 de julio de 2020 (rec. núm. 628/2020) que, de forma significativa, analiza el caso de un trabajador de sistemas (tareas informáticas) que firmó con su empresario un pacto de “sistema de gestión de la disponibilidad”. Según dicho pacto, se había establecido un sistema fuera del horario habitual de prestación de servicios, con el objeto de proporcionar asistencia y soporte informático a los empleados y profesionales de la empresa que puedan requerirse en horarios distintos al habitual, por el cual el trabajador, se comprometía durante los periodos de guardia en que sea designado a tal efecto por el responsable del departamento, a permanecer fuera de su jornada ordinaria a la expectativa de las posibles llamadas o avisos que pueda recibir para realizar cuantos servicios le sean requeridos dentro de su actividad habitual, procediendo a atender y solucionar los mismos, encontrándose en situación de guardia 1 de cada 4 semanas distribuidas de modo alterno. Esta eventual disponibilidad constante del trabajador no significa que las horas realizadas no sean laborales y, por ende, retribuidas. Desde esta perspectiva, existen ciertas profesiones como las sanitarias, las cuales es común pensar en trabajadores contestando llamadas o correos electrónicos desde su casa fuera del horario laboral, tal y como se conoce, por ejemplo, durante las conocidas guardias domiciliarias. Durante las mismas, el trabajador tiene que estar en su casa, pero disponible (con medios telemáticos proporcionados por su empresa encendidos y cargados) para atender cierta situación cuando se le requiera. Este tipo de guardias se abonan, convencionalmente, como tiempo de trabajo puesto que el trabajador tiene que estar disponible y difícilmente puede dedicarse a hacer otro tipo de cosas. Así pues, en general, cuando un trabajador perciba un plus o complemento salarial de “disponibilidad” o se encuentre en un “sistema de guardias”, tal y como se pueda regular en su Convenio Colectivo de aplicación o en el protocolo interno de desconexión digital, no se le aplicaría el derecho; como contrapartida, puede sufrir la sobrecarga digital durante dicho tiempo de disponibilidad.

Dicho lo cual, con la Sentencia del TSJ de Madrid queda acreditado un pacto remunerado que respondía a que, una semana del mes, el trabajador debía estar atento fuera de su jornada a cualquier eventualidad por requerimiento de atención por problemas del sistema por parte de algún trabajador de la empresa. Como es obvio, este tipo de trabajador puede sufrir incluso los fines de semana una sobrecarga digital, y ello debido a su especialidad por la que no puede negarse a trabajar un domingo al tener que estar disponible por eventuales colapsos del sistema informático de la empresa que necesitan ser atendidos de forma urgente e inmediata. En estos casos, en los que existe un pacto de sistema de gestión de disponibilidad, si el trabajador no presta servicios puede ser sancionado por ello. Con todo, la STSJ de Madrid determina que el pacto firmado de mutuo acuerdo entre empresa y trabajador era retribuido (500 euros por la semana de guardia) por lo que no pudo negarse a prestar servicios los domingos alegando una vulneración del derecho a la desconexión digital. En suma, la reclamación del trabajador en la que exigía el cobro de horas extraordinarias por vulneración del derecho a la desconexión tecnológica, fue desestimada.

El análisis de esta sentencia sirve para afirmar que un régimen de trabajo de estas características choca de frente con la garantía de la empresa de velar por la seguridad y salud de los trabajadores en casos de fatiga informática. Estos pluses, complementos o sistemas de guardia (también disponen de ellos los conductores de ambulancia o vigilantes) invalidan la normativa sobre desconexión digital en el trabajo que, como es sabido tiene como finalidad, entre otras, el garantizar el respeto a “su tiempo de descanso, permisos y vacaciones”. Para evitar más conflictos judiciales sobre la definición de tiempos de trabajo y descansos, se exigen mayores concreciones de la consideración de los mismos, ya que la desconexión digital solamente opera en los tiempos propios de descanso (de ahí que si el trabajador cuenta con pluses de disponibilidad o sistemas de guardias, durante ese tiempo considerado como de trabajo, no opere el derecho laboral).

El contenido de esta doctrina judicial resulta interesante además porque sirve de ayuda para recordar la positivización del derecho laboral en España y para reincidir en normativa y pronunciamientos comunitarios sobre estos tiempos. Así, según su contenido es de significar la siguiente literalidad: “(...) Ello implicaría, en una interpretación literal del párrafo primero, el derecho a la desconexión durante el “tiempo de descanso, permisos y vacaciones”, esto es, durante todo el tiempo que no sea de trabajo, conforme a la definición de la Directiva 2003/88/CE, lo que determinaría la ilegalidad pura y simple de todo sistema de guardias de localización que obliguen a la conexión durante esos periodos. Esa interpretación extrema se suaviza por los párrafos siguientes del mismo artículo, que se remiten a la negociación colectiva y al establecimiento de políticas de empresa, pero la solución dista de estar clara, por cuanto implica la redefinición del concepto de tiempo de

trabajo con arreglo a la Directiva 2003/88/CE, la extensión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en relación con el Reglamento UE 2016/679 de 27 de abril de 2016) y la extensión del derecho fundamental a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas (art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), que es de aplicación directa e incondicionada conforme a sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de noviembre de 2018, C-569/16 (TJCE 2018, 246) y 570/16, *Wuppertal*, 6 de noviembre de 2018, C-684/16 (TJCE 2018, 251), *Max-Planck- Gesellschaft* y 13 de diciembre de 2018 (TJCE 2018, 298), C-385/17, *Hein*). Esta redefinición conceptual exigirá muy posiblemente de una interpretación uniforme para la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es el órgano competente”.

Siguiendo el camino del famoso caso *Matzak*, este tipo de “sistema de gestión de la disponibilidad” choca y pugna con la normativa específica española de desconexión digital y con el riesgo laboral nuevo y emergente de fatiga informática. En estos casos, hay que considerar que existe obligación presencial cuando al trabajador se le requiere la presencia en el lugar de trabajo en un tiempo tan mínimo (ocho minutos en aquel caso) que, de hecho, queda obligado a permanecer en los alrededores del lugar de trabajo durante el tiempo de disponibilidad. Así mismo, profundizando en este sentido, el Tribunal de Madrid señala que “esa normativa y doctrina presenta serias dificultades de adaptación a los supuestos de teletrabajo, que son cada vez más relevantes y más en las circunstancias históricas que vivimos. El concepto de teletrabajo puede comprender supuestos muy diferentes unos de otros, puesto que incluye tanto los casos de trabajo en el propio domicilio del trabajador, como los casos de trabajo en lugares preestablecidos por la empresa y dotados de infraestructura para ello, siempre que no sean fijos y el trabajador pueda elegir entre ellos, como los casos en que el trabajador puede elegir libremente el lugar desde donde presta los servicios, usando para ello medios electrónicos portátiles para su conexión y/o prestación”. Así mismo, continúa señalando que “el régimen de flexibilidad horaria puede ser variable entre el extremo de que el trabajador haya de estar conectado y/o prestando servicios en un horario concreto hasta el otro extremo en que tenga plena libertad para decidir los momentos en que se conecta y/ o presta sus servicios”. Con todo, es de reseñar que “la controversia se centra en las horas extraordinarias realizadas fuera de los periodos de guardia. En esos periodos, las horas realizadas podrían resultar del tiempo de trabajo presencial (teniendo consideración de tiempo de trabajo todo aquel tiempo de obligación presencial en un lugar determinado a disposición de la empresa), pero también del tiempo prestado en régimen de teletrabajo. No cabe la menor duda de que el tiempo de prestación de ser-

vicios en régimen de teletrabajo que se añada sobre la jornada presencial (por ejemplo, atendiendo llamadas laborales u otro tipo de trabajo a distancia por correo electrónico u otros sistemas de mensajería o mediante aparatos portátiles conectados a la red), debe ser considerado tiempo de trabajo y adicionarse al tiempo presencial para calcular la jornada realizada”.

Ahora bien, en concordancia con lo señalado respecto a los posibles pactos que invalidan la desconexión digital o los sistemas de guardias, cabe referirse a los periodos de formación que se puedan desarrollar, total o parcialmente, fuera del horario normal de trabajo que pueden difuminar el derecho y sobrecargar digitalmente a los trabajadores; estos periodos de formación, en la actualidad, se han visto potenciados en su modalidad *on-line* o a distancia. En este sentido, cabe señalar que no es relevante para clasificar dicho tiempo como de trabajo dado que, la Directiva, no realiza distinción alguna según que dicho tiempo de formación se preste o no dentro de las horas de trabajo normales (STJUE 28/10/21, C-909/19). Esta última argumentación, precisamente coincide con el criterio de la STSJ de Madrid 962/2020, de 4 de noviembre de 2020 (núm. rec. 430/2020), por el que particularmente, relaciona el tiempo de trabajo y la desconexión digital aclarando qué tiempos son los que afectan al derecho, si los propios de descanso o los propios de trabajo. La Sentencia resuelve un caso determinado en el que se pone de relieve cómo las dos horas de realización de un curso *on-line* son reconocidas por la empresa como tiempo de trabajo y, por tanto, “no existe derecho a la desconexión tecnológica dentro del tiempo de trabajo, sino solamente dentro del tiempo de descanso”. Como sigue la sentencia, el derecho laboral está preservado cuando se obligue a la realización de algún tipo de trabajo a distancia o cuando se obligue al trabajador a utilizar en su domicilio herramientas tecnológicas. “Se trata de un mínimo legal insoslayable por la negociación colectiva y aplicable *ex lege* y que debe ser garantizado, en virtud del desarrollo que en este punto realiza la Ley Orgánica 3/2018 del art. 18.4 de la Constitución, aunque estemos fuera del marco del teletrabajo hoy (“para entonces”) regulado por el Real Decreto-ley 28/2020 (“el antecesor de la vigente LTD”)

En síntesis, según esta sentencia, el derecho a la desconexión digital y, por tanto las medidas que favorecen y promueven el buen uso de las herramientas tecnológicas para evitar la fatiga digital, no afectan cuando la empresa ordene la realización de trabajo efectivo y retribuido fuera del horario normal. En consecuencia, no solo puede quedar invalidado el derecho al descanso tecnológico del trabajador cuando el empresario alegue circunstancias excepcionales y de urgente necesidad que requieran la disponibilidad del trabajador pese a estar fuera de su tiempo de trabajo, también puede quedar invalidado el derecho cuando la empresa obligue a los trabajadores obligar a realizar actividades con carácter preceptivo fuera del horario ordinario. Desde luego estas actividades preceptivas serán

consideradas como de tiempo de trabajo efectivo y retribuidas y podrán ser tanto de carácter presencial como a distancia. Así, la STSJ de Madrid concluye en los siguientes términos: 1) el trabajador sí tiene derecho a la desconexión digital en su tiempo de descanso. Es decir, se le reconoce a aquél el derecho “a mantener inactivos sus dispositivos o medios de comunicación, de manera que no reciba mensajes de la empresa o de sus compañeros de trabajo por razones laborales”; 2) el hecho de que empresa ordene realizar trabajo efectivo y retribuido fuera del horario normal no supone automáticamente la afectación del derecho a la desconexión digital y, por tanto, a la intimidad personal y familiar; 3) las horas que rebasen la jornada habitual y ordinaria del trabajador tendrán la consideración de horas extraordinarias. Estas últimas solo tienen carácter obligatorio cuando así se haya pactado individual o colectivamente (art. 35.4 ET); 4) si la realización de trabajo efectivo (presencial o a distancia) fuera del horario normal conlleva un cambio del mismo o de la jornada ordinaria, estaremos ante una más que posible modificación unilateral de las condiciones de trabajo.

Al calor de lo señalado, conviene puntualizar que, además de los derechos que recoge (intimidad, descanso, seguridad y salud y dignidad personal), la desconexión digital en el trabajo también se vincula con el señalado artículo 18.4 de la CE relativo a las protecciones frente al uso de la informática para los ciudadanos y, por extensión, para los trabajadores. De cualquier forma, como se ha afirmado, habrá que estar a la expectativa si la cuestión asciende al Tribunal Supremo (TS) o, directamente, si se aclara todo en un futuro desarrollo reglamentario del derecho laboral.

Después, el ejercicio del derecho a la desconexión digital en el trabajo por parte de los trabajadores no conlleva, en principio, medidas sancionadoras, ni tampoco podrá influir de manera negativa en los procesos de promoción, evaluación y valoración. Acorde con esta cuestión, es importante otro pronunciamiento judicial que, versa especialmente, sobre los sistema de evaluaciones que, a nivel interno, pueden existir en determinadas empresas a fin de aumentar el nivel salarial de sus trabajadores. Es el caso de la relevante (por ser innovadora y pionera en este tratamiento) de la SAN 4217/2021 de 18 de octubre de 2021 (Nº de Recurso: 182/2021). Esta sentencia destaca el conflicto colectivo generado entre empresa y comité de empresa al considerar, éste último, que el sistema de evaluación llevado a cabo (en los exámenes para subir de categoría según Convenio) era ineficiente. Especialmente, la empresa ponderó la evaluación para subir de nivel salarial el cumplimiento de los prerequisites para el acceso y la consecución de una nota mínima de 7 sobre 10 puntos. Esta prueba según la empresa consistía en dos aspectos evaluables diferenciados: por un lado se medían los “Conocimientos Técnicos” y, por otro, los “Comportamientos Observables”. Los primeros se evaluaban a través de un test presencial de 100 preguntas y, los segundos, aspecto más conflictivo, se evaluaban una serie de valores

(un total de cinco) de los trabajadores conocidos como: “Valores *Babcock*”: *Health & Safety* (seguridad y salud), *Deliver* (operativa), *Challenge* (mejora continua), *Respect & Trust* (trabajo en equipo y liderazgo), *Relationship & Reputation* (relaciones y reputación) y *Complexity* (compromiso e implicación). Este último valor, fue considerado como abusivo por el comité de empresa, porque la disponibilidad fuera de horario de trabajo no debería ser un valor por considerar, puesto que todo trabajador tiene un claro derecho al descanso y a la desconexión digital, por lo que no tiene obligación alguna de estar disponible y, por tanto, no debería ser penalizado en sentido alguno por ello. Así, la representación de los trabajadores considera que la empresa ha vulnerado el derecho a la desconexión tecnológica de aquellos que se encontraban descansando. Una sentencia que, en suma, destaca que el aumento de la conectividad en el trabajo no debe dar lugar a ningún tipo de discriminación o consecuencias negativas en lo que respecta a la contratación o la promoción profesional (en particular, también cabe afirmar: para padres de familias monoparentales, mujeres, personas de edad avanzada y personas con discapacidad).

En otro orden, también se debe analizar otra situación de conflicto que puede ser reincidente a futuro sobre la aplicación del derecho laboral. Así, acorde a la sentencia del TSJ de Madrid, de 24 de octubre de 2021 (núm. rec. 605/2021), se expone sobre debate el “*dies a quo*” para el cómputo de plazo de caducidad de veinte días (ex art. 59.3 ET) a contar desde una fecha determinada en la que se realizó una comunicación vía correo electrónico corporativo. A mayor abundamiento, la parte demandada que llevó a cabo esta comunicación a la actora (sobre un cambio en el sistema de retribución variable) argumentó que para el cómputo de plazo de caducidad debió ser considerado una de las dos fechas siguientes: bien el 30 junio 2020 (fecha en que remitió por correo electrónico a todos los comerciales, incluida la actora, la información sobre la retribución variable) o el 14 julio 2020 (en que tal comunicación volvió a remitírsele a su correo electrónico), siendo que la demanda se presentó el 12 enero 2021. La parte actora, en cambio, consideró que el plazo de caducidad solamente podría computarse desde el 15 diciembre 2020, que es cuando la actora abrió el correo electrónico que le fue remitido el 10 diciembre 2020 (en esta fecha además se añade un carácter de urgencia en el siguiente sentido textual: “Hola Eva, esta es la carta que te envíe y que ya necesito con urgencia firmada, la necesita ya. Si no vas a venir. La firmas y la haces una foto con el móvil y me la envías”). Claramente existe un sesgo de la urgencia del *e-mail* que sufre el receptor del mensaje; tal y como está redactado, en ningún momento el emisor añade explícitamente una expectativa de respuesta ni al principio del mensaje ni en el cuerpo del mismo.

Como se recoge en la sentencia, los envíos de estos correos electrónicos a la dirección corporativa de la actora adquirieron una connotación más relevante al encontrarse ésta, en situación de baja médica (incapacidad temporal) e incluida en ERTE. La actora señaló

que no quedó acreditado que accediese a su correo corporativo, por lo que no cabe presumir que rehusase voluntariamente la notificación (según jurisprudencia, el rehusé de la comunicación debe equipararse a la notificación de ésta). He aquí la importancia de la sentencia al interés del monográfico: según la actora, se le vulneró su derecho a la desconexión digital en el trabajo dada la señalada circunstancia tan especial de se encontraba en situación de baja médica, por lo que no venía obligada a abrir y leer las comunicaciones que por correo electrónico le dirigió la empleadora. Así las cosas, como se concluye en la sentencia, “no concurre caducidad, pues la fecha de comunicación a la actora de la modificación afectante a su retribución variable debe entenderse que fue el 15 diciembre 2020 (fecha en que consta que, hallándose ya de alta médica, abrió el correo electrónico remitido el día 10 anterior). Y entre 15 diciembre 2020 y 12 enero 2021 (fecha de presentación de la demanda) transcurrieron solamente once días hábiles. Por tanto, se estima el motivo”. En síntesis, aprovechando esta sentencia cabe recordar que, en situaciones donde los trabajadores se encuentran en situación de incapacidad temporal (que por extensión se puede equiparar a situaciones de ERTE, desempleo, excedencias, reducciones de jornada, vacaciones, descansos diarios, semanales, vacaciones, permisos, festivos, etc.), obviamente, no tienen obligación de contestar correos electrónicos corporativos, ni cualquier otro mensaje o incluso llamadas, por vía diferente. Máxime cuando según el caso analizado, se entiende que la empresa era conocedora de esta situación y se le imponía una “urgencia” en la respuesta. Así, de forma lógica se valida la posibilidad del trabajador de contestar estos mensajes una vez reincorporado de la baja y, encontrándose en su puesto de trabajo, accede a su cuenta de correo electrónico de la empresa para apreciar los mensajes en su bandeja de entrada. En resumen, la sentencia determina que, estando la trabajadora en situación de baja por incapacidad temporal y de acuerdo con el derecho a la desconexión digital en el trabajo el plazo de caducidad frente a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (con afectación al sistema de retribución variable) comunicada a través de un *e-mail* comienza desde el instante que se ha producido la reincorporación una vez finalizada la baja (no hay constancia de que la trabajadora haya abierto el correo corporativo).

Esta sentencia del TSJ de Madrid, de 24 de octubre de 2021 hay que ponerla de relieve por el valor que tiene y cómo relaciona los marcos que la norma aplica a los plazos de caducidad de la acción en derecho laboral, los cuales, deben interpretarse de acuerdo a los tiempos en que se aplican. La desconexión digital y la obligación de respetar los tiempos de descanso de los trabajadores o, como se ha detallado, en los tiempos de recuperación durante bajas laboral, se convierte en un elemento determinante para decidir el momento en el que la trabajadora debe darse por notificada respecto de una comunicación de la empresa remitida a su dirección de correo electrónico corporativo. Así pues, reincidiendo

en lo ya señalado, nunca comenzará el plazo de caducidad de la acción hasta que el trabajador abra dicho *e-mail*, por lo que la fecha del envío deja de ser determinante para serlo la fecha de apertura del mismo que, por aplicación del artículo 88 de la LOPDPGDD, puede ser realizado en tiempo de trabajo al no estar el trabajador obligado a atender o responder a esas comunicaciones fuera de su jornada laboral, bien porque haya finalizado, bien porque se encuentre de permiso o vacaciones o bien porque se encuentre de baja médica independientemente de su origen. En consecuencia, el tiempo que coincida con aquél en el que puede invocarse el derecho a la desconexión tecnológica debe considerarse inhábil a efectos del cómputo de los plazos de caducidad.

A continuación, conviene detallar un ejemplo de existencia de modificación sustancial tal y como se muestra en la STSJ de Galicia, 5240/2020, de 29 diciembre de 2020 (Rec. 3/2020) que trata el acuerdo de desconexión tecnológica y registro de jornada en la empresa *BBVA*. Según su contenido, se da la razón al sindicato gallego CIG y condena a la empresa a reponer a los trabajadores en sus condiciones anteriores al entender que la compañía, en este caso en concreto, llevó a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo encubierta dentro de la implantación de una herramienta informática para cumplir con el registro de jornada y en materia de desconexión digital.

En este mismo plano, también debe subrayarse la SJS 3 de Palma de Mallorca de marzo de 2020 por la que se admite el registro horario que ofrecen las conexiones de los ordenadores. Más en concreto, se condena a la empresa por exceso de jornada, habiendo cometido dos infracciones graves (en grado máximo). El fallo se refiere a un caso anterior a la entrada en vigor del señalado registro de jornada, pero introduce una novedad aplicable a la nueva normativa del control de jornada: la jueza admite el registro que ofrecen las conexiones de los ordenadores de los empleados, con lo que la mera constancia de que el dispositivo ha estado encendido un número de horas presume que todo ese tiempo constituye jornada de trabajo. En este caso, se trató de las conexiones realizadas a dos programas que, a juicio de la jueza, demuestran el exceso de jornada.

Al abrigo de lo anterior, así mismo pueden destacarse dos sentencias interesantes que ponen sobre la mesa posibles problemas informáticos de la empresa y con ello de desconexiones hacia el trabajo de sus empleados, como también cursos de formación y su retribución [con similitudes a la señalada STSJ de Madrid 962/2020, de 11 de noviembre (núm. rec. 430/2020)], todo relacionado con el registro de la jornada de trabajo. La obligación de registro y las modalidades de desconexión son dos aspectos básicos y fundamentales que deben ser considerados al unísono.

En esta misma tarea de recorrer la jurisprudencia española, ha de reflejarse el caso tratado en la SJS (núm. 6) de Oviedo, 7649/2021, de 22 de noviembre de 2021 (núm. rec. 774/2021), reafirmada por la SJS de Gijón 7609/2021, de 9 de 12 de diciembre de 2021

(núm. rec. 621/2021). De acuerdo con estas sentencias, la utilización de dispositivos de comunicación mediante teléfono móvil, *WhatsApp* o correo electrónico, para recibir o transmitir noticias, datos o información relativas al trabajo, no constituye vulneración alguna del derecho a la desconexión digital. En particular, se descarta la existencia de una transgresión del derecho a la desconexión tecnológica si el trabajador es incapaz de acreditar que la empresa le envió un *WhatsApp* en su tiempo de descanso. Aquí, el trabajador que pueda sentir fatiga informática ha de recabar todas las pruebas posibles para demostrar el momento temporal exacto en que la empresa le manda comunicaciones a través del programa de mensajería instantánea. En base a esta máxima, existen ciertas actividades que se realizan fuera de lo locales (por ejemplo, conductores) donde las empresas tienen la necesidad de comunicar a los trabajadores circunstancias tales como modificación de horarios, cambio de rutas asignadas, sustituciones por circunstancias especiales como pueden ser bajas laborales, permisos o ausencias por cualquier motivo, o cualquier otra circunstancia de la que sea preciso informar de manera directa y urgente al trabajador; situación que ninguna relación guarda con la utilización de tales medios de comunicación para que el trabajador, fuera de su horario laboral, desempeñe algún tipo de actividad relacionada con su trabajo, que es a lo que se refiere el derecho a la desconexión digital. Dicho de otro modo, no debe confundir el derecho a la desconexión digital con la existencia de una línea o medio de comunicación entre empresa y trabajadores legitimado por ambas partes de la relación laboral. Por ejemplo, correos electrónicos, o *WhatsApp* tan habituales para recibir o transmitir información referida a la actividad laboral y no para el desarrollo del trabajo. De este modo, el trabajador no puede alegar la vulneración del señalado derecho con un medio de comunicación legítimo y del que no ha mostrado oposición alguna a su utilización en el trabajo o fuera de él⁷.

En otro orden, el Juzgado de lo Social número 4 de Santander, declaró como improcedente el despido disciplinario de un teletrabajador (prestaba servicios de “*call center*” desde su domicilio) debido al incumplimiento de las horas de trabajo, desconectarse antes de la finalización de su jornada y no justificar dichas desconexiones. El trabajador basó la impugnación del despido, en múltiples fallos del sistema, los cuales, los puso de manifiesto

.....

7 A estos efectos, la señalada sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo es ilustrativa al sintetizar esta cuestión de acuerdo al siguiente tenor literal: “En una era digital como en la que nos encontramos, las comunicaciones escritas están siendo sustituidas de manera progresiva y generalizada por las de tipo digital, de manera que lo que antes era un buzón de correos donde se depositaban las comunicaciones, ahora hay un buzón digital en el que se depositan las mismas; y del a misma manera que antes el trabajador era libre de abrir o no el correo físico, ahora también es libre de abrir o no el buzón digital, de manera que si la empresa le remite un mensaje por *WhatsApp* o por correo electrónico, y el demandante los abre, implícitamente está admitiendo la legitimidad de tal medio de comunicación; cuestión distinta es el contenido de los mensajes, ya que una cosa es el medio de transmisión y otra distinta el contenido que se comunica, al cual el trabajador puede hacer caso o no; pero lo que se está analizando en este apartado es la legitimidad de la empresa para enviar mensajes por esos medios telemáticos a los trabajadores, lo que a tenor de lo dicho no supone vulneración de derecho fundamental alguno”.

a su empresa. Una argumentación verosímil en tanto probó con indicios más que suficientes a través de pantallazos y mensajes cómo quedaba evidenciado que el trabajador ponía en conocimiento de la empresa los problemas de conexión. Y no solo ello, una compañera del demandante, que compareció en la vista como testigo, ratificó dichos constantes fallos de conexión. En suma, el juez determina que no queda acreditada la voluntariedad en la desconexión, lo que aboca a calificar el despido como improcedente. Así, la desconexión digital del trabajador en horas de trabajo no puede suponer una represalia empresarial (despido o sanción disciplinaria) si se demuestra que ha sido por motivos ajenos a la voluntad del mismo en tanto que se pueda evidenciar los problemas en la red y en la conexión a *Internet* o a aplicaciones de trabajos como “*call center*”. Adherido a estos problemas de conexión, conviene citar la sentencia número 104/2021 de la AN de 10 de mayo de 2021 que da respuesta a una duda común de los teletrabajadores, esta es, si deben recuperar el tiempo de trabajo perdido como consecuencia de problemas de conectividad, en el suministro de luz, o cualquier otro problema técnico que les impida el desarrollo de su actividad laboral. Así, la sentencia de la AN señala en su fallo “que, caso de producirse dentro de la jornada prestada en teletrabajo incidentes debidos a desconexiones que impidan la prestación, por ser imprescindibles para la misma, como cortes en el suministro de luz o conexión de *Internet*, ajenos a las personas trabajadoras, la empresa compute el tiempo que dure aquél como tiempo efectivo de trabajo, sin que deban recuperar ese tiempo ni sufrir descuento alguno en sus retribuciones, siempre y cuando se aporte justificación de la empresa suministradora del servicio de que se trate sobre la existencia y duración de la incidencia”. Una sentencia de la que cabe recurso y que puede llegar al Alto Tribunal, mientras tanto, bajo estas circunstancias, siempre que se acrediten estos fallos de conectividad, por lo general se computará como tiempo efectivo de trabajo, aquel en que no pueda prestarse servicios en modalidad de teletrabajo como consecuencia de problemas de conectividad, suministro o mal funcionamiento de los medios de trabajo no imputables a la persona teletrabajadora. Obviamente todo ello no sirve de nada sin la implantación de sistemas de registro de jornada que acrediten de forma fehaciente el inicio y finalización de la jornada, o de sistemas de desconexión digital. En este sentido, como aviso a las empresas obligadas en la implantación de estos sistemas, el registro de jornada que implanten no deberá reflejar descuento del tiempo de trabajo que no se realice actividad como consecuencia de estos problemas.

Desde este mismo marco, más recientemente, el TSJ Madrid (Social), sec. 6ª, de 24 de enero de 2022 (nº 26/2022, rec. 872/2021) declaró como procedente por transgresión de las reglas de buena fe y la diligencia, el despido de un teletrabajador que incumplió el deber elemental básico de realizar la tarea laboral encomendada porque se desconectaba injustificadamente durante su jornada; motivo por el que no se ajustaban a la realidad sus

fichajes horarios. Fue considerada esta actuación como un incumplimiento muy grave por su contenido y reiteración. Según determina la sentencia, resultó irrelevante que la empresa, por un lado, no acreditase los perjuicios sufridos que se presuponía por los salarios abonados sin contraprestación y, por otro lado, no advirtiese al trabajador, pues no había tolerado previamente ese comportamiento irregular. Más en particular, se confirma la sentencia de instancia que calificó de procedente el despido de una teletrabajadora, una profesional de soporte de tecnología. La empresa acreditó en juicio la imputación realizada en la carta de despido, donde se recogía un análisis pormenorizado de los registros de jornada y las desconexiones y conexiones del ordenador de la trabajadora. Figurando importantes períodos de inactividad registrados como de trabajo efectivo, sin justificación. Este incumplimiento muy grave que se reiteró durante el año 2021. Con todo, resulta irrelevante, que no se haya acreditado el daño empresarial, este es incuestionable, pues estaba abonando salarios sin recibir la contraprestación acordada. La STSJ de Madrid, finalmente, recuerda que la empresa no está obligada a imponer una sanción previa, inferior al despido, a modo de advertencia. Solo está obligada a advertir cuando se trata de un comportamiento irregular que había sido tolerado por el propio empresario.

Por otra parte, la STSJ de Madrid 2517/2022, de 21 de febrero de 2022 (núm. rec. 20/2022) subraya que, el derecho laboral en España, opera durante las vacaciones; por consiguiente el trabajador en dicho periodo no tiene la obligación de comprobar su correo electrónico corporativo⁸. En apretada síntesis, de acuerdo con esta sentencia del TSJ, queda justificado sin dudas que, ignorar los correos electrónicos durante los días de descanso, es un comportamiento acorde al derecho a la desconexión tecnológica del trabajador y a la protección de la fatiga digital.

De acuerdo a los hechos detallados en el pronunciamiento judicial, el trabajador, técnico de servicios de asistencia, fue cesado en septiembre de 2020, en la carta, la empresa le recriminó que unos meses antes, en julio, ignorara varios *e-mails* en los que se le instaba a pasar la revisión de la furgoneta de la empresa. En total, recibió cuatro correos: dos en julio y otros dos en agosto. Sin embargo, el trabajador recibió el primer mensaje el día anterior a comenzar sus vacaciones, que se alargaron desde el 10 de julio hasta el 17. Durante ese tiempo, no consultó el *e-mail*. Unos días después, y con el empleado ya reincorporado,

.....

8 Concretamente, el juez ratifica la improcedencia del despido por varios motivos siendo, uno de ellos, el relativo a la vulneración del derecho a la desconexión digital en el trabajo. Con más detalle, “el 29 de julio de 2020, el trabajador tuvo un accidente, permaneciendo en situación de baja médica, hasta el 1 de agosto de 2020 y, del 2 al 17 de agosto de 2020, estuvo de vacaciones. Por lo tanto, el correo del 3 de agosto no tenía que ser atendido, pues se envió en vacaciones, lo que no es acorde al derecho a la desconexión digital del trabajador”. En otras palabras, el trabajador no atendió a un mensaje a través del correo electrónico corporativo durante sus días de descanso. El hecho de no atender al *e-mail* mandado, junto a otros motivos (pasar la revisión de la furgoneta de empresa y ciertos tratos con clientes), provocaron, a ojos de la empresa, un acto de indisciplina y de desobediencia en el trabajo. Particularmente, la Sala de lo Social del Tribunal de Madrid descarta, que dicha conducta del trabajador (no atender al *e-mail*) pueda ser motivo de sanción disciplinaria al estar amparada por el derecho a la desconexión digital en el trabajo.

la empresa le mandó otro mensaje preguntándole si había llevado el coche a revisión, pero el trabajador no llegó a responder porque, al poco de volver al trabajo, tuvo un accidente y estuvo de baja médica hasta principios de agosto, que luego encadenó con otras dos semanas de vacaciones estivales. Volvió oficialmente el 18 del mismo mes. Ese día, la empresa le mandó un mensaje recordándole que tenía que pasar la señalada revisión, lo que finalmente hizo el día 26; más de mes y medio después.

En suma, mediante esta sentencia se declaró improcedente el despido de un trabajador que, según su empresa, faltó al deber de responder a un correo urgente durante sus vacaciones y desobedeció una orden. Según el fallo “el empleado no tenía ninguna obligación de responder a la correspondencia amparado por el derecho a la desconexión digital”.

Con todo, queda patente cómo los *e-mails* recibidos no pueden equipararse a una orden empresarial cuyo incumplimiento justifique el despido. Y particularmente, el enviado estando el trabajador de vacaciones, sobre el que el trabajador no tenía ninguna obligación de responder por no ser acorde al derecho a la desconexión digital del trabajador. Del mismo modo que no son merecedoras de la sanción de despido el resto de las causas alegadas, como no haber mantenido la furgoneta en las condiciones adecuadas para su uso o por haber realizado inadecuadamente su prestación de servicios, provocando quejas de clientes. En la carta de despido disciplinario, la empresa imputa el deplorable estado de conservación en el mantiene el vehículo de empresa puesto a su disposición y que un cliente llamó a la empresa para manifestar que, tras aproximadamente una hora de funcionamiento, después de la reparación, la máquina había vuelto a estropearse, pero ninguna de estas imputaciones es lo suficientemente grave y culpable del trabajador, además, no consta la causa por la que dejó de funcionar la máquina. En cuanto al resto de supuestas quejas de clientes, la empresa no prueba que sean reales y en general, no acredita ningún comportamiento muy grave encuadrable en la relación de conductas tipificadas como faltas muy graves del Convenio Colectivo Estatal de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal, que resulta de aplicación, ni constituyen tampoco ni transgresión de la buena fe contractual, ni abuso de confianza, ni desobediencia, por lo que el despido se confirma que fue improcedente.

Fruto de la situaciones generalistas que invalidan el derecho laboral a la desconexión digital, alegando cuestiones objetivas y de urgente necesidad, las cuales, todo hay que decirlo, no ayudan a la desconexión digital ni, por ende, a la mayor protección de la fatiga informática en el trabajo, se ha manifestado la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) en su sentencia 1132/2022, de 22 de marzo de 2022 (núm. rec. 33/2022). Con arreglo a sus conclusiones, declara como nula una cláusula incluida en un acuerdo de trabajo a distancia (teletrabajo) que determinaba las supuestas “circunstancias excepcionales”. La cláusula del acuerdo en concreto era ésta: “El Trabajador tendrá derecho a no atender

dispositivos digitales, cuando su jornada laboral hubiese finalizado, salvo que concurren las circunstancias de urgencia justificada señaladas en esta cláusula. Se considerará que existen circunstancias de urgencia justificada en situaciones que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del Trabajador”. Esta cláusula, cumple lo aclarado en líneas anteriores: la falta de concreción de estas circunstancias puede acarrear que el trabajador sufra un agotamiento digital debido a que, las empresas, pueden realizar comunicaciones encomendando tareas fuera del tiempo de trabajo a su personal, simplemente bajo su criterio unilateral de “circunstancias de urgencia” y que requieren ser atendidas de inmediato. En consecuencia, la sentencia declara dicha cláusula nula por abusiva en el sentido siguiente: “obvio es, que ningún derecho presenta perfiles absolutos desde el momento en que su ejercicio convive con otros derechos que ocasionalmente pueden contraponerse, pero los límites al derecho a la desconexión digital en el teletrabajo no los puede establecer unilateralmente el empresario, sino que, como indica el art. 88 LOPDPGDD, se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. A espera de que se pronuncie el TS, esta sentencia de la AN adquiere una gran relevancia en aras de la formalización de acuerdos de trabajo a distancia. En apretada síntesis, de forma pionera, acentúa un problema que arrastra la normativa vigente española y que justifica la necesidad por parte de las empresas de negociar de buena fe con los representantes de los trabajadores, las circunstancias urgentes por las que los trabajadores pueden ser agraviados en su fatiga informática. Con otras palabras, debido a la gravedad de los riesgos laborales derivados de la conectividad permanente en el uso de las TIC, se ha de dar prevalencia al derecho a la desconexión, y que las posibles limitaciones que puedan establecerse al mismo, además de ser restrictivas han de ser acordadas por vía convencional (no en una suerte de “acuerdos individuales en masa”) por lo que, la sentencia no al haberse cumplido el trámite negociador, declara la nulidad de la mencionada cláusula.

Luego, a caballo de lo señalado con anterioridad al respecto del registro obligatorio de la jornada, en este caso, con arreglo a la Sentencia del Tribunal Supremo 1434/2022 (Sala de lo Social) de 05 de abril de 2022 (núm. rec. 7/2020), se aprecia perfectamente de nuevo, el binomio que forman el derecho a la desconexión digital y el registro de la jornada. Ambas cuestiones han de ser tratadas en su conjunto en la empresa, por ejemplo, en la elaboración de la política interna o en la firma de acuerdos de empresa. En la demanda de conflicto colectivo presentada en suplicación por la parte trabajadora, se pretende (sin éxito) declarar nula la cláusula que determina un factor corrector genérico, de 2 horas/día en jornada partida y 30 minutos/día en jornada continuada. Este factor corrector pretende contemplar a título ilustrativo y no exclusivo ni excluyente, descansos, pausa para

la comida y/o desayuno, permisos no retribuidos, cualquier clase de pausa o descanso, etc. Desde esta perspectiva, se recoge parte del contenido que esgrime la patronal que casa con el binomio arriba señalado: “En línea con el acuerdo, registraremos la jornada forma sencilla calculando como de entrada el acceso a los sistemas a través del ordenador y como hora de la salida, la desconexión a los sistemas al final de la jornada. A la suma diaria del total se le aplicará un factor corrector para compensar las pausas y el horario de comidas, donde no siempre se apagan los dispositivos. Creemos que esta fórmula nos permite seguir disfrutando de la flexibilidad que nos caracteriza, evitando tener que registrar en cada momento las interrupciones que se pueden tener durante la jornada, sin necesidad de modificar el hábito de dejar las desconexiones abiertas durante las pausas y manteniendo a la vez nuestra flexibilidad, incluyendo el *flexwork*. Para el éxito de esta fórmula, será imprescindible siempre dejar apagado el ordenador al finalizar la jornada....”.

En fin, pese a que se pretendía conseguir un factor corrector de mayor duración, creo que la decisión del TS es acertada para conseguir también aunar la flexibilidad con el registro y la desconexión digital, el caballo de batalla más importante en estas materias.

4. CONCLUSIONES

Del examen de lo señalado en este artículo, se refuerza la idea de que es necesaria la puesta en marcha de una norma que regule de forma más desarrollada el derecho a la desconexión digital, con especial atención al teletrabajador y a la consideración de los señalados “sistemas de gestión de disponibilidad”: en estas circunstancias las medidas preventivas y prácticas para evitar la sobrecarga digital deben ser más reforzadas. Y ello porque, sucintamente, el tiempo de prestación de servicios en régimen de teletrabajo que se añada sobre la jornada presencial debe ser considerado tiempo de trabajo y adicionarse al tiempo presencial para calcular la jornada realizada. Mientras tanto, con la normativa vigente la política de desconexión tecnológica elaborada por empresa y trabajadores, así como en caso de existir, el Convenio Colectivo, han de contener los cargos, los sistemas de guardias y complementos personales, las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión, las acciones de formación y sensibilización (incluidas determinadas píldoras informativas) para que, de forma desarrollada, gestionen eficazmente el derecho laboral y protejan a su personal de los factores de riesgo psicosocial, físico y ambiental (o medioambiental) propios de la fatiga informática en el trabajo.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Confilegal (2021): El derecho a la desconexión digital no es absoluto, según las primeras sentencias. Recuperado de: <https://confilegal.com/20211020-el-derecho-a-la-desconexion-digital-no-es-absoluto-segun-las-primeras-sentencias/> [Consulta a 28 de marzo de 2022].
- Lahera, J. (2019): ¿Es solo márketing el derecho a desconectar? Recuperado de: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/01/29/companias/1548776510_626973.html [Consulta a 28 de marzo de 2022].
- Molina, C. (2017): Jornada Laboral y Tecnologías de la Infocomunicación: desconexión digital, garantía al descanso. *Temas laborales*, núm. 138/2017. Págs. 249-283.
- MONREAL, E.J. (coord.), Thibault, J. (coord.) y Jurado, A. (coord.) (2020): *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo Blanch.
- Pérez, A.I. (2019): La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral? *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LII (2019) 101-124 / ISSN: 1133—3677, p. 18.
- Reche, N. (2019): La Desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad. *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, [en línea], 2019, n.º 3, pp. 31-54, <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/362118> [Consulta: 4-06-2020].
- Salanova, M. et al. (2007): La adicción al trabajo, NTP 759, INSHT, 2007.
- Trujillo, F. y Toscani, D. (2020): *La desconexión digital en el trabajo*. Aranzadi Thomson Reuters y Universidad de Valencia.
- Trujillo, F. (2021a): *La desconexión digital en el ámbito laboral (2ª edición)*. Tirant lo Blanch.
- Trujillo, F. (2021b): Un comentario a la luz de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de noviembre (núm. rec. 430/2020). *Revista Derecho Social*, Bomaerzo, 92.
- Trujillo, F. (2021c): La promoción profesional no debe ponderar el derecho a la desconexión digital de los trabajadores. *Revista Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 159, 2021. ISSN: 0213-0750.
- Trujillo, F. (2022a): *La fatiga informática en el trabajo*. Bomaerzo, España.
- Trujillo, F. (2022b): Los plazos de caducidad a ojos del derecho a la desconexión digital en el trabajo”, *Revista Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 162.

UGT (2021): Comentarios. Sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid (Sala de lo Social) 962/2020, de 4 de noviembre (Nº de Recurso: 430/2020). Curso de formación online y desconexión digital. Recuperado de: <https://servicioestudiosugt.com/sentencia-tsjm-sala-de-lo-social-2020-desconexion-digital/> [Consulta a 28 de marzo de 2022].

ALGORITMOS, PSICOMETRÍA Y DERECHOS DEL YO INCONSCIENTE DE LA PERSONA EN EL ÁMBITO SOCIO-LABORAL

*ALGORITHMS, PSYCHOMETRY AND RIGHTS OF THE UNCONSCIOUS SELF OF
THE PERSON IN THE SOCIO-LABOR FIELD*

IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ

Profesor Agregado. Acreditado a Catedrático.

Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

Fecha de recepción: 3/2/2023

Fecha de aceptación: 8/3/2023

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA AUTOMATIZACIÓN COMO MEDIO DE CORRECCIÓN DEL ERROR HUMANO Y COMO FUENTE DE RIESGO. 3. EL HOMO SAPIENS NO ES INFALIBLE: LA GESTIÓN ALGORÍTMICA (OPORTUNAMENTE UTILIZADA POR LA INTELIGENCIA HUMANA) PUEDE AYUDARNOS. 4. PSICOMETRÍA Y DERECHOS DEL «YO INCONSCIENTE DE LAS PERSONAS» (YIP). 4.1. Psicometría y patrones conductuales emergentes. 4.2. ¿Los derechos del yo inconsciente de la persona como antídoto? 4.3. El ámbito socio-laboral como zona cero. 5. VALORACIÓN FINAL.

RESUMEN: La inteligencia artificial nos ayuda a gestionar todo tipo de decisiones y con una eficacia creciente. En el contexto del trabajo subordinado, se espera que el uso de asistentes informacionales alimentados por algoritmos predictivos crezca exponencialmente, describiendo la antesala de la sociedad del futuro. El empleo de esta tecnología, en contrapartida, está posibilitando una cartografía humana exhaustiva. Nuestras intenciones, emociones y estados de ánimo ya pueden ser *leídos*. Este acceso al patio trasero neuronal

describe un nuevo desafío porque estas máquinas están acumulando capacidad para aguijonear la mente, acceder al yo inconsciente y condicionar subliminalmente el comportamiento. Asumiendo que el 95 por ciento de nuestra actividad cerebral discurre por debajo del nivel consciente, la amenaza que nos acecha merece una respuesta contundente y sin dilación. En pleno debate internacional sobre los neuroderechos, este estudio sugiere la necesidad de crear, de forma diferenciada, un escudo frente a las intromisiones por debajo de la conciencia: los derechos del yo inconsciente de las personas.

ABSTRACT: Artificial intelligence helps us manage all kinds of decisions with increasing efficiency. In the context of subordinate work, the use of informational assistants powered by predictive algorithms is expected to grow exponentially, describing the antechamber of the society of the future. The use of this technology, in return, is enabling a comprehensive human mapping. Our intentions, emotions, and moods can now be *read*. This access to the neuronal backyard poses a new challenge because these machines are accumulating the ability to goad the mind, access the unconscious self, and subliminally condition behaviour. If 95 percent of our brain activity occurs below the conscious level, the looming threat deserves a resounding and immediate response. Amid an international debate on neuro-rights, this study suggests the need to create, distinctively, a shield against intrusions below consciousness: the rights of the unconscious self of individuals.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial, protección de la mente inconsciente.

KEY WORDS: Artificial intelligence, protection of the unconscious mind.

1. INTRODUCCIÓN

El avance tecnológico está acelerándose de tal modo que está alcanzado cotas quiméricas. Entre otras innovaciones, la senda hacia la decodificación de los procesos mentales más profundos del ser humano parece que es un objetivo, en cierta medida, al alcance. Aunque todavía estamos lejos de observar lo que está detrás del *velo de la evolución*, el uso de *big data* y la estadística computacional están abriendo las puertas hacia estratos de nuestro cerebro hace unas décadas inimaginables.

No obstante, los escenarios transhumanistas de uso generalizado de lo que se conoce como *interfaces cerebro-ordenador* (*Brain-Computer Interfaces – BCI*) todavía quedan muy lejos. Estos instrumentos ya permiten la comunicación directa y bidireccional entre el cerebro y un dispositivo y también tenemos a nuestro alcance objetos portátiles (*wearables*), de todo tipo, con capacidad para leer la actividad del sistema nervioso periférico al tocar la cabeza o el cuerpo de una persona¹. Aunque el uso de estos dispositivos es, hoy por hoy, testimonial (y, principalmente, terapéutico), el impulso de la ciencia y la industria es de tal entidad que se espera una expansión sin precedentes (en este sentido, lo que se conoce como *metaverso* o realidad virtual inmersiva podría ser una de estas manifestaciones privilegiadas). Pero al margen de este proceso (o en paralelo), lo cierto es que la estructura computacional ubicua y la recopilación y tratamiento de lo que se conoce como *excedente conductual* (incluidos los metadatos o las *migajas digitales*) ya permite el acceso a las intenciones, emociones y decisiones de las personas. Este fenómeno, que tampoco se ha desplegado en toda su potencialidad, muestra signos amenazantes, en tanto que atesora capacidad suficiente para agujonear en el *yo inconsciente* de las personas e, incluso, perfilar su comportamiento. Para que pueda percibirse la dimensión de este riesgo, téngase en cuenta que el 95% de nuestra actividad cerebral rige por debajo del nivel consciente². El problema es que no nos percatamos porque la interacción entre la mente consciente y el comportamiento inconsciente es sumamente compleja.

Esta intromisión, tan inaudita como invasiva, sugiere la necesidad de articular mecanismos jurídicos para proteger a las personas. Y, aunque todo apunta a que la onda expansiva de este fenómeno afectará a la sociedad en su globalidad (es difícil pensar que algún

.....

1 YUSTE, R. y GOERING, S., “Four ethical priorities for neurotechnologies and AI”, *Nature*, vol. 551, 2017, 159 y 160.

2 EAGLEMAN, D., *Incógnito*, Anagrama, 2022, p. 18.

ámbito quede libre de su impacto), el entorno profesional y del trabajo, dada la confluencia de fuerzas e intereses concurrentes, podría acabar siendo la *zona cero*.

El propósito de este trabajo³ es abordar esta problemática, distinguiendo, en su iter expositivo, dos estadios o etapas diferenciadas. En efecto, en primer lugar, se propondrá una breve descripción de la secuencia de factores que podrían explicar cómo se ha llegado al momento actual. El acopio de numerosas evidencias sobre esta *racionalidad limitada* del *homo sapiens* (es decir, su carácter sistemático) ha alimentado una corriente de pensamiento que sostiene que las personas necesitan ayuda heterónoma para alcanzar lo que *verdaderamente* desean (y que no son capaces de conseguir por sus propios medios). Y, todo parece indicar que la asistencia automatizada es, hoy por hoy, *la elegida* para complementarnos. De ahí la creciente suplantación del juicio humano en la toma de ciertas decisiones por parte de las máquinas. La particularidad del momento es que, en este proceso (*a priori* pensado para mejorar nuestra calidad de vida), nuestro *yo inconsciente* podría ya estar siendo víctima de un *pastoreo* intolerable.

Esta exposición será el punto de partida de la segunda parte de este estudio anunciada. En concreto, se valorará la necesidad de articular un escudo jurídico que (a modo de cortafuegos) sea capaz de evitar esta intromisión. No obstante, la sutileza e imperceptibilidad de estos ataques y el poder que su control generaría describen una amenaza sin precedentes. Por este motivo, surge la necesidad de sondear si los instrumentos a nuestro alcance podrán contener con efectividad estos embistes, o bien, debemos pensar en otros. Aunque se trata de una cuestión que se encuentra en pleno debate internacional, en este contexto podrían cobrar protagonismo lo que podrían calificarse como derechos del *yo inconsciente de las personas* (o, en su denominación más conocida – aunque a mi entender menos precisa –, *neuroderechos*). El estado de la ciencia al respecto, la exposición de las primeras propuestas planteadas y el *tanteo* prospectivo de su posible impacto en el ámbito socio-laboral culminará el análisis que este trabajo persigue.

A la luz de lo expuesto, es obvio que el objeto de este estudio se caracteriza por una provisionalidad e incertidumbre extremas. Muchos problemas hoy sólo podemos intuirlos y/o especular sobre ellos. Como ha sucedido con todas las revoluciones tecnológicas precedentes, el desconocimiento del curso que acabará tomando la técnica y los riesgos que llevará aparejados, nos enfrenta al reto de imaginar *proactivamente* y *en el presente* el marco normativo del futuro incierto. Desde este punto de vista, este trabajo tiene un propósito meramente exploratorio y, por ende, muy modesto, pues, a modo de *globo sonda*, sólo aspira a palpar los límites *imaginables* a nuestro alcance.

.....

3 El contenido de este artículo es una versión reducida (adaptada a la limitada extensión de una publicación de estas características) de la ponencia presentada en el Congreso *La tecnología y la digitalización en las relaciones Laborales: personas y competitividad* (y que tuvo lugar en la Universidad de Valencia el 17 y 18 de noviembre 2022).

2. LA AUTOMATIZACIÓN COMO MEDIO DE CORRECCIÓN DEL ERROR HUMANO Y COMO FUENTE DE RIESGO

La estadística computacional (que no, todavía, *inteligencia* artificial – al menos, en el sentido humano del término) ha adquirido un protagonismo creciente en la toma de decisiones y, en un número creciente de ámbitos, aspira a relegar a un segundo plano al juicio humano. Y lo ha hecho, en especial, gracias a dos factores principalmente: por un lado, gracias a la concepción liberadora del esfuerzo que el avance de la técnica, a lo largo de los siglos, ha facilitado al ser humano; y, por otro lado, a través de los avances de la psicología y la economía conductuales y las evidencias sobre el carácter *frágil e imperfecto* del pensamiento humano (su racionalidad limitada)⁴. Ante la convicción de que el ser humano tiene una tendencia irreprimible a tomar decisiones inconsistentes y/o perjudiciales para sí mismo, se está consolidando la idea de que la tecnología es el mejor protector frente a uno mismo. Esta *automatización cognitiva* está desplazando nuestra capacidad de juicio y decisión hacia procesos de decisión heterónomos basados en lo siguiente: la datificación masiva (o minería de la realidad)⁵, la correlación estadística y el aprendizaje automático. Aunque son muchos los ámbitos en los que la tecnología, efectivamente, está mejorando en rendimiento cognitivo, no obstante, esta acelerada tendencia hacia la gestión algorítmica también describe escenarios inquietantemente sombríos. Los principales riesgos (entre otros) pueden sintetizarse como sigue⁶:

- Primero («no free lunch» e «ignorancia objetiva»): es difícil que podamos codificar todos los datos y/o bien que todos los problemas sean computables y/o bien que las máquinas sepan interpretarlos adecuadamente (por poner ejemplo, entre otros muchos, tienen muchos problemas para comprender la ambigüedad y el contexto del lenguaje natural). En efecto, dado que no podemos recopilar todos los datos relevantes, debemos tener muy claro que, con una mera porción de los mismos, no se puede predecir el 100% de los resultados posibles (es lo que se conoce como el teorema «no free lunch» – o, en una posible traducción: «nadie de duros a cuatro

4 ZUBOFF, S., *La era del capitalismo de la vigilancia*, Paidós, 2020, p. 397.

5 La era de los datos masivos (siguiendo con MAYER-SCHÖNBERGER, V. y CUKIER, K., *Big Data*, Turner Noema, 2013, p. 41) permite procesar ingentes cantidades de datos y, por este motivo, ya no tiene sentido recurrir a una muestra. De hecho, de lo que se trata es de recopilar todos los datos posibles y, cuando sea factible, absolutamente todos (incluso los erróneos). Esto es: «N = todo».

6 En este sentido, sintetizo parcialmente una parte de lo expuesto en BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “Nadie da duros a cuatro pesetas (transparencia algorítmica y representantes de los trabajadores: el nuevo art. 64.4.d ET)”. En *XXXII Congreso Nacional Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 987 – 1001.

pesetas»). Y esta limitación es particularmente acusada en lo que a la predicción del comportamiento humano se refiere, pues, se da la circunstancia de que, en este ámbito hay una gran cantidad de «ignorancia objetiva» (esto es, la imposibilidad objetiva de acceder a datos importantes limita la exactitud alcanzable de cualquier predicción)⁷. En paralelo, en la medida que los algoritmos se alimentan de datos del pasado, pueden tener problemas para detectar irregularidades o hechos que están *fuera de muestra*. Y tampoco puede obviarse que el aumento de datos provoca sobrecarga de información; y, con ella, se incrementa el ruido, las hipótesis a evaluar y el número de correlaciones débiles (o espurias), que pueden llevar a pronósticos desviados.

- Segundo («*garbage in, garbage out*»): hay numerosas pruebas de que los algoritmos pueden cobijar *sesgos ocultos*⁸. Por un lado, se corre el riesgo de que, sin pretenderlo deliberadamente, acaben reflejando los de sus programadores. Y, por otro lado, el entrenamiento de datos puede llevarse a cabo con información sesgada. Es lo que se sintetiza con la expresión: ‘*entra basura, sale basura*’ (o ‘*garbage in, garbage out*’ – *GIGO*).
- Tercero (*cajas negras tecnológicas*): las lógicas internas de algunos algoritmos (como los de aprendizaje profundo) se caracterizan por su opacidad (o su carácter indecifrible para los legos). En estas *cajas negras*, el rastreo y monitorización de las decisiones adoptadas es, en el mejor de los casos, *difícil*. De ahí que para este tipo de tecnología se clame por la implantación de instrumentos de transparencia que permitan su *traducción* al lenguaje humano. Sin esta transparencia y comprensibilidad, especialmente exigible en los algoritmos de aprendizaje profundo⁹, difícilmente, seremos capaces de *entender* sus decisiones (y podemos acabar siendo víctimas de las mismas).
- Y, cuarto («*Minority Report*»): la dependencia de las correlaciones puede llevarnos a articular sanciones (o castigos) a partir de meras propensiones alejadas de la causalidad. Esto es, en vez de ser «responsables por nuestras acciones pasadas», a partir de predicciones estadísticas de unas acciones futuras, podemos «acabar juzgando a las personas no por lo que han hecho, sino por lo que hemos predicho que harían». Y es obvio que esto supondría un replanteamiento profundo so-



7 KAHNEMAN, D., SIBONY, O. y SUNSTEIN, C. R., *Ruido*, Debate, 2021, p. 161.

8 DU SAUTOY, M., *Programados para crear*, Acantilado, 2020, p. 119.

9 DU SAUTOY (*Programados para crear, op. cit.*, p. 120), habla de *metalenguaje*.

bre la responsabilidad individual (y, condicionaría de forma determinante nuestra libertad)¹⁰.

Llegados a este estadio y tratando de extraer una valoración conjunta del efecto combinado de estos cuatro factores, es claro que no podemos subestimar su potencial dañoso. Y, por consiguiente, la expansión de esta tecnología tiene que ser dominada y moldeada. No obstante, también debemos ser muy conscientes de que, probablemente, dada su extraordinaria capacidad (y la que está por descubrir), ya no estamos en condiciones de renunciar a su uso (del mismo modo que tampoco podemos hacerlo con respecto a otros métodos que nos ayudan a mejorar nuestros juicios: como reglas matemáticas y/o estadísticas sencillas y, obviamente, también las más complejas). En efecto, como se expondrá a continuación, existen poderosas razones para pensar que, lejos de reprimirla, debemos potenciar el empleo de esta automatización (siempre que seamos capaces de hacerlo *con inteligencia*).

3. EL *HOMO SAPIENS* NO ES INFALIBLE: LA GESTIÓN ALGORÍTMICA (OPORTUNAMENTE UTILIZADA POR LA INTELIGENCIA HUMANA) PUEDE AYUDARNOS

El contenido del epígrafe anterior describiría un escenario especialmente sombrío si, víctimas de una ceguera profunda y/o de una ingenuidad aguda, dejáramos que esta tecnología se expandiera sin control ni límite alguno. A la espera de la definición del terreno de juego que la regulación (al menos) a nivel comunitario nos depare sobre la inteligencia artificial, y sin tratar de minusvalorar la gravedad de los riesgos que nos acechan, creo que también conviene tener en cuenta algunos factores sobre el juicio humano (y, de paso, nuestra condición) que podrían *exigir* el uso (responsable) de esta tecnología. Los principales factores (entre otros muchos) de forma sintetizada podrían ser los siguientes:

- *Primero (cajas negras biológicas)*: tendemos a valorar la capacidad (limitada) de los instrumentos computacionales (se les ha denominado como *sabio-idiotas*) partiendo del *supremacismo humano* y, en particular, nuestra infalibilidad. No obstante, aunque el ser humano es maravilloso y, como especie, hemos sido capaces de alcanzar cotas inimaginables, tampoco podemos olvidar que no somos inmunes al

.....

10 MAYER-SCHÖNBERGER y CUKIER, *Big Data*, *op. cit.*, p. 188, 216 y 217.

error (ni tampoco a otros comportamientos singularmente aberrantes y lesivos para nosotros mismos y nuestros semejantes). Además, pese a que los avances de la neurociencia son deslumbrantes, apenas hemos sido capaces de rascar en la superficie y, por ello, nuestro cerebro sigue siendo una caja negra. De ahí que muchos de nuestros juicios y comportamientos (incluso, los adoptados a nivel *consciente*), son inescrutables para terceros (e, incluso, pueden serlo para nosotros mismos). En este contexto, la delegación de ciertas funciones humanas a las máquinas podría contribuir a dar luz sobre juicios cuya explicabilidad se ve imposibilitada por la insondabilidad de nuestro cerebro. Así pues, si dejamos que nos complementen, podremos aspirar a una mayor transparencia en la toma de decisiones y, de este modo, combatir, por ejemplo, la arbitrariedad, la discriminación y/o la disparidad de criterios sin un motivo justificado.

- *Segundo (bolas de cristal defectuosas o chimpancés lanzando dardos): como se ha apuntado*, tendemos a desconfiar de la capacidad predictiva de los algoritmos. No obstante, olvidamos (con demasiada frecuencia) que, el cerebro humano funciona de un modo similar y, por consiguiente, puede ser víctima de idénticos (e, incluso, peores) errores. De modo que, en respuesta a estos posicionamientos más escépticos respecto de la fiabilidad de esta tecnología, conviene detenerse brevemente sobre los problemas para confiar plenamente en la capacidad predictiva humana.

En efecto, el papel de los expertos en la construcción de estos razonamientos y de las consiguientes predicciones es controvertido (por su discutible provecho), especialmente cuando se tratan de proyectar escenarios a largo plazo. En particular, porque crean apreciaciones inadecuadas de la incertidumbre y, consiguientemente, acaban favoreciendo el exceso de confianza; y, con él, precipitando cegueras colectivas sobre el riesgo. Las conclusiones de Philip TETLOCK al respecto son tan contundentes como clarividentes: «a medida que crece el saber experto, la seguridad de los analistas aumenta más rápido que la precisión de sus pronósticos»¹¹. A la luz de lo anterior, no debería sorprender que las predicciones de los analistas más insignes no salgan bien paradas: su capacidad predictiva es, a duras penas, superior a la de unos chimpancés lanzando dardos... (es decir, a la de generadores aleatorios de predicciones)¹².

Esta conclusión, por otra parte, tampoco debería sorprendernos. En especial porque, precisamente, el ser humano acudió a la estadística para gestionar el riesgo y la incertidumbre y, de este modo, tratar de superar nuestras carencias anticipa-



11 TETLOCK, P., *El juicio político de los expertos*, Capitán Swing, 2016, p. 80.

12 TETLOCK, *El juicio político de los expertos*, op. cit., p. 47, 91, 93 y 94.

torias *de serie*. Y, podemos acudir a *reglas numéricas* más o menos complejas para superar estas limitaciones. De hecho (como se ha apuntado), los algoritmos, por el momento, no dejan de ser una expresión exuberante de estadística computacional. Por este motivo (como hemos estado haciendo en el pasado reciente con versiones menos potentes de estas herramientas), pueden sernos de gran ayuda para identificar regularidades y hallar cierto *orden* frente a escenarios inciertos; eso sí, siempre que no se empleen de forma maximalista (el teorema *no free lunch* así lo ha evidenciado). No creo que sea *inteligente* que descartemos su uso (o lo vilipendamos). *Simplemente* se trata de no olvidar estas limitaciones y, como se ha apuntado (y tratando de acercarse a un hipotético punto de equilibrio), complementar esta tecnología con *inteligencia* humana.

- *Tercero (un futuro más predecible)*: lejos de la *utopía de certeza* a la que se refiere Shoshana ZUBOFF y que preconizan algunos devotos de la gestión algorítmica, lo cierto es que, como se acaba de apuntar, esta automatización puede ayudarnos a articular modelos del futuro mejores de los que somos capaces de crear por nosotros mismos. De hecho, en general, no sufrimos aversión algorítmica. Y, aunque están lejos de la predicción perfecta, hay motivos suficientes para afirmar que los juicios predictivos de los algoritmos pueden ser superiores a los que nunca seremos capaces de alcanzar. En cualquier caso, conviene dejar claro que esto último no significa que los algoritmos sean, de forma abrumadora, mejores que los juicios predictivos humanos. Aunque estos modelos son sistemáticamente mejores, no lo son mucho más: «no hay en lo fundamental pruebas de situaciones en las que, con idéntica información, las personas lo hagan muy mal y los modelos lo hagan muy bien»¹³.

En definitiva, no parece que podamos imaginar un futuro prescindiendo por completo de estas innovaciones (de hecho, posiblemente no sería sensato). Al contrario, lo más probable es que cada vez esté más profundamente imbricada en nuestras vidas. Y, precisamente, por este motivo, debemos exigir un uso responsable y conforme a los parámetros de un Estado de Derecho. La cuestión (que será objeto de análisis en el epígrafe que sigue) es si esta potente tecnología, a partir de estos juicios predictivos, está desvelando dimensiones de nuestra conducta hasta la fecha inescrutables; y, por consiguiente, debemos articular instrumentos de protección jurídica, paradójicamente, frente nosotros mismos (y, obviamente, frente a quienes aspiran a aprovecharse de este conocimiento).

.....

13 KAHNEMAN, D., SIBONY, O. y SUNSTEIN, C. R., *Ruido, op. cit.*, p. 160.

4. PSICOMETRÍA Y DERECHOS DEL «YO INCONSCIENTE DE LAS PERSONAS» (YIP)

La neurocientífica Lisa FELDMAN BARRETT afirma «entre neurociencia y el sistema jurídico hay una gran falta de sincronización en cuestiones fundamentales sobre la naturaleza humana. Estas discrepancias se deben abordar si queremos que el sistema jurídico siga siendo uno de los logros más importantes de la realidad social, y si queremos seguir protegiendo los derechos inalienables de las personas a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad»¹⁴.

La necesidad de materializar esta simbiosis podría acrecentarse con la irrupción de la estadística computacional. Especialmente porque lo cierto es que, *de algún modo*, estas herramientas están contribuyendo a desvelar ciertos patrones de nuestro comportamiento. En efecto, «los algoritmos de aprendizaje profundo reconocen rasgos de la programación humana, de nuestro código fuente, que todavía no hemos sido capaces de articular con palabras (...). Los programas informáticos han detectado rasgos que guían nuestras preferencias, y que podemos intuir, pero no articular»¹⁵.

Precisamente, la psicometría del ser humano (a la que me referiré en el epígrafe que sigue), y que está siendo posible gracias a la minería de la realidad, es la herramienta que podría estar posibilitando esta singular *desencriptación* de nuestro comportamiento más profundo. De hecho, la comprensión del cerebro humano se ha erigido en uno de los últimos bastiones a conquistar por parte de la economía de mercado y, en particular, de lo que se ha venido a llamar (ZUBOFF), el *capitalismo de la vigilancia*. En una nueva versión *mejorada* del conductismo de Burrhus F. Skinner (en este caso, calificable como *severo* y *digital*), se aspira a conducir el comportamiento y controlar los deseos mediante *estimulaciones* externas sofisticadas¹⁶. Y, como se apuntará a continuación, la psicometría humana es la vía para conseguirlo.

4.1. Psicometría y patrones conductuales emergentes

La psicometría, también conocida como *psicografía*, es un «procedimiento basado en datos para obtener un perfil de personalidad». El potencial de estas herramientas radica en

.....

14 FELDMAN BARRETT, L., *La vida secreta del cerebro*, Paidós, 2018, p. 306.

15 DU SAUTOY, M., *Programados para crear*, op. cit., p. 110 y 111.

16 Esta corriente de la psicología (hoy superada), como expone Ruth GRANT (*Los hilos que nos mueven*, Avarigiani, 2021, p. 231), en esencia, parte de dos ideas fundamentales: que la naturaleza de las personas es pasiva y moldeable; y que son las motivaciones extrínsecas las que exclusivamente disciplinan su conducta (y, por ende, ignorando completamente la influencia que puedan tener las motivaciones intrínsecas). De modo que el efecto combinado de ambos permite que el control de los estímulos presentes en el medio posibilite el del organismo en cuestión.

el hecho de que estos perfiles «psicométricos permiten predecir el comportamiento de una persona mejor de lo que podría hacerlo un amigo o un compañero». De hecho, «con suficientes datos, es posible incluso generar información más allá de lo que creemos saber de nosotros mismos»¹⁷.

En este contexto, el *smartphone* (aunque no sólo) juega un papel absolutamente medular, pues, como *informante* muy eficiente que vigila permanentemente a su usuario, lo convierte en «un dispositivo de registro psicométrico que alimentamos con datos día a día, incluso cada hora»¹⁸. Por este motivo (y, especialmente, desde el instante que se ha convertido en nuestra nueva *extremidad artificial*), «puede utilizarse para calcular con precisión la personalidad del usuario». En la actualidad, el *big data* y la estadística computacional operan como una «lupa digital que descubre el inconsciente oculto del agente tras el espacio consciente de la acción»¹⁹.

En efecto, los productos y servicios que proveen lo que se conoce como *capitalistas de la vigilancia* (como expone ZUBOFF a lo largo de su obra) son el *gancho* para extraer de nosotros los datos de nuestro comportamiento (el *excedente conductual*). Estos datos son utilizados para *fabricar* productos predictivos que son vendidos en mercados de futuros conductuales a las empresas clientes.

Aunque algunos datos, a través de la eufemística *personalización*, contribuyen a mejorar el servicio prestado (y así nuestra experiencia), el verdadero propósito es la apropiación despiadada de los datos *en la sombra* (los metadatos o *migas digitales*) que desvelan aspectos íntimos e imperceptibles de nuestra conducta²⁰. No obstante, en la actualidad, la antropometría digital a la que estamos subyugados, a través del flujo continuo de datos conductuales, nos somete a una intromisión profunda y sin precedentes, principalmente, con el siguiente propósito: una *publicidad dirigida*²¹.

Exprimiendo y rebañando esta información, se aspira a mejorar las técnicas predictivas y, así, satisfacer los intereses de terceros: los usuarios nos hemos convertido «en fines para los intereses de otros». Y cuantos más datos tengan de nosotros mejor para ellos. Pues, cuanto más precisas sean las predicciones, más elevado será su valor²².

La hipercompetitividad entre las empresas para captar nuestra atención y así extraer un excedente conductual mayor es tan despiadada que los diseñadores de estas estructuras «no han tenido más remedio que apelar a lo más bajo de nuestra naturaleza – dando aún mayor prioridad a nuestros impulsos sobre nuestras intenciones – y explotar el catálogo

17 Byung-Chul HAN, *Infocracia*, Taurus, 2022, p. 35 a 39.

18 Según los datos que recoge James WILLIAMS (*Clics contra la humanidad*, Gatopardo Ensayo, 2021, p. 94), «el usuario medio consulta su teléfono móvil 150 veces al día (y lo toca más de 2.600 veces al día)».

19 HAN, *Infocracia*, *op. cit.*, p. 22 y 23.

20 ZUBOFF, *La era del capitalismo de la vigilancia*, *op. cit.*, p. 256 y ss.

21 ZUBOFF, *La era del capitalismo de la vigilancia*, *op. cit.*, p. 96.

22 ZUBOFF, *La era del capitalismo de la vigilancia*, *op. cit.*, p. 472, 273 y 275.

entero de sesgos cognitivos para la toma de decisiones que la psicología y la economía conductual llevan compilando diligentemente durante las últimas décadas»²³. La caza de la atención humana es *la presa* y la industrialización digital de mecanismos de persuasión por debajo del nivel consciente cada vez más eficientes es el camino para alcanzarlo. Y la configuración de arquitecturas extractivas que precipiten hábitos de uso compulsivo difíciles de neutralizar por el usuario se ha convertido en el modelo de negocio dominante y la lógica del diseño de la red. Pero ya no sólo.

En efecto, el rastreo intensivo a través de las redes sociales y aplicaciones para móviles y ordenadores tiene, prioritariamente, un propósito publicitario y comercial. No obstante, colonizado el *mundo virtual* (con el acopio de un volumen de datos descomunal), el *mundo real*, a través del internet de las cosas y de la *inteligencia ubicua*, se ha convertido en el nuevo espacio de minería humana por explotar. Esto explica la expansión de las *SMART cities* y la creciente inversión en productos domésticos *SMART* (TV, neveras, aspiradoras, lavadoras, bombillas, lámparas, altavoces, alarmas, vigilabebés, termostatos, teteras, asistentes domésticos activados por voz, etc.), *wereables* (pendientes, relojes, pulseras, juguetes, ropa, etc.), vehículos autónomos hiperconectados, drones o la realidad aumentada²⁴.

No obstante, esta expansión no sólo se circunscribe al entorno exterior, sino que nuestro universo interior (personalidad, emociones complejas, etc.) también está siendo escrutado. Por ejemplo, la captación de nuestra voz es, hoy en día, uno de los frentes de batalla más cruentos («la caza mundial de terabytes de habla humana»²⁵). El botín, no es tanto lo que decimos, sino cómo lo hacemos: la estructura de nuestra habla e ideas, el vocabulario, la pronunciación, la entonación, la cadencia, la inflexión, el dialecto. Y, todo ello, para tener acceso a nuestras emociones y personalidad.

Esta diversificación de las arquitecturas extractivas aspira a garantizar unos nichos de producto, así como unas rutas y flujo constante de suministro (nuevas fuentes de excedente). Y, con este propósito, cualquier *aparato* (un vigilabebés, por ejemplo) puede ser la puerta de acceso a un espacio de privacidad virgen susceptible de tabulación y procesamiento. Esto es lo que está impulsando la inundación en los espacios públicos y privados de sensores computacionales automatizados.

En el fondo, con la idea de *entender lo que queremos* y proporcionárnoslo al instante, los capitalistas de la vigilancia exigen que no haya restricciones *territoriales* que limiten la caza de nuestros datos en la sombra. En síntesis (como si viviéramos en una casa con paredes de cristal), las condiciones de este nuevo paradigma es que ningún ámbito debe



23 WILLIAMS, *Clics contra la humanidad*, op. cit., p. 53.

24 Las notificaciones y la cuantificación son elementos del diseño que juegan con la ansiedad del usuario, creando pequeños *chutes dopamínicos* para provocar nuestra adicción.

25 ZUBOFF, *La era del capitalismo de la vigilancia*, op. cit., p. 355.

quedar eximido de este saqueo. Y, además, debe mantenerse la gratuidad de los suministros de materia prima, así como habilitar espacios inmunes (o cortafuegos) a la acción de la Ley²⁶.

La imperceptibilidad de esta actuación también es un propósito deliberado. En efecto, el capitalismo de la vigilancia persigue imbricar la omnisciencia digital en la vida diaria de forma tan íntima que, como si de un personaje invisible se tratara, consiga pasar totalmente desapercibida.

En su conjunto estos factores persiguen un claro propósito²⁷: alcanzar productos predictivos de alta calidad para acercarse a la certeza absoluta. De este modo, se reducen los riesgos de los clientes a quienes se vende nuestras *conductas futuras*. Así pueden dirigirse a ellos ofreciendo *resultados conductuales garantizados*.

La persecución de esta meta lleva inevitablemente a perseguir otro propósito: influir en la conducta real y conseguir que actuemos en consecuencia. Especialmente porque es la mejor garantía de que cualquier predicción se cumple. De ahí que anticiparse a nuestros deseos, influir y provocar la modificación real de nuestro comportamiento (en secreto y con ánimo de lucro) sean (originariamente) indisociables del capitalismo de la vigilancia. A la luz de lo anterior (y sin exagerar), este fenómeno pueda ser calificado como un proyecto de manipulación de voluntades a gran escala e inaudito²⁸.

En definitiva, las imperfecciones (o la *racionalidad limitada*) exploradas por la psicología y la economía conductuales son el pretexto para desvelar las leyes de la acción humana y, mediante el condicionamiento severo, anular todo desvío del comportamiento gregario²⁹. En cualquier caso, en la medida que el propósito es inferir en la conducta real, ciertamente sería un error pensar que estamos *simplemente* ante un estadio evolucionado de las formas ocultas de propaganda que, iniciando una nueva era de la publicidad, exponía hace décadas Vance PACKARD. En realidad, se trata de un salto que describe un nuevo orden de magnitud por lo siguiente:

- En primer lugar, porque la psicografía que se obtiene de esta información permite lo nunca antes alcanzado: un *microtargeting* con una granularidad tan fina que la personalización, literalmente, *a la carta* es ya una realidad. Conocer el psicograma de *cada una* de las personas se ha convertido en un propósito que, no sólo es posible, sino que está siendo perseguido crecientemente por empresas e instituciones.

.....

26 ZUBOFF, *La era del capitalismo de la vigilancia*, op. cit., p. 179 y 241.

27 ZUBOFF, *La era del capitalismo de la vigilancia*, op. cit., p. 137, 276, 313, 400 y 401.

28 WILLIAMS, *Clics contra la humanidad*, op. cit., p. 112.

29 ZUBOFF, *La era del capitalismo de la vigilancia*, op. cit., p. 490 y ss.

- En segundo lugar, porque la proliferación de la tecnología, relegando la privacidad a un reducto marginal, aspira a reducir nuestra capacidad reflexiva, presentándose a sí misma como una fuerza de la naturaleza inevitable (esto es, como *tecnologías de la perfección*). Y esta arquitectura de la ejecución, dirigida a moldear nuestro comportamiento a demanda, puede articularse a través de la gamificación, la empatía, la imitación y/o la sugestión; y,
- En tercer lugar, porque es obvio que con estas estrategias se cercena nuestra autonomía, la posibilidad de decidir nuestro rumbo. En definitiva, se nos coarta la incertidumbre y, por consiguiente, la posibilidad de disponer de alternativas entre las que elegir. En estas condiciones, y dado el impulso de estas fuerzas del mercado, el fin último es aguijonear en estas «capas prerreflexivas, instintivas y emotivas del comportamiento que van por delante de las acciones conscientes»³⁰. Este apoderamiento ya no sólo persigue un propósito comercial, sino que, por ejemplo, ya ha dado el paso hacia la *psicopolítica* (el escándalo de *Cambridge Analytica* podría ser una buena muestra). Develados ciertos patrones profundos del comportamiento humano, las posibilidades para, de forma subliminal, moldear sutilmente el flujo de comportamiento o directamente condicionarlo en beneficio de terceros, son opciones sobre las que ya se está trabajando a través de *empujoncitos digitales* que impulsen a las personas hacia los comportamientos concretos deseados. La meta de esta *economía de la acción* (y en función del objetivo específico perseguido), oscila entre conseguir cierta pérdida de autocontrol de los sujetos, hasta articular complejas matrices de refuerzos con el propósito de dirigir su conducta³¹.

Lo cierto es que el esfuerzo intelectual y económico para calibrarnos es astronómico y no tiene parangón. Una vez hemos sido perfilados, hemos entrado en un nuevo estadio en el que, «máquinas pronosticadoras crean y refinan continuamente una teoría sobre su personalidad y predicen lo siguiente que usted querrá hacer. Juntas, estas máquinas crean un universo único de información para cada uno de nosotros y cambian fundamentalmente el modo en que accedemos a las ideas y a la información»³². Es la *utopía de certeza* (a la que me he referido con anterioridad).

Y, para que vean que no se trata de meras especulaciones (o futuribles remotos), reparen que el art. 5.1.a) de la Propuesta de Reglamento en materia de Inteligencia Artificial ya describe el riesgo en estos términos (prohibiendo su existencia): «un sistema de IA que se

30 HAN, *Infocracia*, op. cit., p. 23.

31 ZUBOFF, *La era del capitalismo de la vigilancia*, op. cit., p. 398 a 400.

32 Eli PARISER citada por HAN, *Infocracia*, op. cit., p. 48

sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona para alterar de manera sustancial su comportamiento».

Quizás, a la luz de esta descripción y como se expondrá a continuación, deberíamos empezar a pensar seriamente en velar por nuestro *yo inconsciente*.

4.2. ¿Los derechos del yo inconsciente de la persona como antídoto?

Si la estadística computacional es capaz de detectar patrones conductuales emergentes que inciden en nuestra capacidad decisoria y, por ende, nuestro comportamiento, deberíamos, como mínimo, conocerlos. Es obvio que quien tenga esta información (y, además, obtenga una ventaja competitiva) no estará dispuesto a compartirla – o será muy reacio a hacerlo (y, no nos engañemos, también es difícil que las personas acaben ejerciendo el derecho que les reconoce el art. 22 del RGPD). De ahí que la intensificación de la protección legal sea determinante.

Adviértase que, desde el punto de vista jurídico, el propio concepto de *acto propio y voluntario* puede quedar en entredicho. En efecto, si la conducta es perfilada y/o inducida deliberadamente por terceros, ¿en qué medida puede afirmarse que se ha dado un consentimiento *consciente* y, por ende, vinculante? O bien, en este contexto de comportamiento heterónomo, quizás, tendríamos que plantearnos si deben rediseñarse las fronteras de la *culpa* y de la responsabilidad derivada de nuestros propios actos. Si, realmente, estamos hablando de herramientas *efectivas* que operan por debajo de nuestro nivel consciente, es posible que necesitemos un marco jurídico que (paradójicamente) nos dé amparo *frente a nosotros mismos* y, obviamente también, frente a quienes quieran aprovecharse de nuestros actos por debajo de dicho umbral. No se trata sólo de saber que hemos sido *perfilados* (automatizadamente o no), sino de cortocircuitar jurídicamente a quienes eventualmente traten de *pastorearnos*, con la idea de subyugarnos a sus intereses y/o sacar un provecho a nuestra costa. Desde este punto de vista, la prohibición que contiene el art. 5.1.a) de la propuesta de Reglamento de IA (a la que se ha hecho referencia anteriormente) es muy interesante y oportuna.

Especialmente porque su configuración (una prohibición expresa) sobrepasa lo que en la literatura especializada se conoce como *neurotecnología* (y a la que, sin emplear esta denominación se ha hecho una breve referencia al inicio de este trabajo). Este término está referido a instrumentos distintos a los citados hasta este momento. A grandes rasgos, de acuerdo con esta literatura, este concepto está referido a dos tipologías de instrumentos: invasivos y no invasivos³³. Los primeros, directamente, tienen contacto neuronal y

.....
33 GENSER, J., HERRMANN, S. y YUSTE, R., *International Human Rights Protection Gaps in the Age of Neurotechnology*, NeuroRights Foundation, 2022, p. 10 y 11 <https://ntc.columbia.edu/wp-content/uploads/2022/05/NeuroRightsFoundationPUBLICAnalysis5.6.22.pdf>

potencialmente permiten la comunicación bidireccional entre el cerebro y el mundo exterior, ya sea exportando datos cerebrales o alterando la actividad cerebral. Los *no invasivos*, normalmente, se consideran dispositivos electrónicos portátiles (*wearables*), de todo tipo (cascos portátiles, gafas, diademas, gorras, muñequeras o cintas para la cabeza, entre otros), que pueden leer la actividad del sistema nervioso periférico al tocar la cabeza o el cuerpo de una persona (en lugar de tocar directamente el cerebro). Y, los avances en esta materia son extraordinarios y acelerados.

Sin menospreciar la capacidad de intrusión potencial de esta tecnología, especialmente, cuando se generalice su uso, lo cierto es que, lo que en este trabajo se quiere poner de relieve es que el *actual* rastreo y procesamiento de nuestros datos en la sombra, *ya describen* un escenario lo suficientemente amenazador como para adoptar *hoy* un posicionamiento lo más cauteloso que esté a nuestro alcance. En este contexto, en algunos foros se empieza a hablar de la necesidad de articular un conjunto de derechos de nueva generación y se aglutinan genéricamente bajo la denominación de *neuroderechos*. Aunque el término *neuro* tiene mucho *enganche* (y, probablemente, acabará predominando), quizás, sería más oportuno definirlos como los «derechos para proteger el *yo inconsciente* de las personas» (y, su acrónimo – quizás, un poco *kitsch* - sería *derechos YIP*).

Al margen de esta discusión sobre la denominación y del debate sobre la oportunidad de esta regulación específica (pues se alega que supondría *inflacionar* o, incluso, devaluar la regulación existente³⁴), bajo el impulso de la *NeuroRights Foundation*, se han propuesto los siguientes derechos (siguiendo la exposición que de los mismos hace BUBLITZ³⁵):

1. *el derecho a la identidad mental, o al «sentido de sí mismo»*: «deben desarrollarse límites para prohibir que la tecnología interrumpa el sentido de uno mismo. Cuando la neurotecnología conecta a las personas con redes digitales, podría desdibujar la línea entre la conciencia de una persona y los ‘inputs’ tecnológicos externos»
2. *el derecho al «libre albedrío»*: «las personas deben tener el control final sobre su propia toma de decisiones, sin manipulación desconocida de neurotecnologías externas»,
3. *el derecho a la privacidad mental*: «todos los datos obtenidos de la medición de la actividad neuronal (‘NeuroData’) deben mantenerse privados. Además, la venta, la

.....

34 BUBLITZ, J. C., “Novel Neurorights: From Nonsense to Substance”, *Neuroethics*, 15:7, 2022, <https://link.springer.com/article/10.1007/s12152-022-09481-3>. En cambio, para GENSER, HERRMANN y YUSTE, en su informe citado, existen argumentos suficientes para entender que la configuración del marco normativo a nivel internacional vigente es, en términos generales, suficiente para atender a las demandas que esta nueva realidad tecnológica.

35 BUBLITZ, “Novel Neurorights: From Nonsense to Substance”, *op. cit.*, p. 3.

transferencia comercial y el uso de datos neuronales deben estar estrictamente regulados». De hecho, como sigue apuntando BUBLITZ, se ha sugerido que una nueva regulación para los ‘neurodatos’ debería «ser análoga a la legislación que prohíbe la venta de órganos humanos».

4. *el derecho al acceso equitativo a un aumento de la capacidad mental*; «Deberían establecerse directrices tanto a nivel internacional como nacional que regulen el desarrollo y las aplicaciones de las neurotecnologías de mejora mental. Estas directrices deben basarse en el principio de justicia y garantizar la igualdad de acceso a todos los ciudadanos»; y
5. *el derecho a la protección contra sesgos y discriminaciones*: «las contramedidas para combatir el sesgo deberían ser la norma por defecto para el aprendizaje automático. El diseño de los algoritmos debe incluir aportaciones de grupos de usuarios para abordar los sesgos desde su creación».

De hecho, en octubre de 2022, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU³⁶ solicitó al Comité Asesor que preparara un estudio sobre el impacto, las oportunidades y los desafíos de la neurotecnología con respecto a la promoción y protección de todos los derechos humanos. A nivel interno (sin perjuicio de otras iniciativas a nivel internacional³⁷), debe destacarse la *Carta de Derechos Digitales*³⁸. Descartado su contenido normativo y tras afirmar que «no trata de crear nuevos derechos fundamentales sino de perfilar los más relevantes en el entorno y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros», en el apartado XXVI, bajo la rúbrica de *Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías*, establece lo siguiente:

«1. *Las condiciones, límites y garantías de implantación y empleo en las personas de las neurotecnologías podrán ser reguladas por la ley con la finalidad de:*

36 Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 6 de octubre de 2022 (A/HRC/RES/51/3). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/525/04/PDF/G2252504.pdf?OpenElement>

37 Véase al respecto, MUÑOZ, J. M. y MORINARO, J. A., “The Rise of Neurotechnology: Reconceptualizing Human Rights”, *CINET*, 2022, <https://inecenter.com/the-rise-of-neurotechnology-reconceptualizing-human-rights/>. No obstante, debe destacarse la propuesta de redacción del del art. 19.1º del proyecto de Constitución Chilena de 2022 (finalmente no refrendada) y que recogía el siguiente literal (aunque, finalmente, no fue incorporado al texto final): «El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella» (el texto final puede consultarse aquí: <https://storage.googleapis.com/lanacion-media-storage/2022/07/700baa00-texto-definitivo-cpr-2022-tapas.pdf>).

38 https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

- a) *Garantizar el control de cada persona sobre su propia identidad.*
 - b) *Garantizar la autodeterminación individual, soberanía y libertad en la toma de decisiones.*
 - c) *Asegurar la confidencialidad y seguridad de los datos obtenidos o relativos a sus procesos cerebrales y el pleno dominio y disposición sobre los mismos.*
 - d) *Regular el uso de interfaces persona-máquina susceptibles de afectar a la integridad física o psíquica.*
 - e) *Asegurar que las decisiones y procesos basados en neurotecnologías no sean condicionadas por el suministro de datos, programas o informaciones incompletos, no deseados, desconocidos o sesgados.*
2. *Para garantizar la dignidad de la persona, la igualdad y la no discriminación, y de acuerdo en su caso con los tratados y convenios internacionales, la ley podrá regular aquellos supuestos y condiciones de empleo de las neurotecnologías que, más allá de su aplicación terapéutica, pretendan el aumento cognitivo o la estimulación o potenciación de las capacidades de las personas».*

La extensión de estas medidas de protección es ambiciosa y, *a priori*, describe un esperanzador punto de partida (siempre que, obviamente, se acabe corporizando en una norma). No obstante, convendría que el supuesto de hecho no quedara circunscrito a un tipo específico de avances tecnológicos (las *neurotecnologías* citadas). Especialmente porque, como se ha expuesto, la computación estadística *ya ha accedido* a un cierto umbral del cableado mental (y seguirá perforando sin descanso). En efecto, del listado del citado *Apartado XXVI* puede colegirse que, como mínimo, la autodeterminación individual, soberanía y libertad en la toma de decisiones no está garantizada por completo. Tampoco puede afirmarse que tengamos el pleno dominio de los datos obtenidos o relativos a los *procesos mentales* (como tampoco, obviamente, tenemos garantizada su confidencialidad y seguridad). A su vez, hay decisiones que ya están siendo condicionadas por el suministro de datos, programas o informaciones incompletos, no deseados, desconocidos o sesgados. En definitiva, una intervención legislativa es perentoria.

4.3. El ámbito socio-laboral como zona cero

Al margen de estas iniciativas recién descritas en el apartado anterior y de su futura (e incierta) progresión, la verdad es que, salvo que una intervención legislativa lo impida expresamente, *a priori*, no parece que puedan identificarse *nichos extractivos* ajenos a esta amenaza, pues, (autoconvencidos del determinismo tecnológico) nos hemos resignado a

la estructura computacional ubicua. En cualquier caso, cuanto mayor sea el volumen de datos y la inteligencia de máquinas para procesarlo, mayor será la cartografía humana y la consiguiente optimización de la *tecnología de la conducta*.

A la luz de lo anterior, es claro que el ámbito sociolaboral no será un espacio ajeno a esta psicometría. Como expone Alain SUPIOT, la organización científica del trabajo que perseguían por igual el capitalismo y el comunismo, simplemente ha cambiado de forma, pues, se manifiesta a través de algoritmos³⁹.

La particularidad del momento es que estamos a las puertas de la generalización exponencial del *data driven manufacture* (la empresa dirigida por los datos) que gravita alrededor de la idea del *individuo programado*. Esto es, que debe objetivarse a sí mismo a través de la alineación de su rendimiento al patrón dictado por las máquinas. Como ya puede observarse en algunas actividades, el registro del desempeño profesional en tiempo real a través de, por ejemplo, el registro de conversaciones (teleoperadores), geolocalización (repartidores) o el uso de *ropa inteligente* (entre otros, deportistas⁴⁰) es ilustrativo del ímpetu extractivo en ciernes; y que se irá expandiendo a medida que surjan nuevos utensilios y/o necesidades y, en paralelo, se corporice la *gran delegación empresarial*⁴¹. Estos instrumentos describen otro orden magnitud en la aspiración empresarial de monitorización del rendimiento y de la productividad; y, probablemente, se dan las condiciones óptimas para que el ámbito socio-laboral se convierta en la “zona cero” del moldeo conductual por debajo del nivel consciente para alcanzarlos.

La hipertrofia del poder empresarial (entendido en sentido amplio) que emergerá de la convergencia de estas fuerzas, obviamente, somete a los derechos de los trabajadores (dignidad, privacidad, estabilidad en el empleo, etc.) a una tensión y a una potencial vulneración inaudita hasta la fecha. Es obvio que el *texto en la sombra* de las decisiones basadas en algoritmos describe un ámbito de absoluta indefensión (y el papel del nuevo art. 64.4.d ET y el consiguiente rol de la representación legal de los trabajadores será determinante⁴²).

No obstante, en paralelo a este proceso (que requerirá una sintonía muy fina por parte de los tribunales), téngase en cuenta que, aunque los propósitos perseguidos por estas

39 Alain SUPIOT, A., *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, p. 167.

40 Con esta *ropa inteligente* (siguiendo la exposición de Ana B. MUÑOZ RUIZ, “Inteligencia artificial y uso de algoritmos para gestionar el trabajo: la deshumanización de los trabajadores», *EuSocialCit*, 2022, <https://www.eusocialcit.eu/artificial-intelligence-and-the-use-of-algorithms-to-manage-work-blog/>, en relación al «*Proyecto Bionic H2020*»), los «algoritmos predictivos pueden realizar valoraciones ergonómicas del riesgo de estrés físico del trabajador/usuario de la herramienta, mediante el desarrollo de sensores en su ropa que recogen información en tiempo real sobre la salud de la persona, a partir de un análisis de los parámetros examinados: postura, cargas, tiempos y estado fisiológico (frecuencia cardíaca, temperatura corporal, etc.)». O también los chalecos que llevan algunos deportistas (por ejemplo, futbolistas) en los entrenamientos y partidos miden diversas variables (entre otras, frecuencia cardíaca, velocidad, distancia).

41 MERCADER UGUINA, J., “En busca del empleador invisible: algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo”. *El Cronista*, núm. 100, 2022, p. 138.

42 Ver al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, “Nadie da duros a cuatro pesetas...”, *op. cit.*

herramientas sean ciertamente heterogéneos (e, incluso, como se ha apuntado, alguno de ellos pueda acabar reportando un beneficio para las personas trabajadoras), lo que no cabe duda es que, sin excepción, ya acarrearán una intensificación de la minería de la realidad y, con ella, se habilita su explotación algorítmica. En este contexto (como hipótesis), es factible pensar que el mayor conocimiento sobre la conducta humana que esta información acabará facilitando (superior, incluso, a la que uno pueda tener de sí mismo), se acabe traduciendo en un acercamiento a un severo *moldeo conductual* (mediante incentivos, *empujoncitos digitales*, etc.), que, trascendiendo la conciencia, acaben teledirigiendo la conducta en aras a alcanzar los objetivos que se persigan. En una adaptación (inquietante) del cuento del flautista Hamelin, los trabajadores, al son de una música inaudible o imperceptible para sus oídos y compuesta algorítmicamente, *bailarán* sin saber por qué.

Desde este punto de vista, es posible tantear algunos escenarios posibles en el ámbito socio-laboral (y, quizás, podrían ser extrapolables a otros). Aunque, vaya por delante, este sondeo es especialmente complejo porque es difícil combatir un enemigo invisible y/o que todavía no se ha corporizado en toda su potencialidad. En cualquier caso, con el conocimiento actual (salvo error y/o mejor doctrina), podría afirmarse lo siguiente:

- Primero, la autonomía y la identidad son espacios absolutamente inexpugnables, porque, fundamentan la validez del consentimiento libre consciente y, por consiguiente, son la base absolutamente irrenunciable de nuestra individualidad.
- Segundo, partiendo de lo anterior, cualquier decisión empresarial, procesada a partir del *descifrado* (por el medio que sea - algorítmicamente o no) de nuestros *procesos mentales profundos* y con el propósito de *susurrarnos* por debajo del nivel consciente, describe una múltiple violación de derechos fundamentales y debe ser prohibida y declarada sin efecto. De ahí que la prohibición que proclama el art. 5.1 del Proyecto de Reglamento de IA sea, como se ha reiterado, tan oportuna (recuérdese: «un sistema de IA que se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona para alterar de manera sustancial su comportamiento»).

Esto afectaría, a medidas empresariales que se exteriorizaran deliberadamente, por ejemplo, mediante incentivos y/o condicionantes extrínsecos de cualquier tipo y con un propósito *condicionante*.

Ahondando en el tipo de violación (ciñéndome exclusivamente al marco constitucional) y partiendo de la premisa de que es posible que el *yo inconsciente* de las personas en cuanto tal no tenga un encaje preciso y/o directo, es difícil pensar que esta conducta pluriofensiva no impactara de algún modo (total o parcialmente) en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a la inte-

gridad (art. 15.1), el derecho a la libertad (art. 17.1 CE), el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y/o el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1.a CE).

- Tercero, aunque es posible que no pueda percibirse esta intromisión en el *yo inconsciente* mientras *se está produciendo*, la legitimidad de un derecho de oposición o resistencia frente a la acción subliminal que la provoca quedaría fuera de toda duda.
- Y, cuarto, la persona trabajadora cuyo *yo inconsciente* ha sido condicionado no puede ser declarada responsable por sus actos.

5. VALORACIÓN FINAL

Cualquier arquitectura de la decisión dirigida a restringir alguna de las opciones a nuestro alcance, *susurrándonos* por debajo del nivel consciente lo que más nos conviene, mina nuestra libertad como individuos y, si se aplica de forma generalizada, de la sociedad en su conjunto. Ante esta amenaza, sería absurdo que no permaneciéramos recelosos ante la evolución de una tecnología con esta capacidad de penetración y seríamos profundamente cándidos si no tratáramos de contenerla. Aunque todavía no sabemos si el armamento jurídico existente será lo suficientemente poderoso como para combatir una intrusión de esta magnitud, creo que sería muy oportuno que no se demorara el desarrollo legislativo de los *Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías* (apartado XXVI de la *Carta de Derechos Digitales*). En este sentido, la definición de estas innovaciones (y, por ende, el ámbito de aplicación objetivo de la norma) debe ser extensible a cualquier dispositivo con capacidad para afectar directa o indirectamente y de forma deliberada por debajo del nivel consciente y/o que *asista* a las personas a hacerlo (y no sólo a los conocidos como *interfaces cerebro-ordenador - BCI*).

La tecnología avanza a una velocidad tan vertiginosa que el proceso de adaptación y aprendizaje constantes al que nos somete hace que no podamos evaluar los riesgos implícitos que conlleva ni tampoco evitar sus influencias perniciosas⁴³. Esta aceleración también dificulta que la investigación y evaluación de su impacto pueda seguirle el ritmo y, de forma derivada, puede condenar a todo intento de regulación jurídica a un eterno rebufo.

.....

43 WILLIAMS, *Clics contra la humanidad*, op. cit., p. 41, 125 y 147.

En estas condiciones, aunque es claro que no podemos aspirar a tener hojas de ruta clarividentes que nos anticipen el devenir futuro, sí deberíamos aunar esfuerzos para diseñar normas proactivas que, a modo de *faros*, permitan orientarnos en la niebla. Especialmente porque una estrategia meramente reactiva, probablemente siempre se quedaría corta y/o llegaría tarde; y, por este motivo, podría cobrarse un alto precio.

En cualquier caso, el reto al que nos enfrentamos es hercúleo por varios motivos (al menos, tres):

- En primer lugar, porque, seguramente, estamos hablando de un riesgo *invisible*, bien porque todavía no se ha corporizado (o no todavía en toda su potencialidad), o bien, porque si lo ha hecho, quienes lo explotan (o están en condiciones de hacerlo) es muy probable que opten por la máxima discreción posible (y aspiren a que opere *en la sombra*).
- En segundo lugar, porque este desconocimiento y, especialmente, el hecho de que sea un fenómeno que no tenga precedentes, hace que sea imposible saber en qué sentido difiere de todo lo conocido anterior. En efecto, parafraseando a WILLIAMS⁴⁴ (que toma las palabras de WITTGENSTEIN⁴⁵ y de JUDT⁴⁶) es posible que nuestro diálogo social y político carezca todavía de un lenguaje preciso para abordar el desafío jurídico que tenemos por delante y esto nos genere una cierta incapacidad para enfrentarnos a él. En la medida que seguimos operando con categorías semánticas propias del mundo consciente, quizás, estos contornos conceptuales se erijan en límites para abordar los retos jurídicos del mundo preconscious (si no somos capaces de nombrar los problemas, difícilmente podremos solucionarlos). De ahí que, en este momento, parece que sólo estamos en condiciones de *intuir* la *posible* existencia de una (eventual) amenaza, pero todavía no podemos calibrar su naturaleza ni su intensidad. Por este motivo, el diseño de mecanismos jurídicos de prevención y reacción es especialmente complejo. Y, una derivada de lo anterior, sea que la sociedad todavía no vea la necesidad de ocuparse de este problema *en este momento*; o bien, de forma insuficiente, sólo se exija para aquellas dimensiones que conoce⁴⁷.

44 WILLIAMS, *Clicks contra la humanidad*, op. cit., p. 62 y 63.

45 «Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo».

46 «uno tiene que ser capaz de nombrar un problema si quiere solucionarlo».

47 Con este propósito *descriptivo*, es claro que las referencias a la *conciencia* en los arts. 20.1.d y 30.2 CE, salvo que fueran objeto de una profunda redefinición hermenéutica, quedaría lejos del riesgo que se ha descrito en estas páginas. Y, en paralelo, aunque comparto que el acceso a estos estratos mentales bien podría identificarse con lo que MERCADER UGUINA (“En busca del empleador invisible...”, op. cit., p. 142) califica como la «intimidación de la intimidad» (y, por ende, podría quedar subsumido en el art. 18.1 y 4 CE), creo que la naturaleza pluriofensiva de la amenaza sobrepasa esta dimensión.

- En tercer lugar, porque, como ya ha sucedido con la implantación de otras tecnologías extractivas (por ejemplo, entre otros muchos, *Street View* de Google⁴⁸), el capitalismo de la vigilancia aunará esfuerzos para neutralizar cualquier resistencia a su ímpetu extractivo; y para, en paralelo, alimentar la consolidación y habituación de estas tecnologías con el propósito de normalizar la apropiación del excedente conductual (en este sentido, nuevamente, es ilustrativo de esta estrategia la campaña publicitaria de la empresa *Meta* – exaltando las *virtudes* que el metaverso aportará a la *vida real* y, por ejemplo, al ámbito de la salud y a los tratamientos médicos).

En cualquier caso, para completar esta aproximación, creo que también deben destacarse algunas reflexiones concluyentes más (también tres):

- En primer lugar, creo que la existencia de algoritmos que sean capaces de detectar patrones de conducta profundos (y, por lo tanto, contribuyan a desvelar la dimensión preconscious humana) no parece que sea una innovación que deba ser calificada, en sí misma, como negativa. Haciendo un paralelismo con otros avances en el ámbito de la salud, creo que estos descubrimientos podrían ser equiparables a la detección de nuevos indicadores en las analíticas de sangre y la consiguiente mejora en los diagnósticos de los pacientes. Si los algoritmos nos permiten acceder a lo que ha estado oculto tras el *velo de la evolución* no deberíamos denostarlo. Especialmente porque, la amenaza no radica tanto en el potencial de la herramienta, sino en el uso que se hace de la información a la que da acceso. Si el conocimiento de esta dimensión quedara reservado a la esfera estrictamente privada y, por ejemplo, se garantizara una encriptación *segura* (y, en paralelo, si se declara su absoluta inalienabilidad), la amenaza podría disiparse notablemente.
- En segundo lugar, es claro que las *fuerzas del mercado* apostarán (de hecho, ya lo están haciendo) por el acceso a nuestro preconscious y lo harán a partir de la acumulación de nuestros *datos en la sombra*. Los modos de vida individuales y colectivos están llamados a orientarse cada vez más por sistemas que, lejos de meramente informarnos, se están convirtiendo en instancias dirigidas a conducirnos. Y, al hacerlo, lógicamente, se apropian de nuestra facultad de juicio (sin que, además, su prisma ético sea escrutable). En definitiva, están tratando de asumir el monopolio de la *racionalidad*. Especialmente, porque sus impulsores estiman que estas *tecnologías de*

.....

48 Y que (que describe ZUBOFF) forman parte de la una secuencia predecible de fases para normalizar la extracción del excedente: la incursión, la habituación, la adaptación y la redirección.

la perfección, a partir de la idea de que el comportamiento humano es optimizable si se modifica su entorno, pueden contribuir «a erigir un mejor orden general de los asuntos humanos»⁴⁹. La sumisión a este *gobierno de los números* (empleando la construcción de SUPLOT), en virtud de la cual la normatividad se proyecta como un acto de programación (o computación), ajeno al arbitrio de la voluntad humana, es la renuncia que debemos asumir si queremos mitigar la incertidumbre y el peaje necesario para liberar a la humanidad del pesado fardo de la responsabilidad anudada a la toma de decisiones.

De ahí que deberíamos prevenirnos frente a cualquier correlación no espuria que la estadística computacional sea capaz de desvelar y que opere como factor precipitador previo, inmediato y decisivo de una posterior acción humana por debajo del nivel consciente. Aunque la monitorización ubicua en el ámbito profesional es todavía incipiente, en la medida que ya se están dando algunos ejemplos y algunos sectores son más proclives que otros, convendría hacer un seguimiento exhaustivo de su evolución (pues, podrían ser, empleando la metáfora de ZUBOFF, nuestros *canarios en la mina de carbón*). Desde este punto de vista, el art. 5.1 del proyecto de Reglamento de AI es un primer paso muy importante, pues, como muro de contención, debería erigirse en uno de nuestros principales *faros* para avanzar en este futuro incierto; y, finalmente,

- En tercer lugar, debemos aspirar a alcanzar un equilibrio que trate de compensar las limitaciones humanas y también las que padecen las máquinas. Lejos del determinismo tecnológico, no deberíamos olvidar que, hasta las máquinas no sean capaces de reproducirse a sí mismas, «toda tecnología es expresión de la voluntad humana»⁵⁰. Sin menospreciar la inercia tecnológica (o *ímpetu tecnológico*) que dificulta los cambios de orientación, en la medida que todavía estamos en disposición de poder elegir, debemos abogar por una *automatización centrada en los humanos* (y no en la actualmente predominante *automatización centrada en la tecnología*)⁵¹.

Debemos primar y potenciar los sistemas que, lejos de suplantarse el criterio humano, lo suplementen.



49 SADIN, E., *La inteligencia artificial o el desafío del siglo: anatomía de un antihumanismo radical*, Editorial Caja Negra, 2020, p. 30, 37, 52, 67, 75 y 112.

50 CARR, N., *Superficiales*, Taurus, 2011, p. 61 y 64.

51 CARR, N., *Atrapados*, Taurus, 2016, p. 200 y 187 a 193.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Ignasi BELTRAN DE HEREDIA (2022), «Nadie da duros a cuatro pesetas (transparencia algorítmica y representantes de los trabajadores: el nuevo art. 64.4.d ET)». En *XXXII Congreso Nacional Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Pendiente de Publicación (987 – 1001).
- Ignasi BELTRAN DE HEREDIA (2020), «Automatización y obsolescencia humana», En Peguera y Cerrillo (Coords.), *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Aranzadi. (113 – 124).
- James BRIDLE (2020), *La nueva edad oscura*, Debate.
- Jan Christoph BUBLITZ (2022), «Novel Neurorights: From Nonsense to Substance», *Neuroethics*, 15:7, <https://link.springer.com/article/10.1007/s12152-022-09481-3>
- Nicholas CARR (2016), *Atrapados*, Taurus.
- Nicholas CARR (2011), *Superficiales*, Taurus.
- Marcus DU SAUTOY (2020), *Programados para crear*, Acantilado.
- Marcus DU SAUTOY (2018), *Lo que no podemos saber*, Acantilado.
- Lisa FELDMAN BARRETT (2018), *La vida secreta del cerebro*, Paidós.
- Hannah FRY (2019), *Hola Mundo*, Blackie Books.
- Jared GENSER, Stephanie HERRMANN y Rafael YUSTE (2022), *International Human Rights Protection Gaps in the Age of Neurotechnology*, NeuroRights Foundation, <https://ntc.columbia.edu/wp-content/uploads/2022/05/NeuroRightsFoundationPUBLIC-Analysis5.6.22.pdf>
- Ruth W. GRANT (2021), *Los hilos que nos mueven*, Avarigani.
- Byung-Chul HAN (2022), *Infocracia*, Taurus.
- Philip N. JOHNSON-LAIRD (1990), *El ordenador y la mente*, Paidós.
- Daniel KAHNEMAN (2012), *Pensar rápido, pensar despacio*, Debolsillo.
- Daniel KAHNEMAN, Olivier SIBONY y Cass R. SUNSTEIN (2021), *Ruido*, Debate.
- Viktor MAYER-SCHÖNBERGER y Kenneth CUKIER (2013), *Big Data*, Turner Noema.
- Lee McINTYRE (2020), *La actitud científica*, Cátedra.
- Jesús MERCADER UGUINA (2022), «En busca del empleador invisible: algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo», *El Cronista*, núm. 100 (136 – 145).
- José M. MUÑOZ y José A. MORINARO (2022), «The Rise of Neurotechnology: Reconceptualizing Human Rights», *CINET*, <https://incenter.com/the-rise-of-neurotechnology-reconceptualizing-human-rights/>
- Ana B. MUÑOZ RUIZ (2022), «Inteligencia artificial y uso de algoritmos para gestionar el trabajo: la deshumanización de los trabajadores», *EuSocialCit*, <https://www.eusocialcit.eu/artificial-intelligence-and-the-use-of-algorithms-to-manage-work-blog/>

- Cathy O'NEIL (2017), *Armas de destrucción matemática*, Capitán Swing.
- Alex PENTLAND (2010), *Señales honestas*, Milrazones.
- Eric SADIN (2020), *La inteligencia artificial o el desafío del siglo: anatomía de un antihumanismo radical*, Editorial Caja Negra.
- Michael J. SANDEL (2016), *Justicia*, Debolsillo.
- Barrhus F. SKINNER (1980), *Más allá de la libertad y la dignidad*, Editorial Fontanella.
- Cass R. SUNSTEIN (2012), «Análisis conductual del derecho», *Themis-Revista de Derecho*, núm. 62.
- Cass R. SUNSTEIN y Richard THALER (2009), *Un pequeño empujón*, Taurus.
- Alain SUPPIOT (2015), *La gouvernance par les nombres*, Fayard.
- Philip TETLOCK (2016), *El juicio político de los expertos*, Capitán Swing.
- Richard THALER (2016), *Todo lo que he aprendido sobre la psicología económica*, Deusto.
- James WILLIAMS (2021), *Clics contra la humanidad*, Gatopardo Ensayo.
- Rafael YUSTE y Sara GOERING (2017), «Four ethical priorities for neurotechnologies and AI», *Nature*, vol. 551.
- Shoshana ZUBOFF (2020), *La era del capitalismo de la vigilancia*, Paidós.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, INTIMIDAD Y DERECHOS DIGITALES DEL TRABAJADOR: ¿AVANCE O RETROCESO?

*DATA PROTECTION, PRIVACY AND DIGITAL WORKERS' RIGHTS: PROGRESS
OR REGRESSION?*

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Granada (España)
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Granada (España)
Miembro del Comité Ejecutivo de la Junta Directiva
de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Fecha de recepción: 9/2/2023

Fecha de aceptación: 15/04/2023

SUMARIO: 1. LA IMPLANTACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL MUNDO DE LAS RELACIONES LABORALES. 2. INTIMIDAD DEL TRABAJADOR VERSUS CONTROL EMPRESARIAL. 2.1. El derecho a la intimidad en relación con otros derechos fundamentales. 2.2. Límites al poder empresarial en la doctrina judicial: un constante tira y afloja. 3. LA GEOLOCALIZACIÓN DEL TRABAJADOR: UN PUNTO CONFLICTIVO. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La tutela del derecho a la intimidad no se limita exclusivamente a los aspectos más reservados de la vida privada de las personas *stricto sensu*, sino que amplía esa protección a otras manifestaciones que también pueden lesionar la *privacy* como tal. De modo que sólo cuando medie consentimiento o se haya recabado la preceptiva autorización judicial conforme a criterios de proporcionalidad, se podrán conocer por terceros los aspectos relativos a la privacidad de las personas.

En los últimos años se viene asistiendo a un incremento (por vía legal y, de hecho) de los poderes que le son conferidos al empresario lo que, unido a una fuerte evolución de las nuevas tecnologías de la información ha posibilitado un debilitamiento en la esfera privada de protección del trabajador.

ABSTRACT: The protection of the right to privacy is not limited exclusively to the most reserved aspects of the privacy of individuals *stricto sensu*, but extends that protection to other manifestations that may also injure privacy as such. Thus, only when consent has been obtained or the requisite judicial authorization has been obtained in accordance with criteria of proportionality, will it be possible for third parties to know the aspects relating to the privacy of individuals.

In recent years there has been an increase (by legal means and, in fact) of the powers that are conferred on the employer what, together with a strong evolution of the new information technologies has enabled a weakening in the private sphere of worker protection.

PALABRAS CLAVE: Intimidad, dignidad, derechos, geolocalización, garantías y nuevas tecnologías.

KEY WORDS: Privacy, dignity, rights, geolocation, guarantees and new technologies.

1. LA IMPLANTACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL MUNDO DE LAS RELACIONES LABORALES

Desde el surgimiento de la industrialización, las empresas han venido experimentando continuos cambios en los sistemas productivos que han afectado de lleno a las formas de gestión y organización de las relaciones laborales. El paso por diferentes modelos de desarrollo en el sistema económico evidencia un *modus operandi* común en todas estas transformaciones, en efecto, de lo que se trata es de adaptar las fuerzas de trabajo a las necesidades que en cada momento histórico reclama la sociedad¹.

Asistimos actualmente a una auténtica “revolución” del mundo laboral motivado por la aparición de las recientes tecnologías de la información y comunicación (en adelante TIC’s) y su implantación en las empresas, lo que ha provocado un importante cambio de mentalidad y una transformación del derecho del trabajo². Rápidamente las TIC’s van expandiéndose las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet, que si bien, aunque optimizan y agilizan enormemente el desempeño de la prestación profesional, permiten también almacenar información relativa a la persona del trabajador que se entremezcla a su vez con la actividad laboral³.

La progresiva informatización de muchas de las transacciones que diariamente son realizadas por las personas ha provocado que los trabajadores recurran a esta vía para realizar no sólo los quehaceres cotidianos de su vida laboral, sino también de su vida privada y personal. Lo cual abre las puertas a los empresarios a que sospechen, ante el miedo por una posible caída de la actividad productiva, del uso diligente y proporcionado que sus trabajadores hacen de los medios digitales.

La generalización de este fenómeno se ha extendido más allá de lo imaginable, en comparación con lo que sucedía hace escasos años atrás. Es por ello que muchas empresas han optado por controlar todos los períodos que componen este proceso, es decir, no sólo los

1 MERCADER UGUINA, J.R., *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Valladolid, Lex Nova, 2002, p.49.

2 SEMPERE NAVARRO, A y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales: una tipología jurisprudencial”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 10, 2006, p.31. SÁNCHEZ TORRES, E., “El ejercicio de la libertad de expresión de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías”, en DEL REY GUANTER, S (Dir) y LUQUE PARRA, M (Coord.), *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, Madrid, La Ley, 2005, p.107.

3 SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L., “El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 2, febrero de 2004, p.149.

resultantes de una determinada actividad profesional, sino también aquellos que componen o forman parte de la *privacy* de toda persona. De ahí que, hoy día, la doctrina utilice el término “trabajador transparente” o “trabajador de cristal” para hacer referencia a los inminentes mecanismos de control empresarial tanto laboral como extralaboral que son dispuestas por las empresas.

Con la llegada de la cuarta revolución industrial o industria 4.0 se suman nuevas injerencias y retos que ponen, en tela de duda, el derecho a la intimidad de los trabajadores. Y todo ello, con motivo de la digitalización de la industria y del desempeño de la actividad profesional. En efecto, con la entrada de esta cuarta revolución industrial se produce una nueva organización de los modelos de producción, lo que supone una irrupción en los sistemas de producción de las nuevas TIC's para así incrementar la productividad, al tiempo que disminuye el número de trabajos manuales y se incrementan, por contra, los trabajos de dirección y de gestión empresarial. Ello determina una flexibilización del tiempo y lugar de trabajo para así facilitar la interacción directa entre el cliente y el trabajador. Lo que, asimismo, genera un importante flujo y volumen de datos para su agrupamiento, almacenamiento y análisis⁴.

Entre las principales tecnologías implicadas en la digitalización de las empresas cabe destacar: *Big data*; *Blockchain* o cadena de bloqueo; *Cloud computing* o computación en la nube; Fabricación aditiva o fabricación por adición; Impresión 3D; Inteligencia artificial; Realidad aumentada; Realidad virtual; Ciberseguridad o seguridad en la red; 5G; Robots y robots colaborativos; las redes sociales; los nuevos sistemas de geolocalización y el denominado Internet de las cosas (IoT).

Precisamente, es en este punto en donde se ha planteado una fuerte tensión dialéctica entre dos derechos que disfrutaban de una dimensión constitucional diferente, de un lado, la propiedad privada y la tutela del patrimonio empresarial (artículo 38 de la Constitución Española -CE-) y, de otro lado, los derechos fundamentales (Capítulo II, sección 1ª de la CE) a la intimidad (artículo 18.1 de la CE), al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la CE), a la dignidad (artículo 10.1 de la CE) y a la libertad de expresión (artículo 20.1 de la CE)⁵. Se han suscitado multitud de cuestiones en torno a este tema, pero, sin duda, el más conflictivo ha sido el de determinar el alcance de cada uno de los derechos, así como los límites que podrán imponerse por el acreedor de la prestación de trabajo⁶.

.....

4 FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., “El uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales. Propuestas y soluciones ante nuevos retos y viejos conflictos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº57, 2020, pp. 324-325.

5 MONEREO PÉREZ, J.L., “Derecho al trabajo y derechos profesionales ante la innovación tecnológica y las nuevas formas de empleo” en MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIERNO, F., ESPÓSITO, M y PÉRÁN QUESADA, S (Dir.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Granada, Comares, 2021, pp. 3-56.

6 LÓPEZ INSUA, B.M., “Derecho a la intimidad en el trabajo y nuevas tecnologías” en MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIERNO, F., ESPÓSITO, M y PÉRÁN QUESADA, S (Dir.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema*

El vigente Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) no podía ni tan siquiera presentir, en el momento de su nacimiento, el vertiginoso avance que han experimentado las TIC's. Y es que pese al sinfín de reformas y contrarreformas que ha sufrido la legislación vigente en España, el legislador no ha sabido todavía dar respuesta a un problema que cada vez está más patente en la práctica diaria de las empresas. La falta de una concreta regulación ha hecho estragos en el panorama social, creando además un enfrentamiento entre derechos de distintos rango que no debería coexistir, pues como bien dijo el Alto Tribunal allá por el año 1981: "Tampoco puede aceptarse la tesis... de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la norma fundamental" (STC 11/1981, de 8 de abril de 1981 (BOE número 99 de 25 de abril de 1981) en su fundamento de derecho número 7). Por lo que no cabe imponer ningún límite al ejercicio de los derechos fundamentales, ni tan siquiera mediante la puesta en marcha de otros derechos u otras formas de control en virtud del poder de dirección que le corresponde al empresario⁷. En este sentido, los tribunales vienen señalando que la limitación de los derechos fundamentales del trabajador como consecuencia del poder empresarial de control y dirección solo puede derivarse de que la propia prestación y naturaleza del servicio implique esta restricción. Por lo que, en todo caso, la medida adoptada por la parte empresarial deberá respetar el principio de proporcionalidad, atendiendo a la idoneidad de la medida para la consecución del objetivo propuesto; la necesidad de la misma, en tanto que no exista otra medida destinada al mismo fin y la proporcionalidad estricta, en tanto que la medida adoptada deberá ser equilibrada en relación al fin perseguido⁸.

Quizás, por ello, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales haya incluido, en su Disposición Final Decimotercera un artículo 20 bis al ET, en donde se indica que: "... Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales". Por lo demás, en la normativa internacional existe una regulación deficitaria la protección de datos y derechos digitales en el mundo del trabajo. En tal sentido, se ha propuesto enri-



de relaciones laborales: Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI, Granada, Comares, 2021, pp. 253-306.

7 GOÑI SEIN, J.L., El respeto a la esfera privada del trabajador, Madrid, Civitas, 1988, pp.21-31.

8 MONEREO PÉREZ, J.L Y LÓPEZ INSUA, B.M., "El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013", Aranzadi Social- Revista Doctrinal, Número 11, marzo de 2014, p.240.

quecer el catálogo de derechos fundamentales de los grandes instrumentos de garantía de los derechos fundamentales del Consejo de Europa que representan el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea revisada, incluyendo tales derechos digitales y su protección en el ámbito de las relaciones laborales⁹. En este orden de ideas, se puede afirmar que “no es baladí indicar que el catálogo de derechos de estos dos instrumentos del Consejo de Europa (como también cabe predicar respecto del catálogo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) nunca ha sido un estándar acabado, sino que está abierto al tiempo de los derechos condicionados por las nuevas necesidades, demandas y aspiraciones que los miembros de una sociedad política desean garantizarlas como verdaderos derechos que permiten el libre y pleno desarrollo de la personalidad como exigencia de la dignidad humana”¹⁰.

El legislador estatutario no ha creado un marco legal de referencia para la defensa de la *privacy* del trabajador, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos europeos en los que sí se tiene madurada una idea de protección de la esfera privada del trabajador¹¹. Efectivamente, en nuestro caso el Constitucional se ha limitado a devaluar el contenido mismo de este derecho al enunciar más una propuesta programática que hacer efectivo su tutela. De ahí que la solución al problema radique en la judicialización de los conflictos, pero no sólo a nivel nacional, sino también elevados a rango comunitario e internacional. Pues la protección de la intimidad en particular y de los derechos fundamentales en general constituye no sólo una exigencia de carácter político, sino lo que es aún mejor, una garantía y compromiso que habrán de superar todos los Estados que forman parte de la Unión Europea -UE-.

Fundamentalmente, la penetración y protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario se ha debido a la decidida intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Ambos se han erigido en los máximos exponentes y responsables (sobre todo el TEDH) de la salvaguardia de dichos derechos para el Colectivo Europeo. Es por ello por lo que, a la hora de fijar los límites, alcance y contenido de cada uno de éstos, se haya de tener en cuenta no sólo lo dispuesto por la normativa común, sino también por la Norma Madre de cada uno de los Estados miembros. Muy acertadamente señala el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su sentencia de 14 de mayo de 1974 (Asunto 4/73), que: “... los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho que debe

9 MONEREO PÉREZ, J.L., La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social’ de la Europa amplia. Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. núm. 4, 2022, pp. 215-326, en particular pp. 76-81 (Apartado “6.2. El garantismo jurídico de la Carta a la prueba de los hechos: ¿Enriquecimiento de los derechos de la Carta? Nuevas tecnologías y nuevos derechos laborales digitales”).

10 MONEREO PÉREZ, J.L., La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social’ de la Europa amplia, pág. 81.

11 RAPP, L., “Secret de correspondances et courriers électroniques”, Dalloz, nº 41, 2000, pp. 3-5.

respetar... (el propio Tribunal) ... Al velar por la protección de tales derechos este Tribunal se basa en la tradición constitucional común a los Estados miembros, de manera que no puede permitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados miembros”.

En este contexto jurídico se han adoptado una serie de instrumentos normativos que tratan de mantener unas garantías mínimas que aseguren el pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales. En este sentido, a nivel comunitario destacan, de un lado, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y de otro lado, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE -2000/C 364/01- (CDFUE). Entre las Directivas europeas cabe citar: la 95/46 CE del Parlamento Europeo (PE) y del Consejo de 24 del 10 de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; la 97/66 CE de 15 de diciembre de 1997 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones y la 2002/58 CE del PE y del Consejo de 12 de julio del 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). Y con vocación de universalidad llaman poderosamente la atención: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada también por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1984.

2. INTIMIDAD DEL TRABAJADOR *VERSUS* CONTROL EMPRESARIAL

Nuestra Carta Magna protege al máximo nivel de garantías los derechos reconocidos en el Capítulo II, sección 1ª de la CE, intitulado “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. Ello significa que sólo por Ley Orgánica se podrá desarrollar su contenido (artículo 81 CE), siendo éstos objeto de la protección reforzada que establece el artículo 53.2 de la vigente Constitución Española (CE): “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en... la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional...”.

La jurisprudencia insiste en que el derecho a la intimidad busca proteger un mismo objetivo, esto es, la esfera privada de las personas frente a las intromisiones que pudieran producirse por parte de terceros ajenos a la misma. Por lo que de acuerdo con esta idea, los derechos fundamentales que son reconocidos por nuestra CE no podrán quedar suspendidos por el hecho de que exista una relación laboral: “...la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación de derechos fundamentales para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo... (sentencias del Tribunal Constitucional (TC): 197/1998, de 13 de octubre (RTC 1998, 197) y 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000, 98). Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa, que establece el artículo 38 CE 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 (sentencias del TC 88/1985, de 19 de julio de 1985 (BOE núm. 194, de 14 de septiembre) y 170/2013, de 7 de octubre del 2013 (BOE de 7 de noviembre de 2013))”.

Ahora bien, como ya se ha puesto de manifiesto, existe también un poder de dirección del empresario que en ocasiones interfiere en la esfera de los derechos inherentes al trabajador. La cuestión es ¿hasta dónde puede llegar esa potestad empresarial a controlar el ejercicio de determinados derechos fundamentales? Constituye éste un asunto peliagudo que ya ha sido objeto de análisis por nuestros tribunales (nacionales y europeos) en varias ocasiones, pero que sin embargo no ha logrado todavía implantar una doctrina consolidada y definitiva enfocada hacia una protección universal de los derechos fundamentales. Las constantes contradicciones jurisprudenciales son muestra evidente de esa falta de tradición jurídica en nuestro país de la problemática de la *privacy* del trabajador y de la ausencia de un marco legal de referencia en el vigente ET.

La intimidad se configura como un derecho fundamental de carácter subjetivo que no se define ni por la propia CE ni tampoco por la LO 1/1982 de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE núm. 115 de 14 de mayo de 1982) que la desarrolla. Es por ello que, durante largo tiempo, los tribunales hayan tenido que detallar los rasgos de la misma a la vista de las ideas que en cada momento prevalecen en la sociedad: “El reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (artículo 10.1 de la CE),

frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o personas particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal, sino también familiar (STC 197/1991, de 17 de octubre de 1991, rec. 492/1989 (LA LEY 1822-TC/1992), frente al conocimiento de terceros y a la publicidad no querida (sentencias del TC 197/1991, de 17 de octubre de 1991 (mencionada) y 115/2000, de 10 de mayo, rec. 640/1997 (LA LEY 92668/2000), evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Por tanto, la intimidad en cuanto concepto de carácter objetivo o material habrá de entenderse referido al área que cada persona guarda para sí o para sus íntimos, apartándola del conocimiento de terceros (STC 170/2013, de 7 de octubre de 2013 (BOE núm. 267 de 7 de noviembre del 2013) y respaldada en la dignidad humana (artículo 10.1 de la CE) como principio guía en todo Estado de Derecho. La tutela del derecho a la intimidad no se limita exclusivamente a los aspectos más reservados de la vida privada de las personas *stricto sensu*, sino que amplía esa protección a otras manifestaciones que también pueden lesionar la *privacy* como tal. De modo que sólo cuando medie consentimiento o se haya recabado la preceptiva autorización judicial conforme a criterios de proporcionalidad, se podrán conocer por terceros los aspectos relativos a la privacidad de las personas.

2.1. El derecho a la intimidad en relación con otros derechos fundamentales

El derecho a la intimidad, al hilo de las nuevas tecnologías, se relaciona con derechos fundamentales tales como: la dignidad, la propia imagen y el secreto a las comunicaciones. A este respecto, se ha planteado en la doctrina de los tribunales todo un debate que aún no cesa. Especialmente relevante es la relación del derecho a la intimidad con el secreto a las comunicaciones y en relación al uso que del ordenador o de los nuevos dispositivos electrónicos hagan los trabajadores.

Podría afirmarse que, desde la Constitución Española de 1869, el derecho al secreto de las comunicaciones se ha visto varias veces modificado y ampliado en su ámbito de cobertura, evolucionando conforme se transforma la sociedad y abarcando situaciones que por aquel entonces eran completamente inimaginables para el legislador (Previamente a esta normativa, ya se había configurado el derecho a la libertad y al secreto a la correspondencia con la Revolución Francesa. Así, en la Asamblea Nacional en 1790 se proclamó este principio como sigue: “*Le secret des lettres est inviolable*”). Actualmente y tras un largo proceso de desarrollo, se ha regulado este derecho en el artículo 18.3 de la Norma Madre que establece que: “Se garantizará el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Pese a su ubicación constitucional, no

se han concretado en esta norma los supuestos que cubre y ello porque el constituyente de 1978 fue consciente de que con el paso del tiempo podía llegar a experimentarse cambios sociales y tecnológicos que alterasen profundamente las reglas inicialmente previstas. Así pues, insertó un sistema *numerus apertus* o de listas abierta sujeto a los posibles cambios de la realidad social presente (en esta tónica, el vigente artículo 15 de la Constitución Italiana dispone: “Será inviolable la libertad y el secreto de las comunicaciones cualquiera que sea la forma de intromisión en las mismas. Únicamente se podrán limitar el ejercicio de estos derechos mediante resolución motivada de la autoridad judicial y siempre que quede garantizada que esta injerencia se ajusta a los supuestos que son enumerados en la ley”). En vista de que la ley no puede implicar una rigidez excesiva, el Derecho debe saber adaptarse y adecuar su ordenación a los cambios culturales contemporáneos.

A este respecto, ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 70/2002 de 3 de abril que: “Ciertamente los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE”. Ciertamente, la protección del derecho al secreto a las comunicaciones no se limita en exclusiva a las postales, telegráficas o correspondencia privada (cartas), sino que se extiende a todas las comunicaciones (electrónicas y no electrónicas) puestas a disposición de las nuevas TIC’s, ya sea a través de cable, de forma inalámbrica o mediante conmutador analógico o digital, independientemente de si se trata de expresiones del lenguaje, imágenes, sonidos u otros datos (TC Federal Alemán en su sentencia de 2/03/2006). El marco de protección de este medio de comunicación no encuentra limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse. Por lo que podrá encuadrarse dentro de este marco constitucional también las comunicaciones mantenidas por telefonía móvil, así como por mensajería (mns) y las telemáticas. En esta línea, se ha pronunciado las Sentencias del TEDH de 10 de marzo del 2009 (caso Bykov vs Rusia, asunto 4378/02) respecto de las comunicaciones radiofónicas, y de 16 de octubre de 2007 (caso Wieser y Bicos Beiligung GmbH vs. Austria, asunto 74336/01) y 22 de mayo del 2008 (caso Ililla Stefanov vs. Bulgaria, asunto 65755/01) para las telemáticas.

La irrupción de los denominados derechos de tercera y cuarta generación, entre los que se incluye internet, ha dificultado enormemente su integración en los esquemas tradicionales que marca el legislador de 1978. Ello por no mencionar su imperfecta ordenación a la hora de tratar de solucionar los conflictos que se generan en la práctica¹². De ahí que

.....

12 MONEREO PÉREZ, J.L., La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo, Albacete, Bomarzo, 2009, pp. 121-122.

los tribunales se esfuercen por colmar las lagunas existentes arrojando interpretaciones que, en algunos casos, resultan análogas a las aplicadas para otras situaciones, pero que en verdad son distintas a las que hoy día se desarrollan por las empresas a través del mundo cibernético. Atentando así de manera peligrosa contra el núcleo mismo del derecho al secreto de las comunicaciones.

Efectivamente, el cambio de hábitos en la comunicación intrapersonal ha roto la clásica relación de alteridad (emisor-receptor) que anteriormente constituía la esencia misma de la transmisión de información. La razón es que internet ha creado y fomentado otros métodos de comunicación en donde el receptor de la información puede convertirse en proveedor de ésta por sí mismo o a través del reenvío de los datos a través de un tercero. De este modo las TIC's permiten ahora el desarrollo de nuevos sistemas de expresión y relación entre individuos que, en algunos casos, podrán ser objeto de control por el empresario a fin de inspeccionar los movimientos que realizan sus trabajadores.

Al igual que ocurre en territorio nacional, la UE ha tenido también en cuenta esa “evolución técnica” y la afeción que puede suponer a la intimidad. De ahí que todas las políticas que desde el colectivo comunitario se han desarrollado vayan enfocadas a la protección de la *privacy* en el ámbito de los sistemas de información. En este sentido se habrán de tener en cuenta los derechos que reconoce el artículo 12 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948; el artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8.1 del CEDH y el artículo 7 de la CDFUE. Todos ellos son derechos que conllevan un conjunto de facultades que, en función del momento histórico, determinarán las exigencias de libertad, igualdad y dignidad reconocidas por el ordenamiento jurídico nacional e internacional a todas las personas.

Para la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 2013 no cabe deducirse que el derecho al secreto de las comunicaciones que protege el artículo 18.3 de la CE quede en algún momento vulnerado. Es más, entiende éste que, aunque la empresa no haya prohibido a sus trabajadores el uso personal de los medios informáticos de la empresa bajo ningún medio informativo (por ejemplo: protocolos de actuación, comunicación individual a los trabajadores, regulación detallada en el convenio colectivo aplicable, códigos de conducta...etcétera), estará ésta plenamente legitimada para vulnerar esas mínimas garantías reconocidas en el texto constitucional (artículo 18.1 y 18.3 de la CE). Y es que, a juicio de que quienes firman esta sentencia, el fundamento radica en la previsión que recoge el artículo 59. 11 del XV Convenio Colectivo sectorial de la Industria Química, que tipifica como falta leve la utilización de dichas herramientas para fines distintos a los relacionados con la prestación profesional. Por tanto, presupone este tribunal que el mero hecho de asignar una sanción a una determinada conducta es igual a fijar una prohibición de tal actuación. Lo cual es de dudosa interpretación, como posteriormente se verá.

En este hilo de consideraciones cabe entrar ahora en el terreno del correo electrónico. Encontramos, al igual que en el caso anterior, dos posiciones enfrentadas: de un lado, la de aquellos que opinan que los mensajes de correo electrónico habrá de reconocérsele el mismo tratamiento que a las comunicaciones interpersonales que ampara el artículo 18.3 CE y, de otro lado, la de los que piensan que sí las conversaciones que se efectúan a través de email son por un canal abierto a la inspección y control del empresario (para ello habrá que examinar lo dispuesto por el Convenio Colectivo y contrato de trabajo), quedarán fuera de la protección constitucional del respeto al secreto a las comunicaciones y a la intimidad. En ésta última línea caminan las sentencias del TC de 7/10/2013 y del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca nº291/2019, de 30 de agosto de 2019.

Siguiendo la teoría del Constitucional, cabe entender que el ordenador de empresa, al igual que el teléfono móvil profesional, constituyen elementos de trabajo que son financiados a través del patrimonio empresarial, por lo que, si en el Convenio Colectivo aplicable se sanciona como falta leve el uso de los mismos para otros fines distintos a los de la prestación laboral, cabrá entender que rige pues una prohibición expresa de uso extralaboral. Ello habilitaría al empresario para que fiscalice el uso que los trabajadores hacen de esas herramientas de trabajo en virtud de lo dispuesto por el artículo 20.3 del ET, pues la remisión de mensajes se llevó a cabo a través de un canal de comunicación abierto al ejercicio del poder de inspección empresarial. Además, el proceso de comunicación había de entenderse finalizado, por lo que cabe descartar la lesión al secreto de las comunicaciones. Sin embargo, tanto el constitucional como el tribunal de instancia consideraron ilícita la interceptación empresarial de los “SMS” del teléfono móvil del trabajador, toda vez que no existía en el Convenio Colectivo una referencia expresa que vedase el uso del mismo por el trabajador para fines personales.

Desde esta doble premisa desemboca el TC en una serie de conclusiones, que son totalmente inasumibles, a saber: 1) el hecho de que un Convenio Colectivo tipifique una conducta como sancionable equivale a prohibir, aunque no lo enuncie expresamente; 2) un Convenio Colectivo podrá limitar el ejercicio de derechos fundamentales; y 3) por todo lo anterior, cuando el empresario tenga “sospechas” sobre el uso que sus trabajadores hacen de las herramientas de trabajador podrá conocer deliberadamente el contenido de las comunicaciones privadas (cualesquiera que sean los datos que se desean reservar) en virtud del artículo 20.3 del ET, prevaleciendo así el interés patrimonial por delante del respeto a los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

Por su parte, el Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca, en la sentencia nº291/2019 avala el despido de un trabajador que utiliza reiteradamente el ordenador de empresa para navegar por Internet con fines no laborales, aun cuando existe una clara y concreta prohibición empresarial. Este tribunal avala su decisión en aspectos tales como: a) La inexistencia

de una posible vulneración del derecho a la intimidad, toda vez que la política de uso de medios informáticos no solo se comunicó a los trabajadores como anexo adjunto a su contrato de trabajo, sino que se recordó a través de la circular informativa que les fue remitida a todos (recordando doctrina constitucional y recogida en las sentencias del Tribunal Supremo n.º226/2017, de 17 de marzo de 2017-ECLI:ES:TS:2017:1265-, de 26 de septiembre de 2007 -ECLI:ES:TS:2007:612- y de 8 de marzo de 2011-ECLI:ES:TS:2011:1323-). Es importante recalcar que no es suficiente elaborar la política sino que es necesaria la constante comunicación de la misma a los trabajadores; b) se entiende que la comprobación de los accesos a través de una investigación más exhaustiva del ordenador que utilizaba la persona trabajadora era imprescindible para poder averiguar si en efecto se estaba llevando a cabo un uso inadecuado de internet por su parte; c) la actuación es proporcionada por cuanto no se accedió a ningún dispositivo ni aparato personal sino únicamente al registro de los accesos a internet que constaban realizados desde el ordenador instalado en la oficina que utilizaba el trabajador, y la investigación exhaustiva de los mismos se centra en unas fechas concretas; y d) al estar prohibido expresamente el acceso a Internet para fines particulares, esa prohibición implica una total ausencia de tolerancia empresarial, por lo que en dichas condiciones el trabajador afectado sabe que su acción de utilizar su ordenador para fines personales no es correcta, y que está utilizando un medio que se encuentra lícitamente sometido a la vigilancia del empresario, por lo que no puede albergar una expectativa razonable de intimidad porque conoce la prohibición y la posibilidad de control empresarial.

Por el contrario, la doctrina científica y la jurisprudencia comunitaria han entendido que el correo electrónico constituye una forma de comunicación privada, protegida por el mandato que establece el artículo 8 del CEDH: “Toda persona tiene derecho al respecto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. De igual modo, las llamadas telefónicas que proceden de locales profesionales pueden incluirse en los conceptos de “vida privada” y “correspondencia” (véase las sentencias del TEDH de 3 de abril del 2007, en el caso Copland contra Reino Unido (TEDH 2007/23); 16 de febrero del 2000, caso Amman contra Suiza (TEDH 2000/87) y 25 de junio de 1997, caso Halford contra Reino Unido (TEDH 1997/37). Realmente el término de “vida privada” no debe interpretarse de forma restrictiva, por lo que no cabrá excluir las actividades profesionales o comerciales de dicho concepto. Protegiéndose por este derecho cualquier dato que venga implícito en la comunicación: un texto, una imagen, la identificación de los interlocutores, fecha y duración de la conversación. En el caso de las llamadas telefónicas se protege no sólo los datos relativos a los interlocutores (identificación de los mismos), sino también a la fecha y duración de las conversaciones (Sentencia del TEDH, caso Malone contra Reino Unido de 2 de agosto de 1984, serie A núm. 82, ap.84).

El respeto a la vida privada no sólo protege el derecho del individuo de crear y desarro-

llar relaciones son sus semejantes (STEDH de 16 de febrero del 2000, caso Amman contra Suiza (TEDH 2000/87), sino también a expresar libremente sus ideas y pensamientos sin injerencias de terceros¹³. Cualquier referencia del trabajador que se obtenga de la aplicación informática revista un carácter de personal, en el sentido del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 294 de 6 de diciembre de 2018), resultando de aplicación las limitaciones que de ella deriven. Se consagra así un derecho fundamental que protege a los ciudadanos frente al uso torticero de la tecnología informática, limitando cualquier injerencia que pretenda controlar el flujo de información que concierne a cada persona. Sólo cuando esa intromisión esté permitida, ya sea porque el empresario haya obtenido una autorización judicial (en este mismo sentido, el artículo 8.2 del CEDH -que es, según el artículo 10.2 CE, canon interpretativo del artículo 18 CE-) o el consentimiento del comunicante, se podrá afirmar que no se ha vulnerado el secreto a las comunicaciones (artículo 18.3 CE). De lo contrario se considerará ilícita su intervención. Solamente se admite, cómo única injerencia en la vida privada, la que formulen las autoridades públicas, dando por supuesto que entre particulares no puede haber injerencias consentidas (artículo 8.2 del CEDH). Luego, el empresario no podrá invadir la esfera de la *privacy* de sus trabajadores.

A favor de esta doctrina garantista aparece la sentencia 114/2022 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 22 de julio de 2022 (recurso. 178/2022), la cual declara nula la instrucción notificada sobre el uso de equipos informáticos y correos corporativos. Afirma este tribunal que, el hecho de no haber informado a los representantes legales de los trabajadores, supone una modificación sustancia de las condiciones de trabajo que vulnera lo previsto por la Ley de Protección de Datos. A estos efectos, resulta irrelevante que en los contratos de trabajo se especifiquen que los dispositivos digitales sólo pueden emplearse para fines profesionales.

2.2. Límites al poder empresarial en la doctrina judicial: un constante tira y afloja

Entre las facultades directivas que le corresponden al empresario, en su condición de sujeto acreedor de la prestación de servicios y conectado directamente al contrato de trabajo, se encuentran las que enuncia el artículo 20.3 del ET: “El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana...”.

.....

13 VALDÉS DAL-RÉ, F., “Artículo 11. La libertad de expresión e información”, en MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L (Dir y Coord), La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012, p.225.

Se trata de una actividad fiscalizadora de las órdenes e instrucciones y de la prestación de trabajo, que podrá convertirse en una facultad sancionadora privada ante un incumplimiento contractual que ponga en peligro el orden productivo en la empresa. El ejercicio de ese control y vigilancia por el empresario habrá de llevarse a cabo de manera continuada, pudiendo extenderse a aspectos tales como: la asistencia y puntualidad al trabajo, el rendimiento, la utilización del tiempo, los medios de producción de la prestación profesional, orden y disciplina en la empresa¹⁴.

Sin embargo, este poder de dirección y control no es ilimitado, sino que se encuentra condicionado al pleno “...respeto a la dignidad humana del trabajador” (artículos 20.3 ET y 10.1 de la CE), derecho que se relaciona directamente con la intimidad en un sentido estricto.

A este respecto, se vienen dictando por las empresas verdaderos códigos de conducta e introducciones sobre los aspectos que deberán cumplir durante el transcurso de la relación de trabajo, así como el uso que de los medios de producción y nuevas tecnologías se han de hacer por parte de los trabajadores. Informando a los trabajadores, además, de la posibilidad de que sean fiscalizada su actividad por el empresario (en contra, la sentencia del TSJ de Cataluña de 5 de julio del 2000 (AS 2000/3452), que declara procedente el despido de dos trabajadores por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, por realizar actividades distintas al puesto de trabajo y desobediencia de las órdenes de la empresa de no utilizar los medios informáticos para uso particular. La empresa no había informado en ningún momento a los trabajadores de la posibilidad de iniciar controles). Y ello a fin de garantizar que se respetan las reglas de la “buena fe” conforme a lo dispuesto en el contrato de trabajo y en la negociación colectiva¹⁵.

En lo que respecta al uso particular del ordenador, la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre del 2013 describe cómo se llevaron a cabo una serie de actuaciones de control empresarial sin que, previamente, se hubiesen dispuesto por los agentes negociadores referencia alguna a las reglas, directrices en el uso de las TIC y/o procedimiento a ejecutar por la empresa. Lo cual plantea la cuestión en torno a ¿cuáles son los límites al poder de dirección del empresario?

La evolución de las nuevas tecnologías de la información y la falta de una previsión específica estatutaria sobre el modo de garantizar el respeto a los derechos fundamentales ha determinado que sean nuestros tribunales los que interpreten la normativa laboral vigente, al objeto de buscar soluciones al problema.

14 RIVERO LAMAS, J y MONEREO PÉREZ, J.L., “ARTÍCULO 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en MONEREO PÉREZ, J.L (Dir) y SERRANO FALCÓN, C (Coord.), El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Granada, Comares, 2012, pp. 300-301.

15 MONTOYA MELGAR, A., “Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa)”, Revista Relaciones Laborales, Tomo I, 2009, p. 111.

En este sentido, en un primer momento, la jurisprudencia española más consolidada entendió que había de equipararse el uso privado de internet y de los ordenadores en el marco de una empresa al resto de medios de producción, es decir, aplicar por analogía en este caso las mismas reglas que para el registro de las taquillas (artículo 18 ET). Ciertamente, se supeditaba ese control a un fin patrimonial, quedando prohibido entonces su uso privado o con fines ajenos a la prestación laboral. En otras palabras, si el ordenador era utilizado para perjudicar el interés empresarial, salvo permiso tácito o expreso del titular de la empresa, podrá pues el empresario sancionar directamente al trabajador alegando la ruptura de la buena fe contractual.

Tanto en el caso del artículo 18 de la CE, como del artículo 20.3 del ET, se regulan una serie de medidas de policía que trata de garantizar la integridad del patrimonio empresarial gracias al empleo de una medida limitativa de la *privacy* de los trabajadores dictada para la prevención de daños sociales. Ciertamente, se pretende dar cumplimiento al contrato de trabajo (finalidad del uso del ordenador), ya que lo opuesto daría lugar a un incremento de los costos de la empresa e iría en contra de los deberes legales del trabajador (artículos 5 y 20.2 del ET) de cumplir su prestación de buena fe.

Se trata de una cuestión poco pacífica, por lo que, en un segundo momento, la doctrina judicial optó por excluir la extensión de las garantías del artículo 18 del ET a través de la asimilación a las “taquillas” o a “los efectos personales”, en razón a que “... el útil de trabajo no puede considerarse como un efecto personal” (STSJ de Madrid de 13 de noviembre del 2001 (LA LEY JURIS 1004155/2001); de 22 de noviembre del 2002 (LA LEY JURIS 1367729/2002) y STS de 26 de septiembre del 2007 (RJ 2007/7514)). Estas consideraciones demuestran cómo el artículo 18 del ET no es aplicable a la fiscalización empresarial de los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores para la ejecución de la prestación profesional, ya que “... sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En la realización de estos registros se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible” (STS de 26 de septiembre del 2007 (RJ 2007/7514)). A propósito de una revisión informática del ordenador del Director General de la Empresa demandada, se comprobó que existía un virus informático a causa de que “el trabajador navegaba por páginas poco seguras de internet”. Ante estos hechos la empresa procedió a comprobar el contenido de los archivos del ordenador del trabajador y almacenar en un USB la información obtenida que, posteriormente, entregó a un notario. En ningún caso, las operaciones realizadas se hicieron en presencia del trabajador o de los

delegados de personal. Finalmente, el trabajador fue despedido. Ahora bien, el hecho de que se informe de la adopción de estas medidas al Comité de Empresa no desvirtuará la facultad empresarial hasta el punto de convertirla en una actuación paccionada por la que se legitima al empresario para conculcar derechos fundamentales (STC de 11 de febrero del 2013 (RTC 2013/29), publicada en el BOE nº 61, de 12 de marzo del 2013).

Resuelto el tema de fondo, cabe plantearse ¿en qué momento y ante qué circunstancias podrá el empresario hacer uso de esas facultades de dirección? En este sentido, la doctrina científica ha señalado que no basta con una mera sospecha para inspeccionar datos personales, sino que deben existir razones fundadas. Efectivamente, por encima de cualquier interés patrimonial se encuentra el respeto a la dignidad y al honor de la persona, así como su derecho a la intimidad. La sospecha que debe venir fundada en un acto de deslealtad del trabajador subsumible en una figura delictiva, ha de venir rigurosamente motivada por pruebas e indicios serios, no por simples comentarios que pueden resultar ser ciertos o no. La STC de 7 de octubre del 2013 (BOE nº 267, de 7 de noviembre del 2013) indica que: “El escrito comienza con una exposición de los antecedentes del caso, en los que, entre otras consideraciones, da cuenta de que, en un inicio, un cliente extranjero les había indicado que en Alcaliber, S.A., había una persona infiltrada que pasaba información a otra empresa, habiendo decidido entonces contratar a una agencia para que realizara la correspondiente investigación, centrándose las sospechas sobre el trabajador..., a quien con posterioridad se le comunicó su despido”.

Así es, la sentencia del TC de 7 de octubre del 2013 confunde la legitimidad del fin (artículo 20.3 del ET) con la constitucionalidad del acto (legitimidad de origen), lesionándose gravemente los derechos de los artículos 18.1 y 18.3 CE (referida al secreto de las comunicaciones) desde el inicio de la actuación empresarial. Pues el titular de la empresa descubrió el contenido de esos e-mails remitidos por su trabajador a otra mercantil de la competencia pasando por alto el respeto a los derechos fundamentales, para lo cual omitió el paso previo de fijar unas reglas sobre el uso de los medios informáticos de la empresa en el convenio colectivo e informar a sus trabajadores de la posibilidad de adoptar medidas de fiscalización de las comunicaciones. Al no haberse establecido ningún procedimiento o recabado consentimiento del trabajador, nada impide que pueda pensarse que haya éste analizado también otros datos personales o familiares del trabajador. Lo cual coloca al trabajador en una situación de absoluta indefensión, ya que puede haber empleado esta vía para enviar mensajes de contenido referente a su vida privada (orientación sexual, aficiones, ideología, creencias religiosas... etcétera), que posteriormente son conocidos por su superior.

Por tanto, el Tribunal Constitucional en todo momento otorga una mayor garantía al resultado de las pruebas obtenidas por el empleador (legitimidad de origen), antes que al

respeto de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones¹⁶. Para ello fundamenta su pronunciamiento en la existencia de un Convenio Colectivo que carecía de “prohibición” o “autorización expresa” para el uso privado del e-mail profesional” por la empresa (en esta línea, la STJ de Madrid con Recurso de Suplicación 1207/01).

Es necesario que el empresario disponga de los pertinentes instrumentos jurídicos, ya sean pactados o unilaterales, que le permitan primero, prohibir o autorizar (expresa o tácitamente) el empleo para fines personales del ordenador y, en su caso, comprobar y sancionar los incumplimientos de los trabajadores en esta materia. De lo contrario, se considerará que esa actividad controladora y fiscalizadora vulnera “una expectativa razonable de intimidad” en los términos que establecen las sentencias del TEDH 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 CEDH.

Se entra en un terreno de suma importancia, pues no cabe duda de que la falta de autorización o prohibición de disponer del ordenador para otros fines distintos a los profesionales equivale a inseguridad jurídica. Claro está, la ausencia de esas decisiones hace ascender a un primer plano el resultado de los usos y costumbres, observados por la empresa sobre la materia, relevantes en la medida en que pueden ser indicadores de una actitud empresarial flexible, de aceptación o de tolerancia. Naturalmente, esa aceptación o consentimiento sólo puede ser presumible siempre que el uso que haga el trabajador de las TIC sea moderado y razonable, es decir, se trate de conductas acostumbradas y comúnmente admitidas en el tráfico jurídico. En esta línea de conocimiento, la jurisprudencia ha considerado arbitraria y contraria a la buena fe contractual la interrupción sorpresiva de esa permisividad mediante el ejercicio del poder disciplinario. Desde ese punto de vista es evidente que los usos inmoderados y abusivos no puedan generar esa expectativa. En efecto, para la STSJ de Cataluña de 14 de noviembre del 2000, el hecho de que un trabajador hubiese enviado 140 correos electrónicos a 198 destinatarios en un mes y medio, haciendo uso del ordenador de empresa, con mensajes de tipo humorístico, sexista e incluso obsceno, es causa suficiente como para entender procedente el despido por transgresión de la buena fe contractual. Cabe destacar que los e-mails fueron remitidos en horario laboral, a pesar de que la empresa había establecido unas normas disponiendo expresamente la prohibición del uso privado de la informática: “... la tolerancia de la empresa es la que crea una expectativa de confidencialidad y, por ende, la posibilidad de un exceso en el control llevado a cabo por el empleador que vulnere el derecho fundamental de la intimidad del trabajador. Pero si hay prohibición de uso personal deja de haber tolerancia y ya no existirá esa expectativa...” (STSJ de Granada de 14 de noviembre del 2013, nº 2083/13). Por el contrario, la STSJ de Castilla y León (Va-

.....

16 MONEREO PÉREZ, J.L Y LÓPEZ INSUA, B.M., “El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013”, *Aranzadi Social- Revista Doctrinal*, Número 11, marzo de 2014, pp. 209-249.

lladolid) de 30 de septiembre del 2002 (JUR 2002\256385), ha considerado improcedente el despido de una trabajadora que, habiendo aprovechado la ausencia de una compañera de trabajo, envía desde su terminal un correo electrónico a los representantes de la empresa en la República Checa y Barcelona, con la finalidad de gastar una broma. En el citado correo advertía a los destinatarios que les trataba muy mal, que tenía problemas de comunicación, que se acabaron las conversaciones de una hora... etc. Al cabo aproximadamente de dos horas volvieron a mandar otro correo a los citados representantes de la empresa, que eran amigos personales suyos, advirtiéndoles que todo había sido una broma. La sentencia razones que, si bien no es correcto ni serio el proceder de los trabajadores, el mismo no ha de ser sancionado con el despido, ya que se trataba de gastar una broma a otros compañeros de trabajo, amigos de la bromista, no habiendo trascendido la misma fuera del seno de la empresa y siendo rectificadada la situación escaso tiempo después.

En lo que respecta a la información, entendemos que lo más respetuoso con los derechos fundamentales implicará que, en todo momento la empresa comunique expresamente a sus trabajadores la posibilidad de que se ejecuten medidas de control. De lo contrario se estará lesionando gravemente el contenido esencial de los derechos fundamentales. Y es que no podrá asimilarse la mera existencia de una prohibición a que los trabajadores conozcan que se pueden llevar a cabo medidas fiscalizadoras por parte del empresario.

En esta línea camina la normativa de la UE al entender que los empresarios no tendrán autorización para abrir los mensajes de correo electrónico de sus trabajadores, aun en el supuesto de que haya prohibido la utilización de su material informático con fines privados. Sin embargo, en un sentido contrario, se han pronunciado la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2019, Caso López Ribalda c. España, así como las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los casos Inditex y Bărbulescu v. Rumanía, resueltos a fecha de 8 de febrero de 2018 y 5 de septiembre de 2017.

De acuerdo con la doctrina Constitucional, se entiende que la lesión de todo derecho fundamental debe ir acompañada de las garantías adecuadas y efectivas que aseguren el mínimo deterioro posible a los derechos fundamentales. La jurisprudencia ha elaborado así un catálogo de presupuestos, requisitos y límites que habrán de ser observados para evitar abusos y garantizar la validez y utilización de los resultados obtenidos.

En primer lugar, se exige un “juicio de idoneidad” a fin de comprobar si esta medida es o no susceptibles de conseguir el objetivo propuesto. Por consiguiente, ha de tratarse de una medida indispensable para la investigación de los hechos. En segundo lugar y conectado con el anterior, será necesario además que esa medida sea apta y actúe de manera moderada para la consecución de tal propósito (“juicio de necesidad”). Lo que determina-

rá la existencia o no de otros medios probatorios. Y finalmente, se exige que la injerencia sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios para el interés general que sobre los valores en conflicto (“juicio de proporcionalidad en sentido estricto”). A buen ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Trabajo de Bruselas de 2 de mayo de 2000. Aquí el trabajador fue despedido tras averiguar la empresa que usaba excesivamente el correo electrónico para mandar mensajes electrónicos a una compañera de trabajo con la que mantenía una relación a través de este medio. Invocando el artículo 8 del CEDH, el Tribunal sostiene que el envío de correos electrónicos personales desde el email profesional constituye un ámbito que se reserva a la vida privada del trabajador. Así es, para este Tribunal la mera constatación del número de correos electrónicos enviados, su extensión y su carácter privado no son causas suficientes para proceder al despido, considerando que ni es necesaria ni proporcionada la medida adoptada por la empresa.

Finalmente, la sentencia del 61/2021 del Tribunal Constitucional, de 15 de marzo de 2021, se centra en la monitorización de los equipos informáticos puestos a disposición de los trabajadores. En concreto, el trabajador fue aquí objeto de un despido disciplinario respaldado, entre otras pruebas, en el resultado de la monitorización de su ordenador. El Juzgado de lo Social declaró la vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, calificó el despido como nulo y condenó a la empresa demandada a pagar una indemnización. En apelación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid revió la calificación del despido, declarándolo improcedente y desestimando la solicitud de indemnización.

De los antecedentes de hecho cabe deducir que el empresario podrá controlar a sus empleados a través de los dispositivos electrónicos, siempre que éste informe o comunique -previamente- a sus trabajadores acerca del tipo de control que les van a realizar, así como de las pautas que van a seguir para llevar a cabo dicha vigilancia. Por el contrario, entiende el Tribunal Constitucional que si el empresario no cumple con esta obligación estará entonces vulnerando la dignidad e intimidad del trabajador. Por consiguiente, es esencial que todo control ejecutado por el empresario se lleve a cabo respetando el principio de proporcionalidad y resultando lo menos evasivo posible para la intimidad del trabajador¹⁷. En este mismo sentido, la Audiencia Nacional consideró, en una sentencia de 27 de junio del año 2022, que la empresa (en este caso, Contact Center) no puede exigir a los teletrabajadores que aporten una cuenta de correo electrónico privada porque, de hacerlo -esa práctica empresarial y la cláusula contractual que obliga a poner a disposición de la empresa el correo privado-, estaría vulnerando su derecho a la intimidad. Por todo ello,

.....

17 TODOLÍ SIGNES, A., “Nulidad o improcedencia en caso de vulneración de derechos fundamentales en la adquisición de la prueba, pero siempre una indemnización adicional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo”, Estudios Financieros. Revista trabajo y Seguridad Social, nº459, 2021, pp. 237-244.

“las empresas estarán obligadas a dotar de medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario”.

3. LA GEOLOCALIZACIÓN DEL TRABAJADOR: UN PUNTO CONFLICTIVO

La geolocalización del trabajador constituye una medida de control empresarial a través de la cual podrá éste conocer la posición exacta de los empleados en cada momento. Se trata de una medida que puede vulnerar derechos fundamentales de los trabajadores, en tanto que los mismos quedan sujetos al constante control empresarial (incluso al término de la jornada laboral) vía GPS. Normalmente, el sistema de geolocalización queda implantado en vehículos, relojes inteligentes, *tablets* y teléfonos móviles a sus trabajadores. Este mecanismo de control resulta ser más habitual en comerciales, empresas de transporte y de reparto de mercancías, por lo tanto, en aquellas actividades en donde los trabajadores deban desplazarse para poder prestar sus servicios.

Al amparo del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, el empresario podrá “... adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales...”, debiendo respetar siempre los derechos digitales fundamentales de los trabajadores, entre los que se encuentra el derecho a la intimidad.

La jurisprudencia ha venido recalcando la importancia de que, en el ámbito laboral, se informe a los trabajadores que vayan a ser geolocalizados al tiempo que se respete los requisitos de: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En todo caso, estos dispositivos solo deberán estar en funcionamiento durante la jornada laboral del trabajador pues, como establece el artículo 90 de la LO 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: “... el empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos”. Por lo tanto, una vez haya finalizado la jornada laboral y fuera del tiempo de trabajo, será preciso que el empresario cuente con el consentimiento previo y expreso del trabajador para mantener activados los sistemas de geolocalización, sin que pueda ampararse en su poder de dirección y control que, conforme al artículo 20.3 del ET le permite “adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para

verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”. De este modo, los trabajadores podrán saber que los datos recogidos con el GPS pueden ser utilizados para fines de optimización de los procesos, aumento de la seguridad, control de las tareas, programas de motivación y rendimiento, aunque también como vía sancionadora y/o disciplinaria. Se trata, por tanto, de cumplir con el principio de transparencia e información que prevé el artículo 11 de la LO 3/2018 de Protección de Datos. En otras palabras, el recurso a estos mecanismos de monitorización deberá siempre respetar el derecho a la dignidad del trabajador, pero también a la intimidad del trabajador, en tanto que el artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores reconoce el derecho del trabajador “a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización”.

Los trabajadores deberán ser previamente informados (expresa, precisa e inequívocamente) de las consecuencias de la obtención de dichos datos o de la negativa de suministrarlos. En caso contrario, podrán los tribunales declarar la nulidad del despido. A este respecto, resulta representativa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJ) núm. 260/2014, de 21 de marzo de 2014 (núm. recurso 1952/2013). En este caso, un trabajador fue despedido tras haber instalado la empresa en el vehículo cedido al mismo, para su uso exclusivamente profesional, un sistema de geolocalización y comprobar que el trabajador no hacía del vehículo el uso para el que se había previsto. Para el TSJ de Madrid los datos obtenidos por la empresa vulneran, claramente, el derecho a la vida privada del trabajador, puesto que éste no había sido informado por la empresa del uso que de los mismos se hacía. De ahí que la prueba quedara invalidada, quedando así el despido huérfano de fundamento.

En idéntico sentido se pronuncia el TSJ de Madrid, a fecha de 29 de septiembre de 2014 (recurso núm. 1993/2013). En este caso, el sistema GPS se instaló en el vehículo de empresa que utilizaba la trabajadora, sin contar el consentimiento previo de la misma. Tampoco se había avisado a la trabajadora de la existencia de este sistema y de la continua actividad de control que efectuaba la empresa, incluso fuera de la jornada laboral.

La sentencia del TSJ del País Vasco de 5 de mayo de 2011 avanza, en este orden de ideas, al señalar la importancia de que los representantes de los trabajadores sean informados de cómo desactivar el dispositivo de geolocalización fuera de las horas de trabajo), pues lo contrario afecta a la *privacy* del trabajador. La vulneración del derecho a la intimidad del trabajador queda afectada en cuanto que el sistema permite que el empresario tenga un conocimiento permanente, a lo largo del día y de la noche, del lugar donde se encuentra el trabajador, a través de la posición de su vehículo, así como de otros datos complementarios, con lo que se vulnera el derecho del trabajador a que los demás no sepan dónde está en

cada momento y cuáles son sus movimientos. La instalación de los sistemas de geolocalización debe tener una clara finalidad profesional que habrá de quedar justificada por el empresario. Por lo que será éste quien demuestre la proporcionalidad e idoneidad de dicha medida, siempre que la tipología de la prestación de servicios la determine como necesaria.

El despido del trabajador geolocalizado será, sin embargo, procedente cuando se demuestre que los trabajadores conocían la existencia de los dispositivos que los monitorean. Así lo confirma la sentencia del TSJ de Valencia de 2 de mayo de 2017 (recurso núm. 3689/2016) al indicar que: “todos los comerciales conocían la instalación de estos dispositivos porque los mismos emitían un sonido cuando se abre el vehículo y se apaga al introducir la llave”, como así corroboran otros trabajadores de la empresa. Considera, además, que la medida es proporcional, puesto que la instalación del dispositivo de localización es la única forma en que la empresa podía “controlar el destino de sus vehículos y el modo de prestación del servicio por unos comerciales que pasaban buena parte de su jornada fuera del centro de trabajo”, cumpliendo así con la finalidad perseguida, en este caso, la comprobación del trabajo realizado por el empleado ante las quejas de los clientes, quedando demostrado, además, que el “GPS permanecía inactivo durante los días de vacaciones y fines de semana”, por lo que la medida ha de considerarse idónea en relación al fin perseguido.

Los argumentos que arroja la sentencia se ajustan al contenido que establece el artículo 87.2 de la Ley Orgánica 3/2018, en tanto que la instalación de dichos sistemas se ajusta a la finalidad profesional perseguida por el empresario, esto es, controlar el cumplimiento de la prestación de servicios. No obstante, considero que el empresario no ha obtenido ni tampoco ha informado debidamente a los trabajadores de la instalación de dicho dispositivo, en tanto que el artículo 6.1 de esa misma ley señala que habrá consentimiento del afectado cuando la misma sea aceptada de manera inequívoca, a saber: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”. Por lo tanto, no cabe presumir el consentimiento de los trabajadores por el simple hecho de que el sistema emita un sonido cuando se abre el vehículo y se introduce la llave. Para más inri cabe citar lo preceptuado por el artículo 90 de la Ley Orgánica 3/2018.

Igualmente, considero que debe valorarse con mucha cautela la argumentación y fallo que expresa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 de marzo de 2017 (recurso núm. 429/2017). En este caso, la Sala entiende que la empresa estará legitimada a emplear intensamente el sistema de geolocalización cuando existan sospechas fundadas sobre irregularidades del trabajador en el cumplimiento de la prestación de servicios.

Otra sentencia a tener en cuenta es la de la Audiencia Nacional núm. 113/2019, de 6 de febrero (recurso núm. 318/2018). En la misma, la Audiencia Nacional trata de dilucidar la legalidad o no de la medida adoptada por la empresa Telepizza, quien a través de los teléfonos móviles personales de los repartidores decide controlar la geolocalización de los mismos. El debate se centra en torno al proyecto “Tracker”, el cual se instaura con la finalidad de que los clientes que usen este servicio puedan monitorizar, en tiempo real, sus pedidos desde que salen del restaurante hasta que llegan al domicilio. La Audiencia Nacional tras estudiar detenidamente los hechos pasa a analizar los límites a la capacidad y poder organizativo del empresario. Para ello analiza la Ley de Protección de datos de 2018 (en particular los artículos 11, 12, 13 y 90) y se pronuncia acerca de la posibilidad de que Telepizza pueda o no geolocalizar a sus trabajadores a través de dispositivos personales.

Afirma, primeramente, la Sala que cualquier medida empresarial que pueda injerir directamente sobre los datos de carácter personal de los trabajadores deberá cumplir con los requisitos establecidos por la norma de protección de datos, es decir, la parte empresarial queda obligada a informar escrupulosamente a los representantes legales y a los trabajadores de las medidas de control efectuadas. Y, segundo lugar, nunca podrá requerir a sus trabajadores a que aporten sus propios medios para la realización personal y menos aun cuando no se abona una contraprestación adecuada al respecto. Por todo ello, determina la Audiencia Nacional que habrá de ajustarse al caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, entre las que se encuentran las siguientes: si el dispositivo se ha instalado con o sin el conocimiento del trabajador, la justificación o razones que ha llevado la empresa a implementar dicha medida de control, determinar si el dispositivo se emplea o no por motivos de seguridad, si se ha informado previamente a los trabajadores, si el tratamiento de datos ha sido proporcional y no excesivo o si el control se efectúa durante la jornada de trabajo o en espacios ajenos al horario laboral. En base a todas estas razones, la Audiencia Nacional determina que la medida de control efectuada por la empresa Telepizza es desproporcionada, además de innecesaria por existir medios de control menos invasivos que el empleado. De hecho, este fallo ha quedado casado en la sentencia núm. 163/2021, de 8 de febrero de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (recurso núm. 84/2019), en donde declara la nulidad del proyecto “Tracker”, sin que el Alto Tribunal haya aportado pretensiones subsidiarias o complementarias¹⁸.

A sensu contrario, el Tribunal Supremo considera en la sentencia de 15 de septiembre de 2020 (recurso núm. 528/2018) que es lícito que la empresa recoja los datos del geolocalizador GPS del vehículo de empresa del trabajador siempre que: 1) esté informado de

.....

18 RIVAS VALLEJO, P., “Geolocalizar a los trabajadores no es invasión de su intimidad si el dispositivo utilizado es propiedad de la empresa”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N°3 de 2021.

su instalación, 2) tenga restringida la utilización del coche a la actividad laboral y 3) sólo recojan información sobre el movimiento y localización del vehículo.

Destaca el Tribunal Supremo lo siguiente: “la trabajadora conocía que el vehículo no podía ser utilizado fuera de la jornada laboral y, junto a ello, que el mismo estaba localizable a través del receptor GPS. De ahí que no aprecie ninguna invasión en sus derechos fundamentales con la constatación de los datos de geolocalización que permiten ver que el indicado vehículo es utilizado desobedeciendo las instrucciones de la empresa en momentos en que no existía prestación de servicios”. En este sentido, el Supremo entiende que no ha quedado afectado el derecho a la intimidad de la trabajadora en tanto que, a través del sistema de geolocalización, sólo se conocía la ubicación y movimientos del vehículo que utilizaba la misma, de acuerdo con lo pactado.

4. CONCLUSIONES

Vivimos actualmente insertos en la sociedad digital 4.0, lo que exige mejorar la competitividad y el crecimiento empresarial y los instrumentos de protección de los derechos fundamentales de la persona que trabaja. El problema es que este auge del trabajo mediatizado por el uso de las nuevas tecnologías digitales no ha venido acompañado todavía de suficientes garantías de plena efectividad de los mismos ante la emergencia de los penetrantes poderes privados.

Pero estamos en el campo donde la ponderación entre los bienes jurídicos fundamentales en tensión exige que la dinámica de la empresa no pueda derivar en una organización interna de poder de dominio y vigilancia prácticamente ilimitado sobre las personas que prestan servicios profesionales bajo condiciones de dependencia o subordinación organizacional. Si se aceptara su “normalización jurídica” sin límites precisos la vigilancia y control de las personas que trabajan entonces pasamos del trabajo como “mercancía sui generis” (“mercancía ficticia”, porque la personas no lo son como señalara Karl Polanyi¹⁹) a la dominación directa de la persona del trabajador y la neutralización funcional/instrumental de sus derechos personalísimos en el marco de las relaciones de trabajo. Esto es, se transitaría de la simple subordinación o dependencia contractual al más amplio poder instrumental de un tipo de subordinación capaz de incidir en la naturaleza humana. Se arrebataría (o más exactamente se invadiría) al trabajador lo que le es más íntimo, esto es,

.....

19 POLANYI, K., *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ediciones de la Piqueta, 1989, pp. 121 y ss., y 267 y ss.

la esfera inherente a su personalidad. Es un poder (poder biopolítico neopanóptico normalizado que sobrepasaría a la formulación originaria del poder biopolítico empresarial que realizara Michel Foucault²⁰) que presentaría el riesgo de incrementar la disciplina y el principio de autoridad más allá de lo que pueda resultar razonable en una relación jurídica contractual o estatutaria en un régimen de democracia constitucional. La idea de poner freno a formas de organización y vigilancia de las personas trabajadoras en los lugares de trabajo que incrementan los poderes exorbitantes de la dirección de la empresa y la intrusión en la esfera personalísima de los trabajadores es una exigencia del propio sistema democrático de relaciones laborales²¹, pues pone en cuestión el disfrute de los derechos de la persona como ciudadano en la empresa u organización productiva. La formas de organización empresarial propias de un reforzado orden de dominio de la vigilancia y control laboral invasivo “abandona las tradicionales reciprocidades orgánicas con las personas”, expropia datos personales y posibilita la elaboración de modelos predictivos conductuales que limitan la esfera de libertad real de la persona que trabaja y la hacen más vulnerable frente al poder del empleador²²; poderes privados que pueden limitar el ejercicio de las libertades y derechos fundamentales de los trabajadores²³.

En el caso paradigmático del trabajo a distancia y del teletrabajo ha permitido, de un lado, trabajar desde cualquier lugar y en cualquier momento y, de otro, flexibilizar las obligaciones laborales lo que puede ir en detrimento de los derechos fundamentales de los trabajadores. En efecto, al hilo de la pandemia del COVID-19 se ha establecido el teletrabajo como opción preferente y estrella (a partir del artículo 5 del Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias), sin que quepa acuerdo entre las partes. Esta medida –*normalizada jurídicamente*–, ya no limitada a una coyuntura excepcional, tiene como objetivo garantizar que la actividad empresarial y las relaciones laborales se

.....

20 FOUCAULT, M., Vigilar y castigar, Madrid, Siglo XXI Editores, 1978, espec., pp. 139 y ss.

21 No es baladí hacer notar que la Comisión Europea haya propuesto una Declaración que establezca que las tecnologías digitales, en general, deben garantizar la protección de los derechos de las personas y reforzar la democracia. Cfr. Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, Bruselas, 26.1.2022 COM(2022) 27 final.

22 MONEREO PÉREZ, J.L., Prueba de videovigilancia, tutela de los derechos fundamentales y justificación del despido disciplinario: límites y requisitos de razonabilidad jurídica, Revista de Jurisprudencia Laboral, . N° 4, 2022, p. 11.

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2022-00000001819

23 ZUBOFF, S., La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder, Barcelona, Paidós, 2020, pp. 657 y ss. La era digital y de la tecnociencia ha contribuido a la expansión de la empresa “neopanóptica”, la cual emerge en la coyuntura histórica actual como forma de vigilancia invasiva de los trabajadores y de dominación de las personas que trabajan a través de penetración de su esfera personal. Este nuevo escenario reabre el debate sobre el perímetro legal y ético del considerado legalmente legítimo poder de vigilancia y control del empleador ex art. 20.3 del ET y los medios que utiliza, manifiestamente invasivos, dada su potencial capacidad de trascender en todos los ámbitos de la relación laboral. Se reabre la figura de un contrato de trabajo intervenido que establezca los límites del uso de las nuevas tecnologías y su compatibilidad con los derechos fundamentales del trabajo y el derecho a la autodeterminación informativa. Véase FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la empresa “neopanóptica”, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2021, espec., pp. 27 y ss., y 157 y ss.

mantengan. Para lo cual deberán las empresas valorar, dependiendo de las características de la actividad, si cabe o no introducir estos mecanismos alternativos, debiendo ésta de adoptar las medidas oportunas si técnica y razonablemente es posible. El problema es que esta situación ha derivado en estructural y permanente; de ahí que en muchas empresas se dispongan, con carácter ordinario, de uno o varios días de teletrabajo para así optimizar e incrementar la actividad productiva, al tiempo que se evita el surgimiento de nuevos contagios. La falta de una correcta política de prevención de riesgos laborales determina que, en muchas ocasiones, los trabajadores estén continuamente interconectados, incluso, tras la finalización de la jornada laboral. Se puede hablar así de “tecno-estrés, tecno-fatiga” o “tecno-adicción”. Todo esto está determinando el surgimiento de enfermedades o trastornos en la salud del trabajador, entre los que destacan riesgos psicosociales como el estrés, la ansiedad o el *burnout*. Aparte, aparecen algunas consecuencias físicas como consecuencia de las malas posturas y los problemas musculares, en el caso de que los lugares de trabajo donde éste desarrolle sus funciones no cumplan con la normativa sobre seguridad y ergonomía. Ello, por no mencionar, otros problemas de tipo ocular, cardíaco y nervioso. Todo este panorama debería hacer repensar al legislador acerca de la necesidad de operar una reforma en materia de prevención de riesgos laborales. Las políticas de seguridad y salud en el trabajo no deben quedarse al margen, sino que deberán adaptarse a los nuevos riesgos asociados al uso continuado de las nuevas tecnologías como herramientas de trabajo para garantizar la protección de la salud de los trabajadores como reconoce nuestra constitución y la normativa de prevención de riesgos.

A fin de poner coto a los excesos empresariales que tanto dificultan la consecución de un derecho al trabajo decente salen a la luz dos normas de suma relevancia, a saber: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia²⁴. Ambas pretenden poner fin a las constantes tiras y aflojas jurisprudenciales, buscando así asentar una línea clara y respetuosa con los derechos a la salud, a la intimidad, al descanso y a la conciliación de la vida laboral y familiar. Ahora bien, la redacción de los mismos resulta tan generalista, poco incisiva y valiente que, realmente, no está consiguiendo en la práctica ordinaria el efecto tan deseado de una efectiva desconexión digital. No obstante, acertadamente sendas normas atribuyen un poder central y ordenador de las relaciones laborales a los negociadores colectivo, lo cual puede servir de gran ayuda para lograr un justo equilibrio de los intereses contrapuestos. Ciertamente, la negociación colectiva necesita dar ese paso adelante a la hora de adoptar convenios colectivos innovadores en materia digital. El problema es que si del lado de la Ley no se marcan unas fronteras mínimas y máxi-

.....

24 MONEREO PÉREZ, J.L., Y LÓPEZ VICO, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del Covid-19. Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*, Murcia, Laborum (Col. Temas Puntuales), 2022, y bibliografía allí citada.

mas que limiten la actividad empresarial, difícilmente los negociadores colectivos podrán equilibrar esa balanza de intereses, pues todo depende de que la parte empresarial desee negociar y no frustre la tentativa. Opino, por otra parte, que de nada sirve dejar la puerta abierta a la regulación de acuerdos empresariales o directrices en caso de desavenencia con la parte empresarial porque los mismos, no ostentan realmente una fuerza suficiente para obligar al respeto al derecho de desconexión digital. En este sentido, parece que el legislador pretende establecer una norma disuasoria de las situaciones abusivas, en lugar de clarificar y dar sentido a los problemas reales que ocasiona el fenómeno de la digitalización de las relaciones laborales.

A la luz de lo referido queda patente la necesidad de que se definan por el legislador “*lege ferenda*” los criterios que delimiten los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad cuando entren en conflicto con los derechos a la intimidad, al descanso, a la salud y a la conciliación de la vida laboral y familiar. Bien es cierto que, aunque la realidad económica, tecnológica y social ha evolucionado rápidamente, ésta no podrá instituirse en óbice para los derechos fundamentales, adoptando así una postura menos garantista. De ser así la práctica empresarial se convertirá en el principal escollo para los trabajadores, quienes tras años de pugna y discusión por alcanzar unas condiciones laborales y de vida digna se verán envueltos en una batalla perdida de antemano, que convertirá todos sus esfuerzos históricos en vanas volutas de humo. Una vía ésta que nos irá acercando, poco a poco, a la aniquilación del Derecho del Trabajo y, por ende, a la destrucción de los principios guía de todo Estado Social y democrático de Derecho.

5. BIBLIOGRAFÍA

ABADÍA SELMA, A., Y GARCÍA GONZÁLEZ, G. (Coords), *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, Barcelona, Atelier, 2022.

AGUILERA IZQUIERDO, R y CRISTÓBAL RONCERO, R., “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión digital”, en *El futuro que queremos*. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Volumen 2, 2017.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales”, *Revista Temas Laborales*, nº151 de 2020.

ARBONÉS LAPENA, H.I., “El acceso por el empresario al ordenador y correo electrónico del trabajador, ¿un tema resuelto?”, *Revista de Información Laboral*, nº 8, 2013.

- ÁVILA RODRÍGUEZ, C., “Artículo 8. Derecho a la protección de datos de carácter personal”, en MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L (Dir y Coord.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- BAZ RODRÍGUEZ, J., *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Madrid, Wolters Kluwer España, 2019.
- BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1998.
- CASAS BAAMONDE, M.E y ÁNGEL QUIROGA, M., “Los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales en la economía digital. Geolocalización de los trabajadores a través de GPS del vehículo de empresa. Despido procedente”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N°9, 2020.
- DABIN, J., *El derecho subjetivo*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Cronoreflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n°421, 2018.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., “El uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales. Propuestas y soluciones ante nuevos retos y viejos conflictos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N°57, 2020.
- FERNÁNDEZ RAMIREZ, M., *El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la empresa “neopanóptica”*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2021.
- FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1978
- GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La gestión algorítmica del trabajo: riesgos y desafíos”, en ABADÍA SELMA, A., Y GARCÍA GONZÁLEZ, G. (COORDS): *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, Barcelona, Atelier, 2022.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., “El protagonismo del convenio colectivo en el nuevo reglamento de protección de datos”, *Revista de Información Laboral*, n° 6 (BIB 2018, 10336).
- GÓMEZ SANCHIDRIAN, D., “Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: Control empresarial del correo electrónico y de Internet”, *Noticias Jurídicas*, noviembre de 2012.
- GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, N., “Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital”, en *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, Colex, 2006.

- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales”, *Aranzadi Digital*, núm. 4 de 2019.
- GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, Civitas, 1988.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Trabajo decente y tiempo de trabajo”, MONEREO PÉREZ, J.L; GORELLI HERNÁNDEZ, J y DE VAL TENA, Á.L (Dir) y LÓPEZ INSUA, B.M (Coord), *El trabajo decente*, Granada, Comares. Colección Trabajo y Seguridad Social nº111, 2018.
- GRAU PINEDA, C y MONTESDEOCA SUÁREZ, A., “Reconocer el derecho a la desconexión digital para garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº57, 2020.
- GUDE FERNÁNDEZ, A., “La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter personales”, *Revista de Derecho Político*, Nº91, septiembre-diciembre, 2014.
- GUILLÉN CATALÁN, R., “Control o fiscalización del correo electrónico de los trabajadores por su empresa”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 4, 2004.
- ICHINO, P., *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1979.
- JOSSERAND, L., *El espíritu de los Derechos y su relatividad*, Estudio Preliminar “Teoría del abuso de Derecho: El abuso de los Derechos Fundamentales”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012.
- LÓPEZ DÍAZ, E., *El Derecho al Honor y el Derecho a la Intimidad*, Madrid, Dikynson, 1996.
- LÓPEZ INSUA, B.M., “Derecho fundamental a la intimidad del trabajador y poderes empresariales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Número 38, julio de 2014.
- LÓPEZ INSUA, B.M., “Fronteras entre el trabajo asalariado y el autónomo: el trabajador autónomo económicamente dependiente”, en CEREJEIRA NAMORA, N., MELLA MÉNDEZ, L., ABRUNHOSA E SOUSA, D., CEREJEIRA NAMORA, G Y CASTRO MARQUÉS, E (Edit.), *The Balance between Worker Protection and Employer Powers*, Reino Unido, Cambridge Scholar, 2018.
- LÓPEZ INSUA, B.M., “Trabajo decente y prestaciones ante situaciones de necesidad (I): Incapacidad para trabajar”, en MONEREO PÉREZ, J.L; GORELLI HERNÁNDEZ, J y DE VAL TENA, Á.L (Dir) y LÓPEZ INSUA, B.M (Coord), *El trabajo decente*, Granada, Comares. Colección Trabajo y Seguridad Social nº111, 2018.

- LÓPEZ INSUA, B.M., “Derecho a la intimidad en el trabajo y nuevas tecnologías” en MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIERNO, F., ESPÓSITO, M y PÉRÁN QUESADA, S (Dir.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Granada, Comares, 2021.
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, Madrid, La Ley, 2011.
- LUJÁN ALCARAZ, J., “La vigilancia empresarial sobre el uso de los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C y GONZÁLEZ DÍAZ, F.A (Dir.), *Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales*, Navarra, Aranzadi, 2011.
- MAESTRE RODRÍGUEZ, J., “La intervención de comunicaciones electrónicas en la empresa. Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona núm. 32, de 16 de septiembre del 2002”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, nº 14, 2011.
- MARÍN MALO, M., “La geolocalización del trabajador. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia reciente”, *Labos*, Vol.1, Nº1, 2020.
- MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Prólogo a la obra cargo de Francisco BALAGUER CALLEJÓN, Madrid, Civitas, 1995.
- MARTÍNEZ FONS, D., “El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa”, en DEL REY GUANTER, S (Dir) y LUQUE PARRA, M (Coord), *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, Madrid, La Ley, 2005.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “Vida privada y tecnologías de la información en el entorno laboral”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 9, 2005.
- MERAYO FERNÁNDEZ, R., “La videovigilancia empresarial ante los Derechos a la intimidad y a la protección de datos personales”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, Nº54, 2020.
- MERCADER UGUINA, J. R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- MERCADER UGUINA, J.R., *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Valladolid, Lex Nova, 2002.
- MERCADER UGUINA, J.R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- MIÑARRO YANINI, M., “La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho”, *Revista Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº440, 2019.
- MIÑARRO YANINI, M., “Impacto del Reglamento Comunitario de Protección de Datos en las relaciones laborales: un –pretendido– “cambio cultural”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 423, 2018.

- MONEREO PÉREZ, J.L Y LÓPEZ INSUA, B.M., “El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013”, *Aranzadi Social- Revista Doctrinal*, Número 11, marzo de 2014.
- MONEREO PÉREZ, J.L., Y LÓPEZ VICO, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del Covid-19. Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*, Murcia, Laborum (Colección Temas Puntuales), 2022.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., Y TRIBAULT ARANDA, J. (Dirs): *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Madrid, La Ley, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ INSUA, B.M., “Las difusas fronteras entre el trabajo asalariado y por cuenta propia. Riders y plataformas digitales de nuevo a examen en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia. STSJ de Madrid-SOC núm. 40/2020, de 17 de enero”, *Anuario de 2020 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes, Madrid, BOE, 2021.*
- MONEREO PÉREZ, J.L y ORTEGA LOZANO, P.G., “El control empresarial del correo electrónico del trabajador”, *Revistas Temas Laborales*, Nº 150, 2019. Monográfico sobre las facultades de control empresarial ante los cambios tecnológicos y organizativos.
- MONEREO PÉREZ, J.L y ORTEGA LOZANO, P.G., “Se justifica la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves. STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019 (números 1874/13 y 8567/13) (asunto López Ribalda II). *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 8, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIerno, F., ESPÓSITO, M y PÉRÁN QUESADA, S (Dirs.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Granada, Comares, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J.L., “Derecho al trabajo y derechos profesionales ante la innovación tecnológica y las nuevas formas de empleo” en MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIerno, F., ESPÓSITO, M y PÉRÁN QUESADA, S (Dirs.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Granada, Comares, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J.L., Prueba de videovigilancia, tutela de los derechos fundamentales y justificación del despido disciplinario: límites y requisitos de razonabilidad jurídica, *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 4, 2022. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2022-00000001819
- MONEREO PÉREZ, J.L., La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social’ de la Europa amplia. *Revista Crítica de Relaciones de Tra-*

- bajo, *Laborum*. núm. 4, 2022, pp. 215-326, en particular pp. 76-81 (Apartado “6.2. El garantismo jurídico de la Carta a la prueba de los hechos: ¿Enriquecimiento de los derechos de la Carta? Nuevas tecnologías y nuevos derechos laborales digitales”).
- MONEREO PÉREZ, J.L., *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de Relaciones Laborales*, Murcia, *Laborum*, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009.
- MONTOYA MELGAR, A., “Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa)”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo I, 2009.
- MORENO VIDA, M^a. N., “Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador”, *Revistas Temas Laborales*, N^o150/2019. Monográfico sobre las facultades de control empresarial ante los cambios tecnológicos y organizativos.
- OROZCO PARDO, G., “Artículo 7. Respeto de la vida privada y familiar”, en MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L (Dir. y Coord), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- ORTEGA LOZANO, P., *Las consecuencias jurídicas del despido: Procedencia, improcedencia y nulidad*, Murcia, *Laborum*, 2019.
- ORTI VALLEJO, A., *Derecho a la intimidad e informática*, Granada, Comares, 1995.
- ORTIZ FERNÁNDEZ, M., “Derecho a transmitir información sindical a los afiliados a través del correo electrónico de la empresa. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 26 de noviembre del 2001”, *Datospersonales.org: Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, n^o 31, 2008.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid, CEC, 1991.
- PAREJO ALFONSO, L., “El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones”, en LÓPEZ ORTEGA, J.J (COLABORADOR), *Perfiles del Derecho Constitucional a la vida privada y familiar (Cuadernos de Derecho Judicial)*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.
- PÉREZ GIL, J., “Los datos sobre localización geográfica en la investigación penal”, en PEDRAZ PENALVA, E (Coord), *Protección de datos y proceso penal*, Madrid, *La Ley*, 2010.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995.
- POLANYI, K., *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ediciones de la Piqueta, 1989.

- RAPP, L., “*Secret de correspondances et courriers électroniques*”, Dalloz, nº 41, 2000.
- RIVAS VALLEJO, P., “Geolocalizar a los trabajadores no es invasión de su intimidad si el dispositivo utilizado es propiedad de la empresa”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Nº3 de 2021.
- RIVAS VALLEJO, P., *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2022.
- RIVERO LAMAS, J y MONEREO PÉREZ, J.L., “ARTÍCULO 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en MONEREO PÉREZ, J.L (Dir) y SERRANO FALCÓN, C (Coord), *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y ÁLVAREZ CUESTA, H., *Trabajo autónomo y trabajo por cuenta ajena: nuevas formas de precariedad laboral*, Bomarzo, 2019.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Diario La Ley*, Nº9328, 2019.
- RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2019.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 423, 2018.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Secreto de las comunicaciones e intervención judicial de comunicaciones electrónicas en el marco de la Unión Europea: derecho primario”, *Diario La Ley*, Nº 7351, 2010.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “SITEL y principio de proporcionalidad en la intervención de comunicaciones electrónicas”, *Diario La Ley*, nº 7689, septiembre de 2011.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Madrid, McGraw Hill, 1998.
- ROMERO PÉREZ, X.L., “El alcance del derecho a la intimidad en la sociedad actual”, *Revista Derecho del Estado*, nº 21, diciembre de 2008.
- SÁNCHEZ TORRES, E., “El ejercicio de la libertad de expresión de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías”, en DEL REY GUANTER, S (Dir) y LUQUE PARRA, M (COORD), *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, Madrid, La Ley, 2005.
- SALCEDO BELTRÁN, C.: “Inteligencia artificial y derechos sociales”, en ABADÍA SELMA, A., Y GARCÍA GONZÁLEZ, G. (COORDS): *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, Barcelona, Atelier, 2022.

- SAEZ LARA, C., “El algoritmo como protagonista de la relación laboral: Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”, en *Temas Laborales*, núm. 155, 2020.
- SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L., “El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 2, febrero de 2004.
- SEMPERE NAVARRO, A y SAN MARTÍN MAZZUCCONI., “Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales: una tipología jurisprudencial”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 10, 2006.
- SEMPERE NAVARRO, A. V y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales*, Navarra, Aranzadi, 2002.
- TODOLÍ SIGNES, A., “Nulidad o improcedencia en caso de vulneración de derechos fundamentales en la adquisición de la prueba, pero siempre una indemnización adicional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo”, *Estudios Financieros. Revista trabajo y Seguridad Social*, nº459, 2021.
- TRUJILLO PONS, F., “Un estudio acerca de la eventual Directiva comunitaria sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo”, *Revista IusLabor* 2/2021.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Artículo 11. La libertad de expresión e información”, en MONE-REO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L (Dir y Coord), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “La dimensión laboral de la libertad de expresión”, *Relaciones Laborales*, nº 7, abril de 2004.
- VALLECILLOS GÁMEZ, M.R., “El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 8, N°1.
- ZUBOFF, S., *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Barcelona, Paidós, 2020.
- ZOCO ZABALA, C., “Interceptación de las comunicaciones electrónicas”, *Revista para el análisis del derecho (InDret)*, octubre de 2010.

LA TRANSMUTACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL TELETRABAJO Y LA DIGITALIZACIÓN

*THE TRANSMUTATION OF COLLECTIVE RIGHTS
IN TELEWORK AND DIGITALISATION*

INMACULADA BENAVENTE TORRES
Profesora Titular de Universidad de la UCO

Fecha de recepción: 6/2/2023

Fecha de aceptación: 8/3/2023

SUMARIO: I. EL ART. 19 LTD. UN PRECEPTO DE REFERENCIA. II. LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA COMO PRINCIPIO RECTOR EN TODOS LOS DERECHOS COLECTIVOS. III. LOS DERECHOS DE COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y LA SUPERACIÓN DE LA STC 281/2005. IV. ALGUNAS CUESTIONES PENDIENTES A DESTACAR. V. ADSCRIPCIÓN DEL TRABAJADOR Y LA REPRESENTACIÓN LEGAL. VI. INFORMACIÓN, CONSULTA Y NEGOCIACIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente artículo aborda la interpretación del art. 19 LTD y la necesaria adaptación de los derechos colectivos de los teletrabajadores en los albores de esta nueva era.

ABSTRACT: This article deals with the interpretation of art. 19 LTD and the necessary adaptation of the collective rights of teleworkers at the dawn of this new era.

PALABRAS CLAVE: Representantes legales de los trabajadores, teletrabajo, derechos colectivos, STC 281/2005, libertad sindical.

KEY WORDS: Legal representatives of workers, teleworking, collective rights, STC 281/2005, trade union freedom.

I. EL ART. 19 LTD. UN PRECEPTO DE REFERENCIA

El teletrabajo es una modalidad de trabajo a distancia caracterizada por el uso intensivo de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) (vid. art. 2.b) L 10/2021, de 9 julio, de trabajo a distancia -en adelante LTD-). Como tal trabajo a distancia se distingue por el lugar de la prestación, dado que la actividad se realiza en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular (art. 2.1.a) LTD). Por otra parte, el art. 1 LTD, concreta qué debe entenderse como “regular”, para lo que se exige que el trabajo a distancia se preste, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo.

En España contamos desde el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, con una norma muy concreta sobre los derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia y, entre ellas destacadamente, las teletrabajadoras. Un precepto, el art. 19 del referido RDL 28/2020, que después pasó a ser la L. 10/2021, de 6 de julio, de trabajo a distancia, y que es mucho más avanzado que el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo de 2002 (AMET) en que se inspira. De hecho, su interés va mucho más allá de su mera existencia; pese a su aparente modestia, al menos en mi opinión, **el art. 19 LTD se puede erigir en la norma clave de los derechos colectivos en las plataformas y de la digitalización, bien por aplicación directa, bien por analogía.** Según propondré, el art. 19 es una norma novedosa que regula también una nueva realidad, que se aparta en consecuencia del caso y la doctrina principal de la STC 281/2005. Es, además, un precepto del que pueden extraerse los principios generales, los pilares básicos que deben regir la interpretación y aplicación de los derechos colectivos en el trabajo a distancia y, en particular en el teletrabajo, pero no sólo; precisamente por su formulación en términos de principios que son expresión, por lo demás, de los arts. 14 y 28 CE, son perfectamente extrapolables, en mi opinión, a las situaciones en que las personas trabajadoras se encuentren en una situación de aislamiento similar a la de aquéllos. Repárese en que pese a que no abarca todas las expresiones laborales del trabajo en las plataformas digitales,

por ejemplo, sí se extiende con toda probabilidad al grueso de ellas¹. Pero en cualquier caso, por las razones apuntadas creo que con toda seguridad puede convertirse en la norma de referencia, siquiera por analogía, para todas aquellas situaciones en que el uso de las nuevas tecnologías y la dispersión de los trabajadores, mantengan a éstos en una posición similar -o incluso peor a nivel de representación y acción colectiva- a la de las personas que trabajan a distancia conforme a la estricta definición legal antes vista. Y, claro está, esta extensibilidad es aun más factible si se admite, tal y como propondré, una lectura del art. 19 LTD en gran medida, en términos de principios y obligaciones de eficacia directa.

Hemos de reconocer que, pese a estar también implicados derechos fundamentales, la interacción entre la digitalización y los derechos colectivos no constituye la temática “estrella” de actualidad², ni en el aluvión de normas, declaraciones, estudios y trabajos preparatorios que se están gestando a nivel europeo en la dirección de tratar de alcanzar un “humanismo tecnológico”³, como tampoco en la negociación colectiva española. A nivel europeo pesan mucho más otras cuestiones, algunas de ellas obviamente elementales, como son la clarificación sobre el carácter laboral de las prestaciones de servicios en las plataformas di-



1 En esta línea y en un sentido similar al que proponemos en el texto en la interpretación del art. 19 LTD, podemos citar ya a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales (2021), en cuyo Considerando 45 reconoce que *“El trabajo en plataformas digitales se caracteriza por la falta de un lugar de trabajo común donde los trabajadores puedan conocerse y comunicarse entre ellos y con sus representantes, también con miras a defender sus intereses frente al empleador. Por lo tanto, es necesario crear canales de comunicación digitales, en consonancia con la organización del trabajo de las plataformas, en los que las personas que realizan trabajo en plataformas puedan comunicarse entre ellas y donde sus representantes puedan ponerse en contacto con ellas. Las plataformas digitales de trabajo deben crear esos canales de comunicación dentro de su infraestructura digital o a través de medios igualmente eficaces, respetando al mismo tiempo la protección de los datos personales, y deben abstenerse de acceder a esas comunicaciones y de supervisarlas”*.

2 No obstante, se refiere a la incidencia del teletrabajo sobre los derechos de participación y representación de los teletrabajadores, que no pueden verse perjudicados, y al derecho de acceso de los representantes de los trabajadores al lugar de trabajo del teletrabajador: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Los retos del teletrabajo: organización de la jornada de trabajo, equilibrio entre vida privada y vida laboral y derecho a desconectar», DOUE (2021/C 220/01). También destaca como riesgo del teletrabajo, la dificultad de las personas trabajadoras para establecer contacto con los representantes de los trabajadores, así como las dificultades de éstos para controlar las condiciones de trabajo cuando se desarrollan a domicilio: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Teletrabajo e igualdad de género: requisitos para que el teletrabajo no exacerbe la distribución desigual de los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados entre mujeres y hombres y que sirva de motor para promover la igualdad de género» (2021/C 220/02).

3 Por ejemplo, la Declaración Europea sobre los Derechos Digitales de 26 de enero de 2022 aborda esas grandes cuestiones apuntadas en el texto, sin hacer alusión alguna de carácter expreso a los derechos colectivos de los trabajadores o a sus organizaciones. Y ni tan siquiera es una prioridad para el Acuerdo Marco Autónomo de los Interlocutores Sociales Europeos sobre Digitalización de diciembre de 2020, que tan sólo alude como una medida instrumental a considerar, la de proporcionar a los representantes de los trabajadores servicios y herramientas digitales, por ejemplo, los tableros de anuncios digitales, para que cumplan sus obligaciones en la era digital. En consonancia, tampoco la Carta de Derechos Digitales de España se refiere a los derechos colectivos de los trabajadores en los contextos digitales, para limitarse a referirse al papel instrumental de la representación legal de los trabajadores como receptores de información sobre los cambios tecnológicos que vayan a producirse en la empresa, como los vinculados a la protección de la intimidad, el honor, la protección de datos y discriminación, y a la negociación colectiva como posible instrumento de garantías adicionales.

giales⁴, la tutela del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral⁵, de la privacidad y de la protección de datos⁶, así como la emergente preocupación por la discriminación algorítmica⁷. Ahora bien, pese a que éstas se erigen en los problemas más acuciantes, cuando del ámbito laboral se trata, no pueden dejar de atenderse desde la necesaria tutela y control colectivos⁸. Y, desde luego, no pueden verse satisfechos por un enfoque eminentemente individual, ni por una insuficiente exigencia de información y consulta, o por la vaga referencia a las posibilidades que pueda ofrecer la negociación colectiva. Todos estos derechos o facultades de participación y negociación, aparte de insuficientes, necesariamente se edifican sobre los pilares de una fuerza colectiva niveladora que sustituye a la individual, y que exige la plena eficacia de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, huelga y de planteamiento de los conflictos colectivos. Sin embargo, **por el momento, el enfoque colectivo en el tratamiento de la digitalización en las instancias comunitarias está prác-**

.....

4 Véase la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales (2021). No obstante, esta Propuesta de Directiva sí aborda con mucha más intensidad el derecho colectivo. Así, en su art. 6.1 y 2 y 4 reconoce el derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados sobre el uso de los sistemas informatizados de supervisión, seguimiento y valoración, como de toma de decisiones de sistemas en uso o que vayan a introducirse en la plataforma. También en el art. 9 se detiene en los derechos de consulta e información de los representantes de los trabajadores en relación a las decisiones de gestión algorítmica (introducción o modificación de sistemas). Hay que tener en cuenta que los preceptos relativos a la información y consulta de los trabajadores de plataformas o sus representantes son específicos de los trabajadores por cuenta ajena con arreglo al Derecho de la Unión (considerando 40). También el art. 6.5.c) dispone que “no tratarán ningún dato personal relacionado con conversaciones privadas, incluidos los intercambios con los representantes de los trabajadores de plataformas”. El art. 12, incluye el derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados cada seis meses sobre el número de trabajadores de la plataforma y condiciones de generales de trabajo aplicables a esas relaciones contractuales. Por su parte, el art. 14 también reconoce tanto a los representantes de los trabajadores como a las personas jurídicas que los representen, la posibilidad de actuar en cualquier procedimiento judicial o administrativo, en nombre de aquéllos con aprobación de esas personas. Finalmente, para nuestro estudio resulta particularmente interesante el art. 15, rubricado “*Canales de comunicación para personas que realizan trabajo en plataformas*”, conforme al cual “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las plataformas digitales de trabajo creen la posibilidad de que las personas que realizan trabajo en plataformas se pongan en contacto y se comuniquen entre ellas, y de que los representantes de las personas que realizan trabajo en plataformas se pongan en contacto con ellas, a través de la infraestructura digital de las plataformas digitales de trabajo o de medios igualmente eficaces, al tiempo que se cumplen las obligaciones derivadas del Reglamento (UE) 2016/679. Los Estados miembros exigirán a las plataformas digitales de trabajo que se abstengan de acceder a dichos contactos y comunicaciones o de supervisarlos.*”

5 Por ejemplo, Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión (hacen referencia al papel que puede desempeñar el convenio colectivo, así como a los representantes de los trabajadores, en este caso tanto para su protección en caso de reclamación, como para la posibilidad de reclamación en nombre de los trabajadores, en arts. 5.2 y 6.2). También, por ejemplo, en el ámbito de la salud se predica la necesidad de reforzar el papel de los representantes de los trabajadores (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El diálogo social como instrumento beneficioso para la salud y la seguridad en el trabajo», 2022/C 194/09).

6 Véase al respecto: PÉREZ DE LAS HERAS, B, “Los derechos digitales en la Unión Europea: del liberalismo económico a la protección jurídica”, RGDTSS, nº 57, 2022; PIÑAR MAÑAS, J.L., “Europa apuesta por los derechos digitales”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 983/2022.

En el ámbito laboral es de destacar la Propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial (IA) de fines de 2021. También la Declaración europea sobre derechos y principios digitales, de enero de 2022, se refiere a la necesaria protección frente a la discriminación algorítmica y a la predeterminación de las decisiones en el ámbito del empleo, así como al derecho a la desconexión digital y a unas condiciones de trabajo equitativas y justas en dicho medio.

7 Véase, sobre discriminación algorítmica: SÁEZ LARA, C, “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto para la normativa discriminatoria”, REDT, nº 232, 2020, págs. RR-3.2 y ss, RR-3.14 y ss.

8 SÁEZ LARA, C, “Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales”, Cuadernos de Relaciones Laborales, vol. 40, nº 2, 2022, págs. 296 y 297.

ticamente ausente lo que puede revertir, también, en una menor atención de los actores nacionales a los aspectos colectivos de la digitalización⁹. Puede ser que la exclusión del derecho de sindicación y de huelga del art. 153.5 TFUE sea un motivo para ese punto ciego a nivel comunitario. No obstante, difícilmente puede justificar, por ejemplo, la censura de las necesarias remisiones y/o menciones al Sindicato o a la libertad sindical, a la huelga, o a la eficacia de los derechos de los representantes de los trabajadores¹⁰, consagradas en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (vid arts. 12, 27 y 28) y en la Carta Social Europea del Consejo de Europa revisada (arts. 5, 6, 21, 22, 28 y 29)¹¹. Y aun menos, la ausencia de una perspectiva colectiva para combatir lo que no sería en esta particular fórmula de trabajo flexible, sino una posible vulneración del principio de igualdad y prohibición de discriminación que igualmente consagra la Unión Europea.

Ante esta situación, no puede sino confirmarse que para el análisis de los derechos colectivos de los teletrabajadores, en la actualidad, la norma central de referencia es el art. 19 de la LTD, con independencia de las numerosas alusiones y remisiones que se hace a la negociación colectiva en el texto de su articulado. El marco normativo internacional específico de esta modalidad de organización o prestación laboral se identifica con el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo de 2002¹² (AEMET), y con el Convenio OIT 177 sobre

.....

9 Así lo destaca, por ejemplo, respecto de la gestión empresarial algorítmica: SÁEZ LARA, C, op. cit., págs. 295 y 296.

10 La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales es uno de los pocos referentes del tratamiento de los derechos colectivos a nivel europeo. En esta línea, se pronunció el Parlamento Europeo en los trabajos previos a aquélla (vid. 18 de Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, sobre condiciones de trabajo justas, derechos y protección social para los trabajadores de plataformas: nuevas formas de empleo vinculadas al desarrollo digital (2019/2186(INI)). Con todo, reclama la inclusión de la referencia explícita a los sindicatos y a las representaciones sindicales, y a la necesidad de adecuación de la protección de los derechos de los trabajadores en consonancia con la Carta de los Derechos Fundamentales (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Mejores condiciones de trabajo para una Europa social más fuerte: aprovechar todas las ventajas de la digitalización para el futuro del trabajo» (COM (2021) 761 final).

11 AGUILAR GONZÁLEZ, C, “La acción colectiva en contextos digitales”, en AAVV -dir. GÓMEZ MUÑOZ-, “Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto”, Bomarzo, Albacete, 2021, pág. 72. El mismo art. 151 TFUE afirma inspirarse en los derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989. Véase también, en el Preámbulo de la CDFUE. Asimismo, por el interés que puede tener en nuestro trabajo, es de destacar el art. 28 de la Carta Social Europea revisada. Por su parte, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores reconoce los derechos de libertad sindical, huelga, negociación y conflictos colectivos en sus arts. 11 a 14 y a los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en los arts. 17 y 18. Es de destacar también que este último art. 18 establece que la los derechos de información, consulta y participación deben llevarse a cabo en el momento oportuno, y en particular, entre otros, “cuando se introduzcan en las empresas cambios tecnológicos que afecten de forma importante a los trabajadores en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo y a la organización del trabajo;...”. Al respecto, véase: MONEREO PÉREZ, JL., “La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como “Constitución Social” de la Europa amplia”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 4 (2022), págs. 215-326); PRECIADO DOMENECH, *La Carta Social Europea y su aplicación. Los derechos sociales en serio*, Bomarzo, Albacete, 2021; AA. VV -dir. SALCEDO BELTRÁN, C.-, *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo*. Homenaje al Profesor José Vida Soria, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

12 No obstante, la STS. 11 de abril de 2005, rec. 143/2004, relativizó el valor de esta fuente. En similar sentido, puesto que al estar fundado en el art. 139 TCE, actual art. 155.2 TFUE, no tiene una naturaleza jurídica normativa sino obligacional: SALA FRANCO, T, “La normativa internacional y comunitaria sobre el teletrabajo”, en AAVV -dir. SALA FRANCO, T-, “El teletrabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 58.

el Trabajo a Domicilio y la Recomendación OIT 184, sobre el Trabajo a Domicilio, ambos de 1996¹³. Estos instrumentos internacionales, y con mayor profundidad el Acuerdo de 2002, también abordan entre sus preceptos los derechos colectivos de los teletrabajadores y de los trabajadores a domicilio, respectivamente.

Como he anticipado, en materia de los derechos colectivos en el teletrabajo, el art. 19 de la LTD es el más concreto, avanzado y comprometido de las principales fuentes referidas en la materia. En fin, **el art. 19 LTD, es un precepto realmente importante** por dos grandes razones o conclusiones. Una primera, porque reconoce y responde a un principio general rector de los derechos colectivos en el trabajo a distancia y asimilables, cual es la igualdad real y efectiva de las personas trabajadoras a distancia en todos los derechos colectivos. Una segunda, porque el art. 19 LTD no puede ser interpretado a la luz de la doctrina principal de la STC. 281/2005, 7-11.

II. LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA COMO PRINCIPIO RECTOR EN TODOS LOS DERECHOS COLECTIVOS

Del art. 19.1 LTD se desprende un **principio general** en relación a los derechos colectivos de los teletrabajadores, que es el principio de igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación. Esta declaración, no es sino una especificación de la más amplia recogida en el art. 4 LTD¹⁴, y se encuentra en plena sintonía con el AMET, más concretamente con su art. 4, de corte general, y específicamente con su art. 11, que se ocupa de los derechos colectivos.

Repárese en que el legislador no se conforma con reconocer una igualdad formal ante la Ley. Por el contrario, a lo largo de todo **el art. 19 insiste en la afirmación de la igualdad real y efectiva de tales personas trabajadoras en relación a la totalidad de los derechos colectivos**. Es más, al recoger expresamente su derecho a la igualdad de oportunidades, está implícitamente reconociendo la necesidad, en su caso, de acciones positivas de adecuación para la efectividad de los derechos colectivos. Esta idea de necesaria adaptación en relación a los derechos de los teletrabajadores también late en el AMET, concretamente en su art. 4, respecto de sus condiciones de empleo, y en el Preámbulo y en el art. 4 del Convenio OIT sobre trabajo a domicilio.

13 Instrumentos internacionales en los que se inspira (vid. Exposición de Motivos de la LTD).

14 O del principio de equiparación que identifica en el art. 4 LTD, por ejemplo, las SSAN núm. 104/2021 de 10 mayo, proto 105/2021 y núm. 117/2022 de 12 septiembre, rec. 204/2022.

Por consiguiente, el reconocimiento del derecho al trato igual, al ejercicio de sus derechos colectivos en igualdad de condiciones que los trabajadores presenciales, es muy diferente del que se recogía en el precedente art. 13.5 ET desde el texto originario del Estatuto de los Trabajadores hasta su modificación por el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, donde se limitaba a reconocerles el ejercicio de los “derechos de representación colectiva” “conforme a lo previsto en esta Ley”¹⁵.

“Los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en esta ley. A estos efectos dichos trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa”.¹⁶

En definitiva, el legislador les reconocía los “derechos de representación colectiva”, que técnicamente se limitan a los del Capítulo Primero del Título II, del ET, y que, al menos en términos literales, no se extienden a los derechos de reunión del Capítulo II del mismo título, ni, por consiguiente, al ejercicio de los derechos de asamblea, locales y tablón de anuncios. El trabajador a distancia era observado, por consiguiente, desde una perspectiva pasiva, fundamentalmente electoral, pero no, por así decirlo, integrativa en equivalencia de condiciones. Por otra parte, el legislador se contentaba con reconocer la igualdad formal de estos trabajadores a distancia en tales aspectos limitados, asumiendo con toda probabilidad la renuncia -¿por imposibilidad implícita o natural?- de los restantes derechos, y, en todo caso, sin atención o adaptación particular al trabajo a distancia. Claro está, esa visión respondía a un momento histórico en que tanto uno como otro, y en particular el teletrabajo, podían considerarse marginales y en el grueso de los casos del trabajo a domicilio, cercano geográficamente al centro de trabajo presencial.

En cambio, en la situación actual y sobre todo proyectada sobre un futuro muy diferente, esos derechos colectivos se les reconocen en el art. 19 LTD en términos de principios, es decir, no limitados en a su ámbito material al Estatuto de los Trabajadores y, aun menos, a los regulados en el Capítulo I del Título II. Por el contrario, se extienden a todos los “derechos de naturaleza colectiva”, dado que además se les reconoce, como precisa el art. 19.1.1º, “con el mismo contenido y alcance” que a los presenciales. Este ámbito material pleno se confirma, para mayor evidencia del contraste normativo, con los siguientes apartados 2 y 3, que se refieren a derechos integrados en el Capítulo II del Título II del Estatuto. Por

15 Así lo pone en evidencia: RON LATAS, R, “Los derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia”, en AAVV -dirs. SAGARDOY DE SIMÓN, I/NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P, *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre)*, Dykinson, SL, Madrid, 2021, págs. 152 y 153.

16 La versión del art. 13.5 ET anterior al Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, iría encaminada en el mismo sentido: “Los trabajadores a domicilio podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la presente Ley, salvo que se trate de un grupo familiar”. La referencia al grupo familiar no podía ser interpretada como una exclusión del ejercicio de un derecho constitucional, sino en relación con el art. 10.2 ET, y, por consiguiente, su cómputo como unidad (por todos: ALBIOL MONTESINOS, I, en SALA FRANCO, T/ALBIOL MONTESINOS, I, *Derecho Sindical*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 170; THIBAUT ARANDA, J, *El teletrabajo*, CES, Madrid, 2001, pág. 241).

tanto, **este principio rector será la clave interpretativa no sólo del ET, o del convenio colectivo, sino de todas las normas laborales con independencia de su superior rango** y significativamente de la LOLS y del RDLRT¹⁷, en tanto es una clara expresión del art. 14 y 28 CE, aun más a la luz de los Tratados internacionales sobre la materia (art. 9.2 CE)¹⁸.

Pero además, como anticipábamos, la proclamación de esa igualdad en derechos no tiene un carácter puramente formal ni programático. Por el contrario, **el art. 19.1, en interpretación sistemática con el resto de apartados del art. 19, y a la luz de los arts. 14 y 28.1 CE, declara esa equivalencia en derechos en términos de igualdad real o, dicho de otra forma, de resultado, imponiendo obligaciones directas de inmediato cumplimiento.**

Así, el art. 19.1.2º LTD asume implícitamente una llamada a la negociación colectiva como instrumento privilegiado para llevar a cabo la necesaria adaptación para la efectividad plena de los derechos colectivos de los teletrabajadores. Pero el precepto no parece recoger tan sólo una invitación al ejercicio de una labor que evidentemente siempre podría desempeñar. Es decir, una labor de carácter complementario o suplementario. Por el contrario, parece que **la negociación colectiva (“podrá”) está siendo autorizada, habilitada, para realizar una auténtica labor supletoria e incluso derogatoria cuando ello sea necesario**, precisamente, para garantizar la equivalencia en el ejercicio de los derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia, lo que justificaría también la precaución de insistir en que se haga “*con respeto pleno al principio de igualdad de trato y de oportunidades*”. Piénsese, por ejemplo, en la posible inutilidad del reconocimiento de un derecho a local permanente en supuestos de empresas virtuales con trabajadores distribuidos por todo el territorio nacional. Quizá pudiese ser más acorde a las finalidades de aquél la negociación sobre derechos de uso y/o alquiler de locales rotatorios como de otras facilidades. En estos casos extremos de adaptación, la negociación colectiva conferiría, en principio, una mayor seguridad jurídica para el empleador, cuando la singularidad de la concreta forma de organización de la actividad laboral así lo requiera para la efectividad de los derechos de los teletrabajadores.

Pero, ese deber de respeto y satisfacción de estos derechos por los sujetos implicados mediando a su cargo la necesaria adaptación, ¿exige de la negociación colectiva?. En mi opinión, no. **La adaptación negociada es deseable, pero no es un requisito ineludible**; la obligación de equiparación en derechos deriva de los arts. 14, 28 y del 19 LTD que, por así decirlo, es un precepto de eficacia directa, sin exigencia de concreción o desarrollo en la negociación colectiva. En definitiva, la negociación colectiva está facultada [“podrá”] para establecer las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las perso-

17 En similar sentido: RON LATAS, R, cit., págs. 152 y 153.

18 En similar sentido, lo contrario constituiría una vulneración del art. 14 CE: RON LATAS, R, cit., pág. 153.

nas trabajadoras a distancia, en atención a las singularidades de su prestación, y siempre con pleno respeto al principio de igualdad de trato y oportunidades entre quien trabaje a distancia y quien trabaje presencialmente. Pero, con independencia de que la negociación colectiva regule o no esas adaptaciones, aquéllos de quien depende el ejercicio de los derechos, aquellos titulares de obligaciones, tienen que satisfacerlos, tienen que cumplirlos adecuadamente, conforme a la finalidad perseguida y en respeto del principio de proporcionalidad¹⁹.

Esta interpretación se deduce de la literalidad del art. 19.1, no sólo por su nueva redacción contrastada con la precedente, sino también porque en ningún momento condiciona en tal sentido el principio de la igualdad efectiva en el ejercicio de los derechos colectivos. Por el contrario, sus expresiones son contundentes al afirmarlos: “*tendrán derecho a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas*”; la ya referida atención a sus singularidades y al principio de igualdad de trato y -significativamente- de oportunidades, que en cualquier caso, no podría obviarse en virtud del art. 14 CE y, en su caso, del 28.1 CE; la rotunda afirmación de que “*la empresa deberá suministrar a la representación legal de las personas trabajadores los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa...*” (19.2.1º); como también las categóricas afirmaciones del “deber” de asegurarse que no existen obstáculos de comunicación, participación, y votación presencial, de las personas teletrabajadoras (19.2.2º y 3); la insistencia en el apartado 3º de que se garantice la participación “efectiva” de aquéllas -por dos veces se utiliza el término en dicho apartado-; y, finalmente, la inexistencia de tal condicionamiento respecto de los equivalentes derechos de los trabajadores presenciales, pese a que también aquellos presentan a menudo amplias dosis de indeterminación, y frente a los que se persigue tan sólo una adecuación, para garantizar la utilidad real de los mismos.

En definitiva, como he anticipado, **el art. 19 LTD, parece asumir una auténtica obligación de resultado, de la que el empresario será comúnmente el titular, pero no el único.** Recordemos que los derechos (ej. libertad sindical) se pueden esgrimir frente a la empresa, la administración, sindicatos, representantes, etc... y frente a una pluralidad de ellos. De ahí que el art. 19.2.2º y 3 exprese de manera impersonal tales deberes, pues verdaderamente la obligación de garantía de equiparación es predicable de todos los actores sociales que se vean implicados en el ejercicio de los mismos, ya sean sindicatos, ya sean representantes legales de los trabajadores, ya sea el comité de huelga, ya sea la asamblea de trabajadores, ya sea la mesa electoral.... De ahí, nuevamente, el acierto del art. 19.2º y 3 LTD en esa redacción impersonal y genérica, que confirma además su carácter rector, sin asumir una imposible pretensión de desarrollo exhaustivo de un elenco de derechos,

.....

19 Pone el acento en que en buena medida la eficacia y garantía de estos derechos dependerá de su regulación por la negociación colectiva: DOMÍNGUEZ MORALES, A, “Derechos colectivos de los trabajadores a distancia en el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre: problemas de aplicación práctica”, *Revista: Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, nº 3, 2021, pág. 145.

deberes, y sujetos obligados. Ahora bien, el empresario, como tal titular de la organización en la que se integra la persona trabajadora, es también el responsable de prever los medios necesarios para el adecuado ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, de manera que éstos no queden neutralizados por su opción de negocio²⁰, de ahí que el art. 19.1.1º LTD le dedique una particular atención.

El resultado objeto de la obligación legal del empleador no es otro que ese, en definitiva, la inocuidad del impacto del teletrabajo (o más ampliamente, del trabajo a distancia) a efectos de todos y cada uno de los derechos colectivos. Los medios, por consiguiente, y siempre en respeto de los concretados por el legislador en el art. 19, abarcan un amplísimo campo de posibilidades, a depender del tipo de organización, modalidad del trabajo a distancia, evolución de la técnica, capacidad económica de la empleadora... E, indudablemente y como el art. 19.1.2º expresamente indica, a su concreción puede contribuir total o parcialmente la negociación colectiva. En caso contrario, **el empleador será libre de elegir los medios de cumplimiento de dicha obligación de equiparación, siempre y cuando superen lo que podríamos llamar el “test de inocuidad”**, prescindiendo ahora de los incumplimientos puntuales derivados del azar o el caso fortuito.

No obstante, tampoco está descartado que se interprete como el reconocimiento de una obligación de medios acentuada, en tanto está condicionada por el requisito de su adecuación en relación a la finalidad perseguida. Lo que nuevamente nos llevaría a la exigencia de la superación de lo que hemos designado como “test de inocuidad”. Las diferencias entre una y otra definición recaerían principalmente en el ámbito de la responsabilidad y de la carga de la prueba; si el objeto de la obligación es el resultado, probada la frustración de éste implicaría su incumplimiento y la presunción de la insuficiencia de la diligencia practicada o culpa, salvo fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva del perjudicado. En definitiva, habría una responsabilidad cuasi objetiva; no en vano, es el titular del establecimiento, o en su caso del derecho, el que genera el riesgo. Por el contrario, si se configura como una obligación de medios (de actividad o diligencia), la insuficiencia o negligencia en la adopción de los mismos tendría que ser acreditada por la contraparte²¹. La responsabilidad sería entonces culposa aun cuando se extremasen las exigencias de diligencia.

Finalmente, en relación al papel de la negociación colectiva, he indicado que este es potestativo, en la medida en que es inmediata la efectividad de la obligación empresarial

.....

20 En este sentido: BAYLOS GRAU, A/VALDÉS DE LA VEGA, B., “El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo”, en AAVV -coord. Alarcón Caracuel, M.R./Esteban Legarreta, R.-, *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, págs. 121 a 125.

21 BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., “Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2014), Vol. 6, nº 2, págs. 53 a 55, 58, 63. Como señala la referida autora, en la delimitación entre las obligaciones de medios y de resultado parece pesar la consideración de la intervención del azar o de otras variables ajenas a la voluntad y actividad del acreedor; cuando el peso de aquellos puede ser importante, difícilmente se podrá presumir una obligación de resultado.

de garantía de inocuidad del teletrabajo a efectos del ejercicio de los derechos colectivos del art. 19 LTD. Estas afirmaciones son particularmente útiles ante una negociación colectiva, como ha venido a designar un sector doctrinal, de “bajo perfil”²². Los estudios que han abordado el análisis de la regulación del teletrabajo en la negociación colectiva coinciden en su valoración negativa, y aun más en materia de derechos colectivos, que tan sólo se regula parcialmente en escasas ocasiones²³. Pero, qué duda cabe, la negociación colectiva es el medio más idóneo para satisfacer esta necesidad de adecuación a que está llamada; así lo avala el carácter de la materia -no susceptible, por lo demás, de negociarse mediante autonomía individual-, la seguridad jurídica que le conferiría a la empleadora y la necesaria implicación de los representantes de los trabajadores en la tutela de los derechos fundamentales en la empresa y, en concreto, en el aseguramiento de la garantía constitucional y legal del contrapeso de los poderes empresariales en la empresa.

III. LOS DERECHOS DE COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y LA SUPERACIÓN DE LA STC 281/2005

La STC 281/2005 marcó un hito en la interpretación del art. 8.1 LOLS, y en los derechos de información y comunicación de los sindicatos a través del correo electrónico o, más ampliamente, medios telemáticos de titularidad de la empresa. Concluye la citada sentencia que:

- a) El art. 8.2. a) y c) LOLS, que se refieren al derecho a tablón y al derecho a local, son expresión del contenido adicional de la libertad sindical. Por tanto sólo derivará en obligación para la empresa en los términos en que los recoge la LOLS. Por otra parte, esa calificación como contenido adicional conlleva también que no pueda imponerse desde el Tribunal Constitucional una interpretación actualizada de los mismos que ampare el derecho al uso de correo electrónico y medios telemáticos de la empresa por parte del Sindicato o las secciones sindicales.

.....

22 NAVARRO NIETO, F, “Representación y acción sindical en la economía digital”, en AAVV -dir. GÓMEZ MUÑOZ, JM-, *Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto*, Bomarzo, Albacete, 2021, pág. 32.

23 Véase, por ejemplo: BENAVENTE TORRES, I, “Los derechos colectivos en el trabajo a distancia”, en AAVV -dir. GÓMEZ MUÑOZ, JM-, *Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto*, Bomarzo, Albacete, 2021, págs.189-226.

- b) En cambio, visto desde otra perspectiva, el derecho de información es contenido esencial de la libertad sindical. Más concretamente, el art. 8.1 LOLS, y fundamentalmente sus apartados b) y c), son especificaciones de ese derecho de información sindical. Ahora bien, esos derechos del art. 8.1 LOLS no agotan su contenido, que es realmente más amplio, pues abarca la transmisión de la información a todos los representados, afiliados o no y tutela todas las vías de transmisión que se hagan fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa. Por consiguiente, *“a) el flujo de la información sindical resultará objetivamente perjudicado si el empleo de los instrumentos prácticos o medios materiales que pueden favorecerla es obstruido. b) La garantía del contenido esencial del derecho fundamental, consistente en evitar el establecimiento de dificultades a su ejercicio más allá de lo razonable, no es ajena al empresario, en la medida en que la actividad sindical se desarrolle en el seno de su organización productiva; c) Tenga o no un deber de colaboración en la promoción del derecho fundamental..., los pactos o sus posibles concesiones previas, el empresario tiene en todo caso una obligación de no obstaculizar injustificada o arbitrariamente el ejercicio de dicho derecho”*.
- c) En definitiva, el contenido esencial de la libertad sindical *“se rebasa o se desconoce cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”*. Y, por tanto, su tutela la impide -entre otros- todos los actos meramente negativos, carentes de justificación dirigidas a obstaculizar el ejercicio de dicho contenido esencial, con lo que *“no resulta compatible con la efectividad del derecho fundamental una negativa a la puesta a disposición de los instrumentos de transmisión de información existentes en la empresa (correo electrónico) que resulten aptos y cuyo empleo sindical pueda armonizarse con la finalidad para la que hayan sido creados, lo que sucederá cuando la negativa constituya una mera resistencia que no encuentre justificación en razones productivas o en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario”*.

Desde la perspectiva del contenido adicional de la libertad sindical, el empresario no está, por tanto, obligado a dotarse de esa infraestructura cuando la negociación colectiva no le obliga, puesto que la LOLS no asume tal deber como contenido adicional de la libertad sindical. Pero cuando la empresa tiene tales medios (preexistencia), el contenido esencial de la libertad sindical impone que les permita tal uso (para la transmisión de la información sindical y laboral) en la medida en que (ponderando con los intereses empresariales) sea compatible con la finalidad empresarial para la que fueron previstos por su titular (sin perturbar la actividad normal de la empresa y prevaleciendo en caso de conflicto los inte-

reses de ésta), y que no supongan gravámenes adicionales para el empleador (ya que tales cargas no están expresamente prescritas), como pueda ser la asunción de mayores costes.

Pues bien, el grueso de la doctrina consultada parece, en mayor o menor medida interpretar que el art. 19.2 LTD no hace sino asumir tal doctrina constitucional²⁴, con su consiguiente traducción posterior en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina judicial de los Tribunales inferiores. Por otra parte, en esas lecturas se observa cierta inestabilidad cuando se afirma que del art. 19 deriva la necesaria “matización” de esa doctrina constitucional, si bien con el trasfondo de la presunción de la preexistencia en el teletrabajo de esos medios telemáticos hábiles para la intercomunicación de las personas trabajadoras y sus representantes²⁵. Otros sectores doctrinales, relativizan aun más claramente el valor del art. 19.2 LTD, que no iría mucho más allá de reconocer a nivel legal la dudosa extensión de tal doctrina a la representación legal o unitaria²⁶; dado que aquel pronunciamiento se fundaba en el art. 28.1 CE, es decir, en la libertad sindical, no ampararía a los órganos de la representación unitaria como tales, sino a lo sumo, a los derechos de actividad sindical de los representantes unitarios elegidos en una candidatura sindical (art. 2.1.d) LOLS).

Sin embargo, en mi opinión, **el art. 19.2, en conjunción con el art. 19.1. LTD, va mucho más allá de la referida doctrina constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo**. Se trata de un precepto que regula novedosamente una cuestión nueva, con lo que no puede interpretarse a la luz de las limitaciones y condicionamientos de su doctrina principal. Téngase en consideración lo siguiente:

- a) **La STC. 281/2005 no aborda en particular el trabajo a distancia ni más concretamente el teletrabajo.**
- b) Además, la STC. 281/2005 parte de dos razones para negar una lectura expansiva o actualizada del art. 8.1.b) y c) y 8.2.a) LOLS, este último como contenido adicional de la libertad sindical, cuales son, por un lado, la existencia de otras vías eficaces de comunicación sindical en la empresa, y por otro, la inexistencia de una norma que imponga tales obligaciones. Parece obvio que ni una ni otra apreciaciones son trasladables al trabajo a distancia ni, en concreto, al teletrabajo por lo que sigue.

Es evidente que **en el teletrabajo** e incluso más ampliamente en el trabajo a distancia, como modalidades de organización empresarial, difícilmente puede considerarse que

.....

24 Por todos: RON LATAS, R, cit., págs. 156 a 159.

25 NAVARRO NIETO, F, “Representación y acción sindical en la economía digital”, cit., págs. 48 a 52; VALLE MUÑOZ, F.A., “Los derechos colectivos en el teletrabajo”, Trabajo y Derecho, nº 79-80, págs. 9 10. Por su contundencia, más cercana al sentido que proponemos en texto, se muestra: DOMÍNGUEZ MORALES, A, “Derechos colectivos de los trabajadores a distancia en el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre: problemas de aplicación práctica”, cit., págs. 151-153 y 160.

26 NAVARRO NIETO, F, “Representación y acción sindical en la economía digital”, cit., págs. 40 y 41.

haya otras vías eficaces de comunicación sindical o, al menos, que estas lo sean en equivalencia al trabajo presencial, que es el modelo del que parte la LOLS. O dicho de otra forma, **con carácter general, será difícil -por indebidamente restrictivo- rechazar una interpretación actualizada del art. 8.1. b) y c), como de su segundo apartado, letras a) y c) LOLS**, a la luz de las nuevas tecnologías de la información, pues esta viene exigida por la necesidad de la garantía de la efectividad del derecho de los trabajadores a distancia para que tales medios puedan ser verdaderamente eficaces, en términos equivalentes al trabajo presencial²⁷.

Por otra parte, **en la actualidad, difícilmente puede considerarse que no haya una norma que imponga tales obligaciones** y que estas tengan que estar transcritas en el acuerdo o convenio colectivo. Por el contrario, aparte del importantísimo art. 19.1 LTD, al que me he referido extensamente en el anterior epígrafe, el segundo apartado del art. 19.2 LTD impone obligaciones muy concretas de mínimos (suministro de medios precisos para el desarrollo de la actividad representativa y, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual), y una obligación genérica también muy concreta de “... *que no existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de personas trabajadoras.*”. Obligación genérica sobre la que insiste el art. 19.3, que por dos veces exige la garantía de participación efectiva o real de estas personas trabajadoras a distancia.

Es cierto que este precepto, el art. 19.2, como en su apartado 3 LTD, se refiere a la “*representación legal de las personas trabajadoras*”, lo que nos remite a la representación unitaria y no así, en estricto, a la representación sindical, ya sean los afiliados, las secciones sindicales o al sindicato. Sin embargo, aun en el caso de interpretarse restrictivamente por su literalidad y rango normativo, **el art. 19.2 y 3, como hemos defendido antes, es un precepto que no hace sino especificar lo impuesto por el art. 19.1 LTD y los arts. 14 y 28 CE, tanto más a la luz de los arts. 5 -derecho de sindicación- y 28.b) de la Carta Social revisada, y del Convenio nº 135 OIT**, relativo a la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa (art. 2.1 y 5). Más concretamente a la vista del art. 5 del Convenio nº 135 OIT, ¿qué sentido tendría hacer de mejor derecho a la representación legal frente a la sindical, que además goza de reconocimiento constitucional?.

Por tanto, según vimos, su interpretación extensiva se impondría por imperativo del art.19.1, que garantiza la equivalencia de los trabajadores a distancia en el ejercicio de todos los derechos colectivos. También apoyan estas consideraciones que el art. 19.2.2º in

.....

27 En sentido similar, la SAN. núm. 99/2022 de 27 junio, proto. 128/2022, con base en el art. 8 LOLS y sin necesidad de apoyo en el art. 19 LTD. Este pronunciamiento marca distancias con la anterior SAN. núm. 130/2020 de 30 diciembre, proto 213/2020, aun sin negar las diferencias entre los supuestos de base y sus pretensiones.

fine reconoce el deber de aseguramiento de que no existan obstáculos para la comunicación tanto con los representantes legales como *“con el resto de las personas trabajadoras”*. Idea sobre la que se insiste en el apartado 3 respecto de los derechos de participación efectiva en las actividades de carácter colectivo. Finalmente, esta es la línea interpretativa que, según parece, está adoptando la Audiencia Nacional, como revela su sentencia núm. 99/2022 de 27 junio, proto. 128/2022, que en su argumentación incluye a las secciones sindicales en esa representación legal de los trabajadores a que se refiere el art. 19 LTD; implícitamente interpreta que por representación legal de los trabajadores debe entenderse también a las secciones sindicales.

Por otra parte, **desde la perspectiva del contenido esencial del derecho de libertad sindical** e, incluso específicamente, de los derechos del art. 8.1. b) y c) LOLS, considero, igualmente, que **viene impuesta esa lectura o interpretación actualizada**. Y no sólo porque el art. 19.2 LTD reconozca a la representación legal o, como venimos defendiendo, sindical, ese derecho a los “<elementos precisos”, y al “acceso a las comunicaciones”, y a conocer las direcciones de correo electrónico “de uso en la empresa”. Es evidente que este reconocimiento expreso facilita la ostentación y ejercicio de tales derechos y que claramente bajo las condiciones antes expuestas, la STC. 281/2005 las ubicó en el contenido esencial de la libertad sindical. Pero ahora, ya **desde la consideración específica del trabajo a distancia, lo que debe prevalecer son otras consideraciones que hace la propia sentencia constitucional en sus Fundamentos Jurídicos 6º y 7º**. Porque, de no hacerse una interpretación actualizada del art. 8.1 LOLS para estas modalidades de trabajo, se estaría potencialmente admitiendo que la organización del trabajo y, en definitiva, la opción de empresa unilateralmente elegida por el empleador, dificulten o hagan impracticable el ejercicio de un derecho fundamental, con lo que, a tenor del FJº 6º de la citada sentencia, se estaría rebasando o desconociendo ese contenido esencial del derecho de libertad sindical. Efectivamente, la propia organización del trabajo puede erigirse, como de hecho sucede en el trabajo a distancia y en el teletrabajo, en una limitación que haga impracticable, dificulte exorbitantemente, o despoje a las personas trabajadoras de la necesaria protección al derecho.

También haciendo uso de los términos utilizados en el FJº 7, la modalidad de organización empresarial puede suponer que el flujo de la información sindical quede objetivamente perjudicado al verse obstruida o dificultada la vía presencial de comunicación. Y como se reconoce en el citado FJº *“el empresario tiene en todo caso una obligación de no obstaculizar injustificada o arbitrariamente el ejercicio de dicho derecho”*, consistiendo la garantía del contenido esencial del derecho fundamental *“en evitar el establecimiento de dificultades a su ejercicio más allá de lo razonable”*, con lo que dicha garantía *“no es ajena al empresario, en la medida en la actividad sindical se desarrolle en el seno de su organización productiva”*.

Por consiguiente, a la luz de los arts. 14 y 28.1 CE, como de las normas internacionales atinentes a tales derechos así como a los específicos relativos a la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores y al teletrabajo y trabajo a distancia o a domicilio²⁸, y del art. 19.1.1º y de su apartados 2 y 3 LTD que son expresión de aquéllos, **considero que viene impuesta una lectura actualizada, extensiva y -como poco- analógica en el seno del art. 8.1 LOLS, en definitiva, en el ámbito del contenido esencial de la libertad sindical, como también del art. 8.2 LOLS respecto del tablón y, en su caso, el derecho a local.** Lectura analógica que, como digo, ni siquiera se plantea respecto del art. 19.2.1º LTD la Audiencia Nacional, en cuanto afirma con rotundidad su aplicación a las secciones sindicales, como tal representación legal de los trabajadores a que alude el citado precepto²⁹.

En conclusión, con el art. 19 LTD se atiende específicamente al trabajo a distancia y al teletrabajo en particular, y confirma no ya la matización, sino la necesaria superación de la doctrina del TC 281/2005 para este colectivo de personas trabajadoras como de aquéllos que sean asimilables en tales dificultades de comunicación. Más concretamente, la empleadora tiene el deber de articular los medios que neutralicen las dificultades en el ejercicio de los derechos colectivos que su decisión de negocio y organización del trabajo provocan. Y lo tiene que hacer con independencia de que suponga un coste añadido para la empresa, con independencia de que preexista o no ese sistema de telecomunicación, y en atención a una finalidad sindical propia, es decir, sin subsunción a los fines económicos de la empleadora. Su opción de negocio es legítima, claro está, pero con ella no puede eliminar u obstaculizar el ejercicio de los derechos colectivos laborales.

Repárese que en esa interpretación actualizada del art.8 LOLS, el tablón sindical se convierte en ese -en principio sólo- añadido “*tablón virtual*” para las secciones sindicales del art. 8.2 LOLS. Por el contrario, los derechos de comunicación con los trabajadores, expresión del contenido esencial de la libertad sindical, como los calificaba la propia STC 281/2005 (aun con los límites expuestos que, en cualquier caso se predicen del trabajo presencial y no del trabajo a distancia), tienen que reconocerse a todas las secciones sindicales y afiliados en la empresa en una lectura actualizada del art. 8.1 LOLS. Desde esta perspectiva, **el correo electrónico** -al que, “entre otros” puede considerarse referido el art. 19.2 cuando menciona el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas-, **como cualesquiera otros medios adecuados de comunicación, se trasmutan ahora en los despachos compartidos o accesibles, los pasillos, las cantinas o cafeterías, las puertas de**

28 Véase, en particular: art. 4.1 y 2.a) y b) del Convenio OIT nº 177, sobre el trabajo a domicilio, y el apartado V.11, y XII.29.g) de la Recomendación OIT nº 184, sobre el trabajo a domicilio. También los apartados 4, 9 y 11 AMET.

29 SAN núm. 99/2022 de 27 junio, proto128/2022.

las fábricas..., que devienen en insuficientes o inexistentes como espacios tradicionales de contacto humano y, consiguientemente, de acción sindical. **Sin ellos la acción sindical devendría, sencillamente, en imposible** y de ahí que no pueda negarse con carácter absoluto a ningún sindicato ni en función de su representatividad ni aun por razón de su falta de implantación en la empresa³⁰.

Finalmente, hay que dar respuesta al significado a los incisos de “*acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa*”, y al requisito con que concluye el párr. 1º del art. 19.2 LTD, cual es “*cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia*”. Ambas precisiones se han interpretado como una confirmación de la recepción de la doctrina de la referida STC 281/2005 (preexistencia de la infraestructura y prevalencia de los fines empresariales), con lo que, efectivamente, el art. 19.2 LTD no añadiría nada, ni supondría una mayor carga u obligaciones para la empleadora, o, en el mejor de los casos, tan sólo forzaría a matizaciones respecto de aquélla³¹. En coherencia con lo que he venido exponiendo, tampoco es esa mi opinión.

Cuando se refiere a las comunicaciones y direcciones electrónicas “de uso en la empresa”, precisamente lo que refuerza es la obligación de la empresa de suministrar aquéllas, como efectivamente exige con carácter general en relación a los medios necesarios para el desarrollo de la actividad el art. 11 LTD³², sin que se pueda considerar satisfecha la capacidad de comunicación a costa de las iniciativas de los trabajadores, por ejemplo, mediante uso de sus teléfonos particulares, grupos de wasap creados a iniciativa de éstos, o mediante direcciones electrónicas particulares; tampoco aquí la empresa, en el ámbito de los derechos colectivos puede exigir la puesta a disposición de los dispositivos propiedad de la persona trabajadora, como con carácter general prohíbe el art. 17.2 LTD, lo que por lo demás supondría un atentado contra su derecho a la intimidad y protección de datos personales, como del consiguiente abuso de derecho en su imposición, ante la exigencia de ceder sus cuentas de correo personales o similares³³. La empresa tiene que aportar, como también se deriva con carácter general de la obligación de suministro de

.....

30 Más extensamente en: BENAVENTE TORRES, I, “Los derechos colectivos en el trabajo a distancia”, cit, págs. 205 a 207. De hecho, ni tan siquiera es posible esa exclusión en el caso del trabajo presencial (vid. SSTs. núm. 667/2016, de 14 de julio y 21 de febrero de 2019, rec. 214/2017).

31 NAVARRO NIETO, F, “Representación y acción sindical en la economía digital”, cit., pág. 51. Muestra su preocupación, por una posible interpretación por la negociación colectiva que excluya a los trabajadores a distancia que no sean teletrabajadores: DOMÍNGUEZ MORALES, A, “Derechos colectivos de los trabajadores a distancia en el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre: problemas de aplicación práctica”, cit., págs. 152 y 160.

32 Además, es contrario a la libertad sindical privar a la teletrabajadora que pasa a ser liberada sindical al 100% de la compensación por ADSL pactada (STSJ. Madrid núm. 182/2022, 23 de febrero de 2022, re. 1005/2021). En similar sentido, también respecto de la compensación por ADSL del miembro del comité de empresa elegido por lista sindical, y que pasa a liberarse completamente por acumulación del crédito horario: STSJ. Madrid núm. 276/2022 de 25 abril, rec. 108/2022.

33 En este sentido, por ejemplo: SSTs. 21 de septiembre de 2015, rec. 259/2014, y núm. 163/2021 de 8 febrero, rec. 84/2019; y SAN núm. 99/2022 de 27 junio, proto. 128/2022.

medios para el desarrollo de la actividad³⁴, un correo corporativo -en principio, es decir, con carácter presuntivo- al trabajador y a la representación de éstos, como unos medios de comunicación de titularidad patronal. **No se refiere**, por consiguiente, **a la necesidad de preexistencia de las mismas**; su uso habitual puede ser indicio de su adecuación a la finalidad perseguida, pero no un requisito para el surgimiento de la obligación de logro de inocuidad.

Por otra parte, **tales medios de comunicación deben ser**, como acabo de indicar, **adecuados a la finalidad de información y comunicación** perseguidas en equiparación al trabajador presencial, lo que apunta a la exigencia de que sea “**compatible**” con la concreta “forma de prestación del trabajo a distancia”. Es decir, atiende aquí el legislador a la necesaria adaptación a las múltiples diferencias que pueden presentar las necesidades de los trabajadores a distancia y teletrabajadores según la concreta modalidad de organización del trabajo que presenten. De ahí la genericidad de sus expresiones, la inconcreción relativa de los medios, y la invitación a la negociación colectiva para su especificación acordada. **No se refiere**, por consiguiente, y en ningún momento alude a ello, **a la necesidad de conciliación de tales medios con las finalidades empresariales de producción para las que han sido previstos**. Por supuesto que tienen que respetarse los límites del art. 8.1.b) y 68.d) ET; no cabe perturbar la actividad normal de la empresa. Pero no puede confundirse con los condicionantes de la STC. 281/2005; tales medios tienen una finalidad que les es propia, cual es la de lograr la igualdad real y efectiva en derechos del trabajador a distancia.

Con todo este discurso argumental, puedo concluir que el art. 19 LTD tiene el valor de erigirse en un importantísimo avance en respuesta a una problemática ya presente, pero que sobre todo se intuye para el futuro inmediato o a corto plazo. Y, desde luego, es una respuesta inconclusa, como no podía ser menos, y aun más a la luz de una nueva y variadísima realidad. Pero ha contribuido, al menos en mi opinión, a sentar adecuada y coherentemente los pilares de los derechos de actividad de las personas trabajadoras a distancia y asimilables. La vaguedad tanto en sujetos obligados como medios a utilizar que podría apreciarse en él, no es tal si se observa desde estas razones, como desde la perspectiva del contenido esencial de la libertad sindical. Y en la línea de interpretación propuesta, podríamos apuntar tanto la SAN núm. 99/2022, de 27 de junio, como el Considerando 45 y el art. 15 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales (2021), ambas, referidas en páginas precedentes.

.....
34 SAN. núm. 44/2022 de 22 marzo, rec. 33/2022.

IV. ALGUNAS CUESTIONES PENDIENTES A DESTACAR

La defensa del art. 19 LTD que se haya podido apreciar en los epígrafes precedentes, ahora no puede ocultar los inconvenientes de la opción asumida ni la advertencia de los conflictos que pueden devenir en su concreción.

La amplia indeterminación del art. 19 con las ventajas que ello supone, tiene como contrapunto la dificultad de su exégesis, como también de la verificación del cumplimiento de los deberes por parte de la empresa, principal protagonista de los mismos. Por consiguiente, puede convertirse fácilmente en un foco de conflicto, en tanto parece más dirigido a la solución de éste que a su prevención. Será más probable que su aplicación se logre en grandes o, a lo sumo, medianas empresas, con representantes y tradición sindical ya consolidada, provocando, en cambio, su desconocimiento en aquellas empresas en que por su dimensión o por razones diversas no haya presencia sindical y/o representación legal. También **supondrá con toda probabilidad que, en defecto de su concreción por la negociación colectiva**, su verdadera configuración se produzca preferentemente en los Tribunales y, nuevamente, a instancias de una representación legal y/o sindical preexistentes. Esta situación quizá podría haberse evitado si, con fundamento en que están implicados derechos fundamentales, se hubiese exigido la previsión y adopción de las medidas de adecuación en el marco de los derechos colectivos, como presupuesto o exigencia concomitante a la realización significativa del trabajo a distancia, pero no ha sido así.

También **el art. 19 LTD adolece de cualquier referencia al sindicato y a las representaciones sindicales**, como he desarrollado. Es cierto que un tratamiento pormenorizado de los derechos de las secciones sindicales probablemente no sería posible en un RDL o en una Ley por razones de rango normativo, pues tendría que desarrollarse aquéllos por Ley Orgánica (art. 81 CE). Ahora bien, la ausencia de toda mención al sindicato o a las representaciones sindicales no parece que venga impuesta por tales motivos y provoca, nuevamente, dificultades de aplicación.

Obviamente, los derechos colectivos de los trabajadores a distancia y su necesidad de adecuación no concluyen en el aseguramiento de los derechos de comunicación de la representación unitaria, y ni tan siquiera de las secciones sindicales, ni estos se reducen al tablón virtual y al acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa. El art. 19 LTD tan sólo se detiene en lo que es la “punta del iceberg” de la problemática de la acción sindical de los trabajadores a distancia, en definitiva, en los principales escollos derivados de las dificultades de comunicación entre representantes legales y las personas trabajadoras a distancia, y, de manera muy general, entre éstas y las demás personas trabajadoras -podría interpretarse- del centro o, a lo sumo, empresa en cuestión, y

su participación efectiva en las actividades realizadas por todas ellas, incluida la votación presencial en las elecciones a órganos de representación.

En estas condiciones, **quizá el déficit más grave del art. 19 LTD sea, tanto más ante la ausencia de referencia al sindicato, que deja en la más absoluta oscuridad toda garantía de acceso a la plantilla a distancia o teletrabajadora de la empresa por parte de los sindicatos que carezcan de implantación** -en su sentido más amplio- en la empresa, o que supongan la comunicación directa del sindicato con la generalidad de la plantilla. Con ello se deja en el aire, por ejemplo, el ejercicio de derechos legales tan trascendentes como los relativos a los arts. 9.1.c) LOLS y 78.2 ET, o los relativos al ejercicio del derecho de huelga³⁵.

Pero, como ya puede intuirse y hemos apuntado en el epígrafe precedente, las carencias no quedan ahí, en los preceptos apuntados, puesto que la presencialidad facilita los contactos necesarios para la introducción del sindicato en la empresa. Sin embargo, nada de eso está claramente en el art. 19 LTD ni, por ejemplo, en el previamente referido art. 15 de la Propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales, ya que se enfoca a las comunicaciones internas en la empresa (véanse notas 1 y 4). Verdaderamente, para que las personas trabajadoras a distancia puedan ejercer sus derechos colectivos con el mismo contenido y alcance, esas condiciones de garantía en su dimensión esencial se tienen que redefinir, que actualizar exegéticamente, en función de la dimensión cualitativa y cuantitativa del teletrabajo en la empresa. ¿Cómo podría, si no, introducirse un sindicato en la empresa virtual?. Pero, nuevamente, la articulación de esos medios de comunicación, sustitutos de las puertas de las fábricas, de los patios y cafeterías, de los descansillos y pasillos de la empresa, se tendrán que reivindicar por aquéllos que pretendan el ejercicio de unos derechos indefinidos a ejercer sobre unas obligaciones de apariencia programática y en exceso difusos, con lo que se deja en manos del conflicto y de los Tribunales la solución para sus dificultades de existencia y composición.

Los derechos individuales de actividad sindical pueden tan sólo intuirse en el art. 19.2.2º y 3 LTD. Recuérdese que los derechos de acción sindical (arts. 2.1.d) LOLS) como en particular los de los afiliados del art 8.1.a), b) y c) LOLS, les corresponde a éstos, y en su caso a los trabajadores, sin necesidad de constitución de sección sindical. Las personas trabajadoras tienen también derecho a una acción tanto presindical como estrictamente sindical realizada a través de contactos informales, así como, por ejemplo en el caso de los afiliados, a la distribución de información sindical y recaudación de cuotas, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa (art. 8.1.b) LOLS).

.....
35 Más ampliamente: BENAVENTE TORRES, I, cit., págs. 196 a 198. Al respecto, véase también, por ejemplo: GARRIDO PÉREZ, E, “Los retos del conflicto laboral en las empresas digitales”, en AAVV -dir. GÓMEZ MUÑOZ, JM-, *Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto*, cit., págs. 156 a 164.

En consecuencia, los afiliados a cualquier sindicato previa notificación -a efectos de facilitación del local o, en este caso, medios equivalentes- (art. 8.1.b) LOLS), como los trabajadores en general (arts. 77 y ss. ET) tienen, por ejemplo, derecho de reunión fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa. De hecho, igualmente, deberá garantizarse esa ausencia de dificultades de comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y el resto de los trabajadores a efectos de actividad colectiva (art. 19.2.2º párr. LTD). También el art. 19.3 LTD exige la garantía de que las personas trabajadoras a distancia puedan participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras (lo que nos remite implícitamente a la asamblea de trabajadores). Con todo y sobre todo este último art. 19.3 delata de nuevo una visión pasiva y residual de este colectivo, en tanto se recuerda su derecho de participación en las actividades convocadas por “*el resto de personas trabajadoras*”, cuando realmente, la iniciativa podría partir indistintamente del colectivo teletrabajador.

Todos estos derechos individuales de actividad suponen, en principio y aun cuando no se especifique por el precepto, el acceso a esas direcciones electrónicas del resto de la plantilla por el común de las personas trabajadoras, presenciales o a distancia, así como espacios de diálogo confidencial y de reunión equiparables a la realidad presencial. De hecho, más que del derecho de acceso a esas direcciones y contactos, debería hablarse de una puesta a disposición, sin necesidad de solicitud previa y sin supervisión por parte de la empresa que sólo sería un desincentivo y un obstáculo a la misma, y que negaría, por supuesto, la equiparación a la libertad y confidencialidad en la comunicación en el trabajo presencial. Como puede observarse, estas apreciaciones van nuevamente en la línea del Considerando 45 y del art. 15 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales, referido en páginas anteriores. **La auténtica equiparación pasa por crear espacios virtuales y medios de comunicación que emulen o al menos sustituyan eficazmente a la vida real, también las conexiones internas como externas al centro de trabajo y empresa.**

También **garantiza el art. 19.3 LTD** para las personas trabajadoras a distancia, **el voto presencial en las elecciones a representantes de los trabajadores**. Frente a los que consideran que constituye una asincronía y que en el caso del teletrabajo debería haberse sustituido o, al menos previsto, el derecho de voto electrónico³⁶, en mi opinión, **la opción legal tampoco es criticable**. Verdaderamente a lo que responde es a

.....

36 En este sentido, por todos: NAVARRO NIETO, F, cit., pág. 43; VALLE MUÑOZ, FA, “Los derechos colectivos en el teletrabajo”, Trabajo y Derecho, nº 79-80, pág. 6. Admiten la validez del acuerdo de la Mesa Electoral de realizar la votación de forma telemática: SJS de Granada núm. 312/2021 de 7 julio, proto. 145/2021 y SJS de Madrid núm. 321/2015 de 21 septiembre, proto. 542/2015.

un fomento de la participación electoral, a la necesidad más amplia de adecuación de la normativa electoral, que no se limita a la problemática del trabajo a distancia, como también a la desconfianza del secreto del voto y manipulación electoral del voto electrónico y sus dificultades técnicas. No hay aún intención de que las elecciones sindicales -al menos por el momento- sean con carácter general telemáticas, ni que este modelo pueda imponerse a los convocantes y partícipes en las mismas puesto que, entre otras razones, hurtaría la autogestión de los trabajadores y de su control por los sindicatos. No es asumible que la mesa electoral decida unilateralmente una modalidad de voto no prevista por el legislador, y la imponga a unos y otros asumiendo unas connotaciones completamente diferentes a las legales³⁷, generando una profunda desconfianza en los votantes como en los votados, y privando de tales facultades a los legítimos interesados. Tampoco la participación exclusivamente electrónica satisface las necesidades de contacto humano, conocimiento e implicación personal que también tienen que garantizarse incluso desde una perspectiva de salud laboral y, por supuesto, de acción sindical; la votación electrónica privaría de la interacción más humana en uno de los momentos culminantes y más trascendentes de la acción sindical que se dan, en principio, tan sólo cada cuatro años.

V. ADSCRIPCIÓN DEL TRABAJADOR Y LA REPRESENTACIÓN LEGAL

La adscripción de la persona trabajadora a distancia es fundamental a efectos de poder determinar el ejercicio de sus derechos colectivos, y significativamente, el de ser representante o de ser representado, que nuevamente, afirmamos, le corresponde con “*el mismo contenido y alcance*”, “*que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas*”, según reza en el art. 19.1 LTD. Igualdad exigida constitucionalmente y que ha estado presente desde los orígenes del art. 13 ET. De ahí también que el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero introdujese la exigencia expresa de adscripción a un centro de trabajo, como se reclama también en el art. 11 AMET.

La adscripción a un centro de trabajo a efectos del ejercicio de los derechos colectivos es evidentemente esencial. El art. 7.e) LTD incluye entre los contenidos mínimos del acuerdo la constancia del “*Centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona*

.....

37 En este sentido: SAN núm. 165/2022, de 12 de diciembre de 2022.

*trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial.*³⁸.

Esta adscripción de la persona trabajadora a distancia, con sus consecuencias en el ejercicio de los derechos colectivos en relación a los órganos de representación legal de los trabajadores, **no puede ser arbitraria**, de la misma manera que la unidad electoral no puede ser diseñada ni por la empresa, ni por la negociación colectiva, ni por los intereses electoralistas de los sindicatos convocantes de las elecciones...; su regulación constituye una normativa de derecho necesario absoluto³⁹. Desde la perspectiva colectiva, hoy por hoy, no cabe una construcción artificial de la unidad electoral. Las razones no se remiten sólo a la posible afección de los arts. 14 y 28.1 CE, que habría que analizar casuísticamente. Por el contrario, al menos en mi opinión, la trascendencia de la rigurosa objetivación de los criterios de adscripción del trabajador responden fundamentalmente a que el sistema de elección de la representación unitaria se basa sobre un modelo de unidades electorales de orden público, con las trascendentales consecuencias por todos conocidas en relación a la medición de la representatividad de los sindicatos. Claro está, cuando las consecuencias políticas son tan desorbitantes, las reglas del juego electoral en relación a tales unidades electorales tienen que ser muy claras, muy objetivas, y en la medida de lo posible, ajenas a la voluntad de los sujetos implicados. Sólo así puede justificarse, sin valoración ahora de si es o no acertada, la jurisprudencia tan rigurosa y restrictiva del Tribunal Supremo en relación a la interpretación de los arts. 62 y 63 ET, y que ha sacrificado -por ejemplo- el beneficio que supondría la representación de los trabajadores de los centros de pequeña dimensión en el comité de empresa conjunto, en pro de unas unidades electorales estrictamente definidas⁴⁰.

El art. 7.e) LTD parece identificar implícitamente el criterio de adscripción de la persona trabajadora, cual es, presuntivamente, el centro en que desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial que, en cualquier caso, tiene que constar también en el acuerdo. Esta situación de identidad entre el centro de trabajo presencial y el virtual o remoto, es una de las posibles, pero pueden concurrir otras de mayor dificultad, como puede ser el caso en que el trabajo presencial se preste en un centro distinto de aquél en que se integra o para el que el trabajador presta otros servicios a distancia o en red; o que realice trabajo presencial y/o remoto indistintamente para varios centros de trabajo, lo que incluso po-

.....

38 Como propuso en su momento, junto a la posibilidad de que la adscripción se concretase por acuerdo o convenio colectivo, por ejemplo: SIERRA BENÍTEZ, EM, “El contenido de la relación laboral en el teletrabajo”, CES de Andalucía, Sevilla, 2011, pág. 165.

39 Por todas: STS. 14 de julio de 2011, rec. 140/2010; STSJ. Castilla León/Valladolid de 15 de octubre de 2008, rec. 1102/2008. Véase, extensamente: AAVV, “Elecciones Sindicales. Sentencias y Laudos Arbitrales”, Bomarzo, Albacete, 2022, págs. 115 a 142.

40 Véanse. SSTs de 20 de febrero de 2008, rec 77/2007 y de 28 de mayo de 2009, rec. 127/2008 y SS. TS de 19 de marzo de 2001, rec. 2012/2000 y de 31 de enero de 2001 (RJ. 2001/2138).

dría poner en cuestión la existencia independiente de aquéllos⁴¹; o que no tenga trabajo presencial alguno. En cualquiera de estos supuestos, como he insistido en atención a las razones apuntadas, la adscripción del trabajador tiene que responder a criterios objetivos (y, en su caso el de prevalencia⁴²), lo que en un trabajo por cuenta ajena caracterizado por la dependencia, no puede ser otro que el de la integración en la parte correspondiente a la estructura de la empresa; **la dependencia jerárquica en la dirección del trabajo, complementado en su caso por la dependencia o integración tecnológica⁴³, parece que son los rasgos clave que deben servir de guía para la concreción de la pertenencia real del trabajador a un centro de trabajo** que, recuérdese también, se define por la especificidad, en definitiva, su autonomía técnica y organizativa (art. 1.5 ET y 5.1 RD. 1844/1994).

Por el contrario, la cercanía al centro de trabajo respecto del domicilio o, más ampliamente, del lugar libremente elegido por la persona trabajadora para trabajar en remoto, por sí sólo carece de relevancia a tales efectos, tanto desde la lógica de la representación de centro, como desde la configuración legal de la misma⁴⁴. La negociación colectiva, por consiguiente, podrá facilitar los criterios de adscripción, pero su labor en el marco de nuestro Derecho interno lo es de especificación como intérprete, de manera que su creatividad en ese campo debe estar limitada al mínimo; nuevamente, no pueden verse alteradas las reglas del juego electoral. Esto es muy distinto de la posibilidad que en su caso prevea el convenio colectivo, de que se pueda acudir a los representantes de los trabajadores del centro más cercano, como de aquél en que se presten servicios presenciales, lo que no sólo es posible sino muy recomendable como contrapunto -paliativo o de urgencia, y siempre con la cautela de no restar competencias ni información a la representación legal del centro al que está adscrito el trabajador- a posibles déficits de representación y al aislamiento del trabajador⁴⁵.

Por esas mismas razones, y pese a que el grueso de la doctrina científica se ha mostrado proclive a ello⁴⁶, en mi opinión **es más que dudoso que el teletrabajo o más ampliamente**

41 STSJ. Cataluña núm. 4040/2013, de 7 de junio de 2013, rec. 1592/2013.

42 TRILLO PÁRRAGA, F, *Trabajo a distancia y teletrabajo en el sector privado y público*, Bomarzo, Albacete, 2021, pág. 47.

43 SIERRA BENÍTEZ, EM, cit, pág. 165; THIBAUT ARANDA, “El teletrabajo”, CES, Madrid, 2001, págs. 242 y 243. En similar sentido, la opción tiene que ser razonable en términos organizativos: NAVARRO NIETO, F, cit., pág.43.

44 En cambio, algunos convenios colectivos sí recogen este criterio de adscripción, como pone de relieve: NAVARRO NIETO, F, cit., pág. 43. De tratarse de una empresa virtual con un solo centro de trabajo, todos los trabajadores estarían adscritos a éste. Además, con el alta de dicho centro ante la autoridad laboral, habría que estar en principio a este dato formal, dado su carácter presuntivo ex art. 1.5 ET (THIBAUT ARANDA, cit, pág. 244). Y siempre, no obstante, relativizando su valor, dado que se trata, como hemos advertido, de una mera formalidad, siendo el criterio de la actividad real de la persona trabajadora la que determine la adscripción de ésta con todos los efectos a ello vinculados (por todos: STS. de 5 de mayo de 2021, rec. 3160/2018, y 11 de febrero de 2020, rec. 3036/2017).

45 THIBAUT ARANDA, cit, pág. 243.

46 Por todos: DE LAS HERAS GARCÍA, A, “Relaciones colectivas y teletrabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, núm. 2, 2017, pág. 6; DOMÍNGUEZ MORALES, A, cit., pág. 147; SIERRA BENÍTEZ, EM, cit, pág. 165; THIBAUT ARANDA, cit, pág. 244; VALLE MUÑOZ, FA, cit., pág. 6.

el trabajo a distancia, pueda ser el rasgo determinante en la creación convencional de un tercer colegio electoral. El art. 71.1.2º párr. ET admite la creación por convenio colectivo de un tercer colegio electoral “*en función de la composición profesional del sector de actividad productiva o de la empresa*”. Esta composición profesional, como la tradicional división entre técnicos y administrativos y especialistas y no cualificados, hace referencia al trabajo que verdaderamente realizan y a las categorías y grupos profesionales en que se encuadran⁴⁷, no así a otras condiciones de trabajo como puedan ser la temporalidad o fija, la jornada parcial o completa de los contratos, o, como en este caso, el lugar o telepresencia. Por otra parte, atendiendo a la voluntariedad y reversibilidad de tal condición de trabajo, ese colegio, que verdaderamente respondería a una excéntrica composición profesional por ser -potencialmente- transversal, sería excesivamente voluble, tanto que, por ejemplo, esa reversibilidad afectaría al mandato del representante elegido por tal colegio, y alteraría como ya se puede deducir, también la composición de los restantes colegios. Nuevamente, el carácter de orden público de las normas electorales y sobre composición de los órganos de representación legal de los trabajadores, impedirían la creación de un tercer colegio electoral cuyo rasgo definidor fuese el trabajo a distancia o el teletrabajo. Impedimento que no se aprecia en las posibilidades que ofrece el art.35.4 LPRL⁴⁸; aquí, efectivamente, sí cabe la especificidad del órgano o representante en cuestión.

Con todo, no hay que llamarse a engaño y encerrarse en unas afirmaciones excesivamente formalistas y dogmáticas; **las decisiones en relación a la estructura orgánica de la empresa ya son de por sí un condicionante de las unidades electorales.** Es más, esa amplia libertad de ordenación y reestructuración del modelo de empresa con las consiguientes repercusiones sobre la representación legal de los trabajadores, puede alcanzar unas dimensiones desorbitantes por su flexibilidad en el caso del trabajo a distancia y, muy en particular, del teletrabajo.

De esto ha dado muestras la doctrina judicial y constitucional. Nuestros Tribunales han tenido que abordar las consecuencias en relación al mantenimiento o no de la vigencia del mandato de los representantes, en numerosos casos en que la reorganización de la estructura de la empresa ha incidido sobre aquéllos, a menudo facilitada por el trabajo en centros móviles, como por el trabajo a distancia o el teletrabajo.

Por ser nuestra representación unitaria una representación electa, el mandato del representante está vinculado a la unidad electoral en la que ha sido elegido, lo que nos remite al centro de trabajo, con la única excepción del comité de empresa conjunto. En consecuencia, el traslado definitivo a otro centro de trabajo supondría la extinción natural

.....

47 Véase, ampliamente: AAVV, “Elecciones Sindicales. Sentencias y Laudos Arbitrales”, cit., págs. 179 a 187.

48 Posibilidad de especificidad que admite un sector importante de la doctrina. Por todos: DOMÍNGUEZ MORALES, A, cit., pág. 147; THIBAUT ARANDA, cit, pág. 244.

del mandato, que carecería ya de su base de sustento y, por lo demás, su eventual conservación no sería sino un impedimento para la completa conformación de la representación de los trabajadores en el centro abandonado y un conflicto con la del receptor. Por ello, e inspirado por la finalidad de preservación de la representación de los trabajadores, el representante goza de preferencia para la permanencia en el centro de trabajo en los traslados o desplazamientos del art. 40 ET. Pero esta visión tradicional de los vínculos y vigencia del mandato del representante, como de sus garantías de pervivencia, se han revelado insuficientes ante los nuevos modos de organización y reorganización de las estructuras orgánicas de las empresas, mucho más lábiles, propiciados por la digitalización del trabajo y las comunicaciones.

Por el momento, la respuesta del Tribunal Supremo a la aproximación de esta problemática no ha sido satisfactoria. Concretamente, su acercamiento a través del análisis de la vigencia del mandato del representante en los supuestos de reestructuración orgánica ha sido errático y, en última instancia, conservador.

Un sector importante de la doctrina judicial vino a cuestionar que el traslado del representante sea una causa automática de extinción del mandato en todo caso. Así, en los supuestos de reestructuración orgánica de la empresa con desaparición del centro de trabajo físico y adscripción formal del trabajador a otro centro de trabajo sin modificación real de las condiciones de trabajo, nuestros Tribunales han sostenido el mantenimiento del mandato del representante sin límite hasta la adaptación de las estructuras representativas a la nueva organización de la empresa⁴⁹. También, con fundamento en los arts. 67.1 y 3 ET, el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de diciembre de 2013, rec. 278/2013 ha declarado la pervivencia del mandato del representante trasladado junto con un porcentaje alto de los trabajadores del centro donde fue elegido a un nuevo centro en el que no hay representación.

Sin embargo, esta “prometedora” tendencia empieza a verse truncada por la sentencia del Tribunal Constitucional 64/2016, de 11 de abril, que validó la postura contraria a la del Tribunal Supremo al declarar con justificación en su carácter de contenido adicional de la libertad sindical y estando su capacidad de control limitada, que no es irracional ni excesivamente restrictivo mantener la postura contraria en tanto que no hay ninguna norma ni legal ni reglamentaria que garantice el mantenimiento de dicho mandato en tales casos de traslado colectivo a centros sin representación. Y se ve, por el momento, definitivamente abandonada con la STS. de 28 de abril de 2017, rec. 124/2016, que, precisamente, casa la SAN de 23 de diciembre de 2015, uno de esos pronunciamientos pioneros de la nueva doctrina, que además aborda un caso de desaparición del centro

.....

49 En este sentido: SAN de 23-12-2015, rec 299/2015, casada por la STS. 28-4-2017, rec. 124/2016; STSJ. de Asturias, núm. 417/2016 de 8 marzo, rec. 158/2016); STSJ Cataluña núm. 1088/2015, de 16 febrero, rec. 6932/2014).

de trabajo para el que fueron elegidos, siendo adscritos los trabajadores, en régimen de trabajo a domicilio o teletrabajo, a otro centro, único que queda en la empresa. Y lo cierto es que el Tribunal Supremo en la meritada sentencia, mantiene un razonamiento intachable, puesto que, efectivamente, no hay ningún precepto en nuestra legislación que garantice expresamente la pervivencia del mandato del representante cuando es trasladado a otro centro. **La desaparición del centro de trabajo provocará la expiración del mandato de los representantes**⁵⁰; la lógica legislativa, en una interpretación sistemática de los preceptos estatutarios y reglamentarios relativos a la elección, mandato y garantías del representante vinculan la vida de aquél a la unidad y, en su caso, colegio electoral por el que fue elegido. Por otra parte, la transmisión total o parcial de los elementos de un centro de trabajo a otro, en definitiva, la desaparición de un centro de trabajo, tampoco cuenta con una garantía similar a la prevista para la transmisión de empresas del art. 44.5 ET⁵¹. La sentencia, no obstante la regla general, admite tres excepciones: a) la del art. 44.5 ET; b) la apreciación de que el cierre del centro se corresponde con una situación de fraude o maquinación precisamente con el objeto la finalización del mandato representativo *ante tempus*; c) el concreto supuesto examinado en la antes referida STS. 5.12-2013. Ciertamente esta última afirmó con un dificultoso fundamento en el art. 67.3 ET, unos argumentos, en mi opinión, aparentemente contradictorios con esta doctrina sólida y tradicional. Pero tenía la virtud de dar una respuesta de justicia material equilibrada, como la sentencia de la Audiencia Nacional casada, que aporta además el valor añadido de su consideración desde una adecuada perspectiva constitucional -lo que tampoco, lamentablemente, hizo la STC. 64/2016-⁵²; los órganos de representación de los trabajadores no pueden estar absolutamente sometidos al albur de las decisiones organizativas de la empleadora. Es necesario protegerlos -tanto más en esos momentos críticos- en el tránsito de adecuación de esas estructuras representativas a las de la empresa.

En cualquier caso, y descrito el estado de la cuestión, parece evidente que **es necesario que se adopten medidas legislativas que permitan la pervivencia transitoria de los órganos de representación en los procesos de reestructuración orgánica de la empresa hasta su adaptación a esa nueva estructura**, lo que interesa particular aun no

.....

50 Siguen esa doctrina, por ejemplo: STSJ de Cataluña núm. 5333/2019 de 7 noviembre, rec. 4167/2019 y STSJ de Murcia núm. 984/2021, de 9 de noviembre, rec. 701/2021.

51 Garantía muy relativa, en tanto no se mantiene el mandato del representante cuando la unidad transmitida no mantiene su autonomía (por todas, STSJ. núm. 156/2019 de 20 febrero, rec. 1438/2018). Y, ni tan siquiera cuando la unidad electoral no ha sido transmitida en su totalidad, “y por lo tanto no pervive inalterado, tras la subrogación, el ámbito electoral del delegado personal, al no corresponderse con una unidad productiva autónoma que quede integrada en la nueva empresa que se subroga” (STSJ. núm. 2149/2020 de 1 octubre, rec. 594/2020). En ambos casos, está en cuestión evitar la duplicación de la representación y el exceso en la escala del art. 66 ET. No obstante, se cuestiona en: BENAVENTE TORRES, I, “Traslado y mandato del representante. Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2016, de 11 de abril”, *Temas Laborales*, nº 136, 2017, págs. 201-222.

52 Más extensamente: BENAVENTE TORRES, I, “Traslado y mandato del representante...”, cit.

exclusivamente, en el caso del teletrabajo o de digitalización del trabajo. Los Tribunales, ciertamente, no pueden ni deben hacer la labor del legislador, y asumida por el Tribunal Supremo su respetable postura, debía haberse dado ya una solución al respecto. Pero claro está, esta previsión, que quizá no fuese tan conflictiva, podría verse acompañada de otras reivindicaciones de revisión mucho más profundas ante las críticas de un excesivo encorsetamiento de la representación unitaria y su necesaria adaptación a las nuevas realidades de organización productiva, así como una revisión de la normativa sobre elecciones sindicales. Y aquí, nuevamente en mi opinión, nos encontramos con la necesaria reflexión y cálculo meditado, y por supuesto con el temor a tocar o retocar aspectos que se han convertido en cimientos del sistema; la problemática de las unidades electorales de los órganos de representación unitaria está intensamente contaminada por su utilidad de medición de la representatividad sindical.

VI. INFORMACIÓN, CONSULTA Y NEGOCIACIÓN

Precisamente la anterior problemática nos remite a la relativa a los derechos de participación y negociación de la representación legal y sindical de los trabajadores en relación al tránsito al teletrabajo, la reorganización orgánica de la empresa, y la ejecución de aquel.

La instauración del teletrabajo en la empresa en sí misma no requiere que la adopción de la medida pase por un período de consulta/negociación en la empresa. Ni tan siquiera en los casos en que suponga por cierre del centro originario, un cambio de adscripción del trabajador que pasa a teletrabajar, es necesario seguir el trámite del art. 40 ET, si no viniese exigido el cambio de residencia de aquél. Tan sólo podría ser necesaria dicha negociación, por ejemplo, por sus consecuencias derivadas en relación a los componentes salariales o extrasalariales⁵³, como modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), o por integrarse como una medida alternativa al despido colectivo o al traslado. Ya el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de abril de 2005, rec. 143/2004 consideró que la implantación del teletrabajo “*alude a una causa técnica u organizativa a los efectos del artículo 41 ET*”. Como también rechazó que pudiese imponerse por la vía del art. 41 ET por dos razones fundamentales, a saber: la primera, puesto que sería una

.....

53 Por ejemplo: STS. núm. 1132/2021 de 18 noviembre, rec. 81/2021. Véase también otras soluciones -sólo- aparentemente discrepantes, sobre tickets de comida o plus de transporte: SSAN. núm. 117/2021 de 24 mayo, proto. 419/2020 y núm. 196/2021 de 22 septiembre, rec. 81/2021; SAN núm. 157/2021 de 30 junio, proto 498/2020.

modificación total o parcial del régimen contractual que excede en consecuencia de las posibilidades de dicho precepto⁵⁴; la segunda, puesto que sobrepasa también el límite de la negociación colectiva, que no puede disponer de las materias que afectan a la esfera personal de los trabajadores. Por tanto, la modificación del trabajo presencial en trabajo a distancia y su modalidad específica de teletrabajo no puede ser impuesta a través de esta vía, con lo que, en definitiva, **su incondicionada exigencia de voluntariedad individual** (confr. art. 5.1 y 2 LTD)⁵⁵, sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva⁵⁶, **deja a ese proceso negociador colectivo más en el ámbito de lo deseable, que en el campo de lo jurídicamente debido**. Al menos, cuando se está al margen de un supuesto de transmisión de empresas (art. 44.9 ET).

La instauración del teletrabajo en la empresa sí exige de información y consulta a la representación de los trabajadores, en tanto puede considerarse enmarcado en el art. 64.5.c) y f) ET -con previsión de emisión de informe-, al suponer necesariamente -o, al menos poder asimilarse a- un “*traslado total o parcial de las instalaciones*”⁵⁷, como la “*implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo*”⁵⁸, como también comúnmente de los estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo. La información tiene que tener un contenido suficientemente detallado, para que la representación unitaria pueda conocer las medidas y consecuencias de los cambios que se pretenden implantar, de manera que ésta pueda emitir un informe y entablar un diálogo con la empresa con objeto de llegar a un acuerdo.

De ahí que, analizada la LTD, su articulado se centre en desarrollar los aspectos relativos a los derechos de participación, es decir, información y consulta, y reclame para la negociación colectiva un papel de complemento o de mejora del desarrollo legal, sin exigir en ningún momento un procedimiento de negociación específico para dirigir concretamente dicho tránsito colectivo. También la SAN. núm. 117/2022 de 12 septiembre, rec. 204/2022, reconoce que el hecho de que la voluntariedad del trabajo a distancia exija de ese acuerdo individual entre la persona trabajadora y la empleadora “*no significa que los sujetos en los que descansa la representación y defensa genérica de los intereses de los tra-*

54 En este sentido, también: SAN núm. 117/2022 de 12 septiembre, rec. 204/2022.

55 Nuevamente: STS. 11 abril 2005, rec. 143/2004. Esa voluntariedad no supone necesariamente la nulidad del acuerdo adhesivo, aun cuando dicho carácter sí debe ser especialmente tenido en cuenta al momento de su interpretación y en el análisis de la validez de algunas de sus cláusulas (SAN. núm. 117/2022 de 12 septiembre, rec. 204/2022).

56 Vid. arts. 34.8 y 37.8 ET, y su consideración como forma flexible de trabajo en relación a los derechos de conciliación por la Directiva 2019/1158 de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

57 TRILLO PÁRRAGA, F, *Trabajo a distancia y teletrabajo en el sector privado y público*, cit, pág. 47.

58 Véase, por ejemplo: STS. núm. 163/2021 de 8 febrero, rec. 84/2019.

bajadores carezcan de toda intervención en su composición.”. Es obvio, que también aquí la representación de los trabajadores y, en particular, los sindicatos, están llamados a cumplir la función de representación y tutela de los intereses de los trabajadores (arts. 7, 28.1 y 37.1 CE). Papel que resulta evidente a tenor, como hemos advertido, de las numerosas llamadas expresas a la negociación colectiva⁵⁹ y, específicamente, a la DA1^a LTD. Así, por ejemplo, en relación a la reversibilidad, del art. 5.3 y Disp. 1^a.2 LTD, se extrae la consecuencia de que en defecto de su regulación en el convenio colectivo de aplicación, las limitaciones a su ejercicio sólo podrán fijarse en el acuerdo que ambas partes suscriban y no a través de cláusulas meramente adhesivas⁶⁰.

Entre los derechos de información específicos del trabajo a distancia, por ejemplo: el empresario deberá entregar a la representación legal de los trabajadores los modelos de contrato de teletrabajo (art. 64.4.b) ET), en definitiva, los modelos de acuerdo, así como una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones -y modificaciones del porcentaje de presencialidad, art. 8.1 LTD- (art. 6.2 LTD)⁶¹. También tendrá que informar a la representación legal de las personas trabajadoras con carácter previo a su efectiva adopción, sobre las instrucciones dictadas por la empresa en materia de seguridad de la información (arts. 7.k) y 20.2 LTD); sobre los puestos de trabajo presenciales disponibles (art. 8.2 LTD); así como en materia de prevención de riesgos laborales (vid. art. 16.2.2º párr. LTD).

Entre los derechos de consulta y negociación, la LTD reconoce los derechos de participación de la representación legal de las personas trabajadoras en relación al establecimiento de los criterios de utilización de los dispositivos digitales y respeto de la intimidad de la persona trabajadora y protección de datos (arts. 7.j), 17.3 y 20.1 LTD). En especial destaca la necesidad de consulta y, en su caso, negociación de la desconexión digital (art. 88 LPD y art. 18 LTD). Los citados preceptos se refieren a la elaboración de una política interna sobre desconexión, previa audiencia de la representación de los trabajadores, como a la posibilidad de que ésta se regule a través de convenio o acuerdo colectivo. Ahora bien, dada la confusión que puede suscitar la referencia a una mera audiencia previa frente a un auténtico deber de negociación e, incluso, de exigencia de acuerdo, la SAN núm. 44/2022 de 22 marzo, rec. 33/2022 ha aclarado, que, aun siendo obvio que ningún derecho es absoluto, “ *los límites al derecho a la desconexión digital en el teletrabajo no los puede establecer unilateralmente el empresario, sino que, como indica*

59 Véase: SAN. núm. 44/2022 de 22 marzo, rec. 33/2022.

60 SAN núm. 44/2022 de 22 marzo, rec. 33/2022.

61 SAN. núm. 117/2022 de 12 septiembre, rec. 204/2022. No es necesaria la negociación, cumpliendo el empresario con los deberes que le impone el art. 64 ET entregando el modelo a la representación legal de las personas trabajadoras así como la copia de los contratos realizados con las personas trabajadoras (SAN. núm. 44/2022 de 22 marzo, rec. 33/2022).

el art. 88 LOPD, se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.”. Con todo, parece derivarse la nulidad de la cláusula en cuestión más por su genericidad que por su unilateralidad. Lo cierto es que tanto un precepto como otro exigen audiencia previa, lo que remite a la consulta, sin exigencia del deber de negociar en términos similares a los que se desprenden del art. 64 ET. Otra cosa es que como medida de flexibilidad de la jornada o de determinación de la obligatoriedad de realizar horas extras, sea -o no sea- necesario el acuerdo colectivo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV -dir. SALCEDO BELTRÁN, C.-, La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- AAVV, “Elecciones Sindicales. Sentencias y Laudos Arbitrales”, Bomarzo, Albacete, 2022.
- AGUILAR GONZÁLEZ, C, “La acción colectiva en contextos digitales”, en AAVV, dir. GÓMEZ MUÑOZ-, “Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto”, Bomarzo, Albacete, 2021
- ALBIOL MONTESINOS, I, en SALA FRANCO, T/ALBIOL MONTESINOS, I, Derecho Sindical, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- BAYLOS GRAU, A/VALDÉS DE LA VEGA, B., “El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo”, en AAVV -coord. Alarcón Caracuel, M.R./Esteban Legarreta, R.-, Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Bomarzo, Albacete, 2004.
- BENAVENTE TORRES, I, “Los derechos colectivos en el trabajo a distancia”, en AAVV -dir. GÓMEZ MUÑOZ, JM-, Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto”, Bomarzo, Albacete, 2021.
- BENAVENTE TORRES, I, “Traslado y mandato del representante. Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2016, de 11 de abril”, Temas Laborales, nº 136, 2017.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L, “Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?, Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2014), Vol. 6, nº 2.
- DE LAS HERAS GARCÍA, A, “Relaciones colectivas y teletrabajo”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Vol. 5, núm. 2, 2017.
- DOMÍNGUEZ MORALES, A, “Derechos colectivos de los trabajadores a distancia en el

- Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre: problemas de aplicación práctica”, Revista: Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, nº 3, 2021.
- GARRIDO PÉREZ, E, “Los retos del conflicto laboral en las empresas digitales”, en AAVV -dir. GÓMEZ MUÑOZ, JM-, Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto, Bomarzo, Albacete, 2021.
- MONEREO PÉREZ, JL., “La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como “Constitución Social” de la Europa amplia”, Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum, núm. 4 (2022).
- NAVARRO NIETO, F, “Representación y acción sindical en la economía digital”, en AAVV -dir. GÓMEZ MUÑOZ, JM-, Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto”, Bomarzo, Albacete, 2021
- PÉREZ DE LAS HERAS, B, “Los derechos digitales en la Unión Europea: del liberalismo económico a la protección jurídica”, RGDTSS, nº 57, 2022.
- PIÑAR MAÑAS, J.L, “Europa apuesta por los derechos digitales”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 983/2022.
- PRECIADO DOMENECH, La Carta Social Europea y su aplicación. Los derechos sociales en serio, Bomarzo, Albacete, 2021.
- RON LATAS, R, “Los derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia”, en AAVV -dirs. SAGARDOY DE SIMÓN, I/NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P, Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre), Dykinson, SL, Madrid, 2021.
- SÁEZ LARA, C, “Algoritmos y discriminación en el empleo: un reto para la normativa discriminatoria”, REDT, nº 232, 2020, págs. RR-3.2 y ss, RR-3.14 y ss.
- SÁEZ LARA, C, “Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales”, Cuadernos de Relaciones Laborales, vol. 40, nº 2, 2022.
- SALA FRANCO, T, “La normativa internacional y comunitaria sobre el teletrabajo”, en AAVV -dir. SALA FRANCO, T-, “El teletrabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- SIERRA BENÍTEZ, EM, “El contenido de la relación laboral en el teletrabajo”, CES de Andalucía, Sevilla, 2011.
- THIBAUT ARANDA, J, El teletrabajo, CES, Madrid, 2001.
- TRILLO PÁRRAGA, F, Trabajo a distancia y teletrabajo en el sector privado y público, Bomarzo, Albacete, 2021.
- VALLE MUÑOZ, F.A., “Los derechos colectivos en el teletrabajo”, Trabajo y Derecho, nº 79-80.

INSTRUCCIONES DE PUBLICACIÓN

PROCESO DE EVALUACIÓN POR PARES

La aceptación de Estudios estará sometida a revisión por pares. La recepción de un original, a incluir en la sección de estudios, no presupone la aceptación para su publicación. Los originales son, en primer lugar, leídos por el Consejo de Redacción para apreciar si cumplen tanto los requisitos formales, como unos mínimos de contenido científico y de adecuación a las líneas y objetivos editoriales de la revista.

Cumplidos los mínimos establecidos, siguiendo el sistema de cualquier revista académica, los artículos serán sometidos al dictamen de dos o más especialistas externos a los que la **Revista Derecho Social y Empresa** pedirá su colaboración.

Los dictámenes de los evaluadores serán anónimos y podrán recomendar al autor la introducción de determinadas modificaciones. En el caso de que los dos informes recibidos sobre un original sean contradictorios, se acudirá a un tercer revisor externo. Los autores cuyos artículos hayan obtenido un dictamen favorable pero con sugerencia de correcciones lo volverán a enviar a la revista, una vez incorporadas las mejoras, en el plazo de 15 días. En el caso de modificaciones de calado, el artículo será nuevamente evaluado por dos evaluadores externos y un miembro del Consejo de Redacción, antes de su eventual publicación. Si se hiciera necesaria la no aceptación de algún trabajo, la decisión será comunicada a su autor sin que la **Revista Derecho Social y Empresa** tenga obligación, por razones de confidencialidad, de hacer conocer el dictamen negativo.

La revista se compromete a comunicar a los autores la decisión positiva o negativa sobre la publicación de sus originales en el plazo de 2 meses desde que se hayan recibido.

POLÍTICA DE ACCESO ABIERTO

Pertenece a los autores la propiedad intelectual de los artículos que en ella se contienen. Los derechos de edición y publicación corresponden a la **Revista Derecho Social y Empresa**, que provee acceso libre a su contenido por entender que esta medida apoya a un mayor intercambio de conocimiento global.

Después de haber publicado el artículo en la revista, se podrá disponer libremente de los artículos y otros materiales contenidos en la revista solamente en el caso de que se usen con propósito educativo o científico y siempre y cuando se incluya la mención expresa al año y número en el que fue publicado en la revista. Queda expresamente penado por la ley cualquier aprovechamiento comercial.

CONTROL DE PLAGIO

La **Revista Derecho Social y Empresa** con el fin de garantizar la integridad académica de la publicación utiliza la aplicación Feedback Studio que permite revisar los documentos detectando citas incorrectas o plagios.

INDEXACIÓN

La **Revista Derecho Social y Empresa** se encuentra indexada en las siguientes bases de datos:

- Incluida en el Catálogo **LATINDEX** (Versión 1.0).
- Referenciada en **Dialnet** (Universidad de La Rioja).
- Analizada en **MIAR** (Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes).

DECLARACIÓN ÉTICA Y BUENAS PRÁCTICAS

El código ético de la **Revista Derecho Social y Empresa** se inspira en los principios de transparencia y buenas prácticas en publicaciones académicas establecido por el Committee on Publication Ethics (COPE).

La Directora, la Secretaria y el equipo editorial actuarán en el respeto de dicho Código de Conducta. La **Revista de Derecho Social y Empresa** no divulgará aquellos textos ya hayan sido publicados y denunciará los casos sospechosos de plagio o de cualquier actitud inadecuada por parte de los/as autores/as, todos los artículos serán sometidos a un control antiplagio.

Por su parte, también se comprometen a garantizar que el proceso de evaluación será justo, garantizando el anonimato, la imparcialidad y que se realizará respetando los plazos establecidos. Asimismo, la selección de los/as evaluadores/as se hará atendiendo los criterios de integridad, calidad y conocimiento de la temática objeto del texto remitido. Finalmente se garantizará en todo momento la confidencialidad tanto de autores como de evaluadores de los artículos.

Respecto a las responsabilidades de los/las autores, deben garantizar la originalidad de sus obras y ser conscientes de las consecuencias de una mala praxis científica. Por lo tanto, en su texto deben indicar siempre sus fuentes y proporcionar citas detalladas de todas las publicaciones que ha empleado para su elaboración siguiendo el método de citación fijado por la **Revista Derecho Social y Empresa**. Finalmente, enviando el artículo, aceptan el proceso de revisión utilizado por la revista (de doble ciego).

Respecto a la responsabilidad de los/as revisores/as, deberán mantener la confidencialidad del texto recibido, evaluar atendiendo a los criterios científicos de fiabilidad y rigurosidad, e informar en el caso en que detecten posibles plagios o mala praxis.

ENVÍOS

Para poder enviar artículos como autor se deberá, bien hacer un envío a través de la web de la Revista, o bien escribir un correo electrónico a la dirección revista@centrosagardoy.com indicando el título de la Revista en el Asunto.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES/AS

Cuestiones Generales para la Publicación

La **Revista Derecho Social y Empresa** publica artículos originales e inéditos.

Los artículos serán el resultado de una investigación original y deberán contener conclusiones novedosas apoyadas en una metodología debidamente planteada y justificada. Solo se admitirán trabajos inéditos que no estén en proceso de evaluación en otras revistas. Se valorará especialmente aquellos artículos que sigan la siguiente estructura: Introducción, Métodos, Resultados y Conclusiones (Método IMRC).

Se deben entregar en soporte informático PC Word, RTF o Wordperfect a través de la web de la Revista (www.revistaderechosocialyempresa.com). Para facilitar el anonimato en el informe externo, se deberá incluir:

- Una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo (tanto al inicio como al final del artículo, así como cualquier referencia en las citas que se realizan en el artículo).
- Otra copia donde existan todas estas referencias.
- Y en un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas.

Normas de edición e Instrucciones de Publicación

Las Instrucciones para los autores son establecidas de acuerdo con la Norma AENOR UNE 50-133-94 (equivalente a ISO 215:1986) sobre Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie y la Norma AENOR UNE 50-104-94 (equivalente a ISO 690:1987) sobre Referencias bibliográficas.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 20 a 25 folios a espacio 1,5 aprox.

Se debe incluir en castellano y en inglés todo lo que se indica a continuación:

- Un título/*title*.
- Un resumen/*abstract* de 10 líneas con un máximo de 125 palabras.
- Unas palabras clave/*key words* (máximo cinco).

Los originales deberán presentarse en español, inglés o en cualquiera de las lenguas de los países pertenecientes a la Unión Europea.

Los autores deben señalar en negrita aquella frase o frases más relevantes de cada epígrafe de su trabajo.

La **Revista Derecho Social y Empresa** establece el uso de las siguientes reglas de cita como condición para la aceptación de los trabajos:

- **Libros:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Trabajos incluidos en volúmenes colectivos:** SIERRA BENÍTEZ, M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61–91.
- **Artículos contenidos en publicaciones periódicas:** GARCÍA VIÑA, J., “Situación de la violencia en el trabajo en España y en otros países europeos”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010, pp. 101–124.
- Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII”, en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, *cit.*

Las tablas deben presentarse en un formato compatible con Microsoft Word (PC). Se generará un documento específico para las tablas y figuras. Cada tabla y figura se presentará en hojas separadas. Las figuras (ilustraciones, diagramas, fotografías y gráficos) deben presentarse en formato imagen (JPG, TIFF o EPS). Las figuras (gráficos, cuadros, mapas, fotografías, etc.) deberán tener gran calidad de resolución, con un mínimo de 300ppp.

Nunca han de entregarse solo las imágenes incrustadas en el documento Word; siempre han de suministrarse también de forma independiente en cualquiera de los formatos mencionados.

Las tablas irán enumeradas con numeración arábiga consecutiva según su aparición en el texto. Igualmente las figuras irán enumeradas con numeración arábiga consecutiva según su aparición en el texto.

La referencia a las tablas e imágenes en el texto se hará en la forma: (Tabla 1), (Tabla 2), (Figura 1), (Figura 2). Deberá indicarse claramente en el manuscrito el lugar del texto en el que debe intercalarse cada figura o tabla.

Cada tabla y figura irá acompañada de un pie de tabla o de figura que la explique brevemente. Dichos pies de tabla y de figura deberán añadirse, de manera ordenada, en una nueva página al final del manuscrito. Deberán estar escritas en Times New Roman 10 e interlineado sencillo.

Las notas a pie de página referidas a fuentes y bibliografía se señalarán antes de cualquier signo de puntuación. Figurarán numeradas correlativamente y escritas en tipo de letra Arial, tamaño 10, a simple espacio de interlineado. La veracidad de las citas de fuentes y de referencias bibliográficas será responsabilidad del autor o autores del artículo.

La bibliografía se habrá de presentar al final de los artículos, ordenada alfabéticamente por autores/as.

Normas para las reseñas bibliográficas

Se aceptan reseñas de publicaciones de investigación jurídico laboral y de empresa cuya fecha de publicación esté comprendida en los últimos tres años. Se seguirán las mismas normas de edición que para los artículos.

Las reseñas tendrán una extensión de 2 folios a espacio 1,5. El contenido de las reseñas deberá abordar los siguientes puntos:

- Un resumen que dé cuenta del tema abordado por el autor del libro, señalando sus principales aportaciones y el enfoque adoptado; se recomienda también la referencia a las fuentes utilizadas en la investigación.
- Una contextualización de la obra analizada en un debate más amplio, estableciendo comparaciones con otras investigaciones que hayan abordado temas similares o que hayan adoptado enfoques parecidos.
- Una valoración crítica de la obra que permita establecer las aportaciones del trabajo reseñado pero también sus posibles fallas o las nuevas preguntas que plantea dentro del debate en que se sitúa. No se publicará ninguna reseña que haga una presentación sin valoración crítica.

Las reseñas, una vez evaluadas y revisadas podrán ser devueltas a sus autores para que incorporen las mejoras sugeridas.

Proceso de evaluación y revisión por pares

La recepción de un original no presupone la aceptación para su publicación. Los originales son, en primer lugar, leídos por el Consejo de Redacción para comprobar si cumplen tanto los requisitos de las normas de edición, como unos mínimos de contenido científico y de adecuación a las líneas y objetivos editoriales de la revista.

Los originales serán sometidos a informes externos anónimos que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Estos informes son la base de la toma de decisiones sobre su publicación o no, que corresponde en última instancia al Consejo de Redacción (Comité Editorial) de la Revista y a la Dirección de la misma. La **Revista Derecho Social y Empresa** no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a **Revista Derecho Social y Empresa** comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de **Revista Derecho Social y Empresa**. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Los/las autores/as reciben una notificación detallada y motivada donde se expone el contenido de los informes originales, con indicaciones concretas para la modificación si es el caso.

El informe emitido por los/as revisores/as incluye:

- Una valoración global del artículo y de los resúmenes.
- Una valoración cuantitativa de la calidad (alta | media | baja) según estos índices evaluadores: originalidad e interés del tema; estructura definida; Rigor metodológico y articulación expositiva; Redacción estilística; y Bibliografía significativa y actualizada.
- Unas sugerencias del evaluador al autor y unas modificaciones concretas propuestas por el evaluador.

Los/as autores/as cuyos artículos hayan obtenido un dictamen favorable pero con sugerencia de correcciones lo volverán a enviar a www.revistaderechosocialyempresa.com, una vez incorporadas las mejoras, en el plazo de quince días. En el caso de modificaciones de calado, el artículo será nuevamente evaluado por dos evaluadores externos. Si se hiciera necesaria la no aceptación de algún trabajo, la decisión será comunicada a su autor/a justificando los motivos en que se basa.

La Revista se compromete a comunicar a los/as autores/as la decisión positiva o negativa sobre la publicación de sus originales en el plazo de dos meses desde que se hayan recibido.

Lista de comprobación de preparación de envíos

Como parte del proceso de envío, se les requiere a los autores que indiquen que su envío cumpla con todos los siguientes elementos, y que acepten que envíos que no cumplan con estas indicaciones pueden ser devueltos al autor.

1. El envío no ha sido publicado previamente ni se ha enviado previamente a otra revista (o se ha proporcionado una explicación en Comentarios al / a la editor/a).
2. El fichero enviado está en formato Microsoft Word, RTF, o WordPerfect.

NOTA DE COPYRIGHT

La **Revista Derecho Social y Empresa** es una Revista de la Editorial Dykinson. Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento–Sin obras derivadas 3.0 *España* de Creative Commons. Permite Atribución–NoComercial–SinDerivadas 3.0 España.

DECLARACIÓN DE PRIVACIDAD

Los nombres y direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

PUBLISHING INSTRUCTIONS

PEER REVIEWING PROCESS

The acceptance of studies will be subjected to peer revision. The reception of an original, to be included in the study section, does not anticipate the acceptance of the publication. Originals are, in first instance, read by the Editorial Department Board to esteem if the papers accomplish the formal requirements, as a minimum scientific content and an adaptation to the Magazine's editorial lines and objectives.

When the minimum is accomplished, following the procedure of any academic magazine, articles will be subdued to judgement of two or more external specialists who the **Revista Derecho Social y Empresa** will ask for collaboration.

The judgement from the evaluators will be anonymous and could recommend the author to introduce certain modifications. In the case both reviews received of an original are contradictory, a third external specialist will be asked for collaboration. Authors whose articles have obtained a positive review but with correction suggestions, will resend the article, with the corrections fulfilled, in a due date of 15 days. In the case of significant modifications, the article will be evaluated once more by the external specialists and a member of the Editorial Department Board, before its supposed publishing. If necessary, the non-acceptance of a paper will be communicated to its author without the **Revista Derecho Social y Empresa** having the obligation, due to confidentiality reasons, to give acknowledgement of the negative judgement of the article.

The magazine commits to communicate the authors the positive or negative resolution for the publishing of the originals in the due date of 2 months from the reception.

OPEN ACCESS POLICY

Authors have the intellectual property contained in the articles. Editing and publishing rights belong to the **Revista Derecho Social y Empresa**, who provides free access to its content due to understanding that this procedure guarantees greater exchange of global knowledge.

After the article is published in the magazine, articles and other contents in the magazine will be available freely only in case of scientific and educational purpose always having an express reference to the year and number of the magazine. Any commercial use will be punished by the law.

PLAGIARISM CONTROL

The **Revista Derecho Social y Empresa** with the purpose to guarantee the academic integrity of the publication uses the application Feedback Studio which allows to review the documents detecting incorrect citations and plagiarism.

INDEXING

The **Revista Derecho Social y Empresa** is currently indexed in the following databases:

- Included in the Catalogue **LATINDEX** (1.0 Version).
- Referenced in **Dialnet** (Universidad de La Rioja).
- Analyzed in **MIAR** (Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes).

ETHICAL STATEMENT AND GOOD PRACTICES

The ethical code of the **Revista Derecho Social y Empresa** is inspired in the principles of transparency and good practices in academic publications established by the Committee on Publication Ethics (COPE).

The director, secretary and editorial team will act in consequence of this code of conduct. The **Revista Derecho Social y Empresa** will not spread articles already published and will report those situations suspicious of plagiarism or any inadequate attitude from the authors, all the articles will be subdued to antiplagiarism control.

They also commit to guarantee the evaluation process will be fair, guaranteeing the anonymity, neutrality and will keep to the designated due dates. The designation of the copy editors will be attended due to the criteria of integrity, quality and knowledge of the subject, object of the text submitted. Finally, it will guarantee the confidentiality at any moment from authors and copy editors.

Regarding the responsibilities of the authors, they must guarantee the originality of their articles and to be aware of the consequences of scientific mala praxis. Therefore, their articles must indicate always their sources and provide detailed citations of all their publishing used for the elaboration of the article following the citation method determined by the **Revista Derecho Social y Empresa**. Finally, sending the article, they accept the revision procedure used by the magazine (double-blind).

Regarding the responsibility of the copy editors, they must keep confidentiality of the received articles, evaluating with the scientific criteria of reliability and accuracy, as well as reporting in case of plagiarism or mala praxis.

CONSIGNMENT

To being able to send articles as an author it will be necessary to either sending a mail in the Magazine or sending an e-mail to revista@centrosagardoy.com with the title of the Magazine as Theme of the e-mail.

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

General issues for publishing

The **Revista Derecho Social y Empresa** publishes original and unpublished articles.

Articles shall be the result of an original research and will have new conclusions supported by properly posed and justified methodology. Only unpublished assignments that are not in review for other magazines will be admitted. Assignments with the following structure will be specially evaluated: Introduction, Methods, Results and Conclusions (IMRC Method).

Only PC Word, RTF or Wordperfect formats will be accepted in the Magazine through the Magazine's webpage (www.revistaderechosocialyempresa.com). To ease the anonymity in the external report, there shall have included:

- A copy where the references to the author of the article must be omitted (from beginning to end, as well as any reference in the citations in the article).
- Another copy with all those references.
- In another file, author's data, University's address, e-mail and a short cv in 5 lines must be included.

Edition rules and Publication Instructions

Instructions for authors are established in accordance with the AENOR UNE Standard 50-133-94 (equivalent to ISO 215: 1986) on the Presentation of articles in periodical and serial publications and the AENOR UNE Standard 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1987) on bibliographic references.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12, will be from 20 to 25 pages at a space of 1.5 approx.

Everything in the following must be included in Spanish and English:

- A title/*título*.
- An abstract/*resumen* of 10 lines with a maximum of 125 words.
- A key words/*palabras clave* (maximum five).

Originals should be submitted in Spanish, English, or in any of the languages of the countries belonging to the European Union.

The authors should indicate **in black colour that phrase or phrases most relevant** of each section of their work.

Revista Derecho Social y Empresa establishes the use of the following reference's rules as a condition to accept the articles:

- **Books:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2^a ed., Madrid, 2011.
- **Articles included in collective works:** SIERRA BENÍTEZ, M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61–91.
- **Articles included in periodic publications:** HOWELL, J. H., “Industrial Relations: A Field in Search of a Future? But Don't Worry, Bruce Kaufman Has Done the Past”, *Industrial & labor relations review*, Vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 501–505.
- In order to avoid the repetition of references it is strongly recommended the use of the expression *cit.*. As for instance, (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII”, en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería, cit.*).

The tables must be presented with a Microsoft Word (PC) compatible format. A specific document will be created for tables and figures. Each table and figure will be separated in different pages. The figures (images, diagrams, photos and graphs) must appear in an image format (JPG, TIFF or EPS). Figures (graphs, charts, maps, photos, etc.) must have a great resolution with at least 300ppp.

Images must not be only in the Word document; they must also be sent in any of the mentioned ways in another document.

Charts will be numbered with consecutive Arabic numerals due to their order of appearance in the document. As well, figures will have the same numbering depending on the appearance in the document.

References to charts and images in the text will be: (Table 1), (Table 2), (Figure 1), (Figure 2). It will have to be clearly indicated where in the text the tables and images will be put.

Each table and figure must have a board or figure foot explaining them briefly. These board and figure foot must be added in orderly manners, in a new page at the end of the document. They must be written in Times New Roman 10 and simple line spacing.

Footnotes referred to sources and bibliography will be signed before any punctuation. They will be numbered correlatively and written in Arial, size 10, in simple line spacing. Veracity in citation sources and bibliographic references will be responsibility of the author or authors of the article.

Bibliography must be presented at the end of the article, alphabetically arranged for authors' names.

Bibliographic reviewing rules

Reviews of publications from legal labor and from enterprise which have a publishing date of less than 3 years will be accepted. Editing rules will be the same as for the articles.

Reviews will have 2 pages of extension with 1,5 spacing. The content in the review must comply the following steps:

- A summary showing the content of the issue approached in the author's book, marking the main contributions and the point of view used; it is also recommended references to the sources used in the investigation.
- A contextualization of the article analyzed in a broader discussion, stablishing comparisons with other investigations approaching similar issues or with similar points of view.
- A critical valuation of the article allowing to stablish contributions to the work reviewed but also its possible errors or new questions set out in the discussion it is included. No review will be published without a critical valuation present.

Reviews, once valuated and checked, will be sent back to the authors so they can add the suggested upgrades”.

Process of evaluation and reviewing in pairs

The reception of an original does not mean the acceptance for its publishing. Originals are firstly read by the Editorial Department Board to prove it complies the editing rules as well as a minimum scientific content and proper Magazine's editorial lines and objectives.

Originals will be subdued to anonymous external reports that can: a) Recommending your publication b) Not recommending your publication c) Proposing changes. These reports are the main decision making about publishing or not publishing the article, that is responsibility in last resort of the Magazine's Editorial Department Board (Editing Committee) and its management. The **Revista Derecho Social y Empresa** will not take on

consideration publications handed to other Magazines and the delivery of an original to **Revista Derecho Social y Empresa** means compromising the document will not be sent to any other Magazine during the consideration of publishing it in **Revista Derecho Social y Empresa**. Originals will not be returned to their authors.

Authors receive a detailed and motivated notification where the content of the original reports appear, with specified indications for its modification if needed.

The report sent by the copy editors includes:

- A global valuation of the article and its summaries.
- A quantitative evaluation of the quality (high | medium |low) following these evaluating rates: originality and interest of the issue; defined structure; methodological exactitude and demonstrative articulating; Writing style; and significance and actuality of the bibliography.
- Suggestions from the copy editor and exact modifications proposed by him/her.
- Authors whose articles have had a positive judgement but with correcting suggestions will send it again to www.revistaderechosocialyempresa.com, with the corrections, in a due time of 15 days. In case of significative modifications, the article will be reviewed by external copy editors. If a non-acceptance was necessary, the decision would be communicated to the author with the reasons its non-acceptance is based on.

The Magazine implicates to communicate to the authors the positive or negative resolution about publishing their originals in the deadline of two months from the receiving date.

Check list of consignment preparation

As a process of consignment, authors are required to indicate the consignment fulfils all of the following aspects, and to accept consignments not following them can be returned to the author.

1. The consignment has not been published previously nor has been sent to another magazine (or it has been explained in the comments to the editor).
2. The file sent is in Microsoft Word, RTF, or WordPerfect format.

COPYRIGHT NOTE

The **Revista Derecho Social y Empresa** is a magazine from **Editorial Dykinson**.
Published articles in this magazine are –if not indicated contrary– under the recognition license –without any work derivation– Spain from Creative Commons. Allows Responsibility–NonCommercial–WhithoutDerivation 3.0 Spain.

PRIVACY STATEMENT

E-mail names and addresses introduced in the magazine will be exclusively used for the designated purpose declared by this magazine and will not be available for any other purpose or person.

