

M^a Concepción Arruga Segura

Economía digital y mercado de
trabajo en España. Las TIC: Una
Nueva Revolución en las
Relaciones Laborales

Director/es

LOPERA CASTILLEJO, MARÍA JOSÉ

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>

© Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606

Tesis Doctoral

**ECONOMÍA DIGITAL Y MERCADO DE TRABAJO
EN ESPAÑA. LAS TIC: UNA NUEVA REVOLUCIÓN
EN LAS RELACIONES LABORALES**

Autor

M^a Concepción Arruga Segura

Director/es

LOPERA CASTILLEJO, MARÍA JOSÉ

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
Escuela de Doctorado

2019

ECONOMÍA DIGITAL Y MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA

LAS TIC: UNA NUEVA REVOLUCIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES



Universidad
Zaragoza

MARÍA CONCEPCIÓN ARRUGA SEGURA
DIRECTORA: DRA. MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO

[octubre 2015-mayo 2019]

TESIS DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Esta Tesis Doctoral ha sido dirigida por la Doctora M^a José Lopera Castillejo, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Departamento de Derecho de la Empresa de la Universidad de Zaragoza.

Fecha de depósito:

A mis padres Francisco Arruga Sainz y Concepción Segura Camarero,
a mi marido Alberto Mateo Soria;
a nuestros hijos Marta y Alberto, la mejor inversión de nuestro común legado;
a mis hermanos Esteban y Rafael, y a sus familias.

“Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional 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”

STC 88/1985, de 19 de julio.

AGRADECIMIENTOS

En septiembre de 2015, tras un enriquecedor paréntesis de doce años de dedicación a la gestión profesional en el servicio público en las áreas de Trabajo, Prevención de Riesgos Laborales, Administración Pública y Hacienda, retomé la actividad académica en la Universidad de La Rioja, con la que me encuentro vinculada desde septiembre de 1991. En esta nueva etapa, con una mochila más cargada de experiencias, pero con un inmenso hueco para saciar el deseo de seguir aprendiendo, me propuse retomar las labores de desarrollo científico y personal, con el fin de culminar un proyecto largamente deseado: la elaboración de mi tesis doctoral.

El devenir profesional ha guiado mi curiosidad hacia la economía digital y la implicación en el ámbito del Derecho del Trabajo, culminando esta etapa, por ahora, con la presentación de esta tesis doctoral. Por ello, a través de estas líneas deseo dejar patente mi agradecimiento a todos aquellos que, de un modo, u otro han contribuido a la realización de este trabajo, porque de alguna manera, el resultado de esta investigación también forma parte de ellos.

Deseo dar las gracias a todas las personas que me han permitido alcanzar una visión más completa y rigurosa de los más variados ámbitos de estudio. Mi primer reconocimiento se lo debo a la memoria del maestro Rivero Lamas, quien ha sido un referente en mi vida profesional, además de ejemplo de honradez intelectual; a los miembros del Departamento de Derecho de la Empresa de la Universidad de Zaragoza, así como a mis compañeros del Área de conocimiento de Derecho del Trabajo en la Universidad de La Rioja. Pero si alguien merece mención especial es mi extraordinaria directora de tesis, Dra. María José Lopera Castillejo, con quien, adicionalmente a las intensas horas de trabajo los días fijados para las reuniones de trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, he dado buena cuenta de la utilidad de las TIC para trabajar a distancia. A ella le debo agradecer su constante aliento y sus minuciosas, pacientes y firmes correcciones, su orientación, y su habilidad para facilitar mi reciclaje y puesta a punto en la investigación, en mi retorno hacia la investigación y a la docencia.

Finalmente quiero dedicar esta tesis a mi familia, por su amor incondicional. A mis queridos padres, a mi marido y a nuestros hijos. Lo cierto es que a este (quien me lo iba a decir) incluso debo agradecer la maravillosa afición de mi entorno por la caza, ya que me ha facilitado enormemente disponer del tiempo necesario para culminar este trabajo de tesis, mientras mis Albertos recorrían los extensos campos de Castilla. Entre todos, el balance es perfecto.

RESUMEN

Desde que hace treinta años se inventara internet, la transformación tecnológica de la economía digital ha obligado a trabajadores y a empresas a adaptarse a un nuevo modelo de producción que requiere talento, innovación y ciudadanos formados en TIC. De esta revolución surge un nuevo mapa económico mundial que exige la adaptación de un Derecho del Trabajo, que se encuentra inspirado en el modelo de relaciones industriales del año 1980. Hasta la fecha, a falta de una reforma integral del Estatuto de los Trabajadores, el Tribunal Constitucional junto a los tribunales ordinarios han venido interpretando las normas laborales dando encaje a buen número de los avances de las tecnologías.

En este trabajo de tesis doctoral se analizan los grandes retos a los que se enfrenta el mercado de trabajo, como consecuencia del uso intensivo de las tecnologías, comenzando por la necesaria reinterpretación de los elementos definidores del trabajo por cuenta ajena, y continuando con las oportunidades que ofrece en la creación de empleo, la conciliación, el envejecimiento activo o la discapacidad. Las tímidas reformas operadas en ámbitos como el trabajo a domicilio a través del RDL 3/2012, de 13 de marzo, o la regulación de la protección de datos personales de los trabajadores y sus derechos digitales mediante la LO 3/2018, de 5 de diciembre, requieren mayor ambición, pero marcan el camino a abordar por el legislador. Resulta preciso, por tanto, disponer de un marco legal que garantice el difícil equilibrio entre los intereses empresariales y las demandas de los trabajadores, preservando los pilares fundamentales del Estado del bienestar, conforme a la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos. De forma que, se facilite la integración de los avances tecnológicos, entre los que se encuentra el Big data, la Inteligencia Artificial o la Robótica, y ofrezca una renovada noción de la prestación del trabajo, que de encaje a nuevas formas de trabajo surgidas alrededor de la economía digital (plataformas digitales, economía colaborativa...), además de una mejor redistribución de la riqueza generada a través de las TIC.

Adicionalmente a la adaptación normativa, los poderes públicos deberían promover la inversión necesaria en infraestructuras tecnológicas, competencias digitales, y fórmulas adecuadas de teletrabajo, diseñando una estrategia de transformación tecnológica dirigida a la formación permanente y obtención de habilidades tecnológicas de los trabajadores, ante la cambiante realidad impuesta por las TIC para revertir la tendencia del desempleo español y superar las debilidades de conocimientos digitales de la población. El estudio de tesis concluye con la formulación de una serie de propuestas en el marco de las políticas sociales, así como de las sugerencias para la adaptación de la legislación laboral.

ABSTRACT

Thirty years ago, internet was invented. Since then, technological transformation of digital economy made workers and companies adapt to a new production process that requires talent, innovation and trained citizens in ICT. From this revolution a new world economy has arisen which also requires the adaptation of Spanish Labor Law, inspired by industrial relations of the 80s. In the absence of a proper legal framework, courts and tribunals, singularly the Spanish Constitutional Court has interpreted these labor regulations and fundamental rights, accommodating, at times in a somewhat improvised manner, the advances of the technologies.

This doctoral thesis analyzes the changes and challenges faced by the labor market, because of intensive use of technologies. More attention needs to be given to the rules for labor relations in a digital economy, especially must be redefined elements of work in labor law. Additionally, a new legal framework should encourage the creation of digital jobs, simplify reconciliation between labor and work, or facilitate disability employment. Recent regulatory reforms about telework (RDL 13/2012, of 13th of March), or Personal Data protection and Digital Rights Guarantee Act (LO 3/2018, of 5th of December), are not enough to respond to the needs of digital economy. Thus, Spanish parliamentary must try to provide an adequate legal framework for new challenges according to recent jurisprudence of the European Court of Human Rights relevant to employment law. We concluded that a new industrial digitalized relations law should guarantee the difficult of balance between business interests and the demands of workers. Pillars of the proactive welfare state must be preserved. Integration of technological advances (Big Data, Artificial Intelligence or Robotics) offers a renewed notion of the provision of work, which allows to include new forms of work, emerged around the digital economy (digital platforms, collaborative economy ...). Workers effort in flexibility demands a better redistribution of wealth generated through ICT.

In addition to regulatory adaptation, public authorities should promote necessary investment in technological infrastructures, digital skills, and adequate formulas for teleworking. A technological transformation strategy must be designed. Permanent training and technological skills of workers can be used to face Spanish unemployment ratios and overcome the weaknesses of digital knowledge of the population. The study concludes with some proposals about social policies, as well as suggestions for adapting Spanish labor legislation.

ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS UTILIZADOS	19
1	INTRODUCCIÓN..... 25
1.1	El impacto de la economía digital y la transformación del mundo laboral..... 25
1.2	Objeto del estudio y metodología..... 34
1.3	Unos apuntes sobre los antecedentes históricos de la relación entre el Derecho del Trabajo y la tecnología. ¿Se repite la historia?..... 45
1.3.1	La relación indisoluble entre revolución tecnológica y norma laboral.45
1.3.2	Evolución de la tecnología y el trabajo en España.....47
1.3.3	Punto de partida de la Economía y Sociedad Digitales en el entorno europeo.....49
1.4	Hacia un modelo socio-tecnológico equilibrado para el Derecho del Trabajo español. 51
1.4.1	Los efectos de las tecnologías sobre el empleo.54
1.4.2	La invasión de las tecnologías en los derechos de los trabajadores.....60
1.4.2.1	El surgimiento de nuevas figuras: el esquirolaje tecnológico61
1.4.2.2	La función de los tribunales de justicia en la adaptación de la interpretación jurídica a la realidad digital63
1.4.3	La implicación del Estado Moderno en el desarrollo humanizado de la economía digital65
1.4.3.1	La fragilidad de la protección de datos ante un riesgo global70
1.4.4	La creciente problemática del ejercicio de control empresarial72
1.4.4.1	El Juicio de Proporcionalidad en el control tecnológico empresarial.....74
1.4.4.1.1	La vulnerabilidad de las comunicaciones tecnológicas.....76
1.4.4.1.2	Tolerancia en el uso de las tecnologías y expectativa razonable de confidencialidad77
1.5	Big data, people analytics y otras formas de explotar la información..... 81
1.6	Reflexiones sobre las tendencias para las futuras políticas socio-laborales: humanización de la tecnología, renta universal y prevención de riesgos laborales. 84
1.6.1	Una renta universal para trabajadores en riesgo de exclusión digital.84
1.6.2	La humanización de la tecnología: IA y robótica vs. Siniestralidad laboral.90
1.7	El derecho de conexión, desconexión y el IoT..... 91
2	LAS TIC EN EL SISTEMA DE FUENTES..... 97
2.1	Implicaciones constitucionales de las tecnologías en el trabajo. 97
2.1.1	La tecnología en la vertiente individual y colectiva del Derecho del Trabajo.....97
2.1.2	El tratamiento de la tecnología en la Constitución Española.....103
2.1.3	Principios rectores constitucionales y tecnología104
2.1.4	El derecho a las tecnologías como derecho humano de cuarta generación.106
2.2	Incidencia de la tecnología en el marco normativo internacional y supranacional: necesidad de un liderazgo 109
2.2.1	La aplicación de los tratados internacionales a los derechos digitales111
2.2.2	Liderazgos internacionales en materia de protección de datos.....113
2.2.2.1	El Protocolo de modificación del Convenio 108 del CdE.....115
2.2.2.2	Las iniciativas de la OCDE.....117
2.2.3	Apuntes sobre la Organización Internacional del Trabajo118
2.2.4	Marco normativo europeo124
2.2.4.1	Los precedentes en Derecho Comunitario.125

2.2.4.2	La Directiva 2009/126: Nuevo hito en la protección de datos en Europa.	129
2.2.4.3	La necesidad de un marco normativo armonizado en la UE.....	133
2.2.4.4	La consolidación de la protección de datos en la Unión Europea a través del Reglamento General de Protección de Datos, 2016/679.....	137
2.3	El Marco normativo español.....	139
2.3.1	La pionera “Declaración de Derechos de Internet” del Senado de 1999.....	143
2.3.2	Los antecedentes en la regulación de protección de datos de carácter personal	147
2.3.3	La accidentada tramitación de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales	148
2.3.4	Breves notas sobre la adaptación normativa extemporánea al RGPD en la LOPDPyGDD: La antesala del escenario que se avecina.	150
2.3.4.1	Objetivo y principios generales de la LOPDPyGDD.....	152
2.3.4.2	Derechos digitales de los trabajadores	155
2.3.4.2.1	Derecho a la intimidad y cesión de tecnología.....	156
2.3.4.2.2	Grabación de imágenes y sonido Vs. Derecho a la intimidad.....	158
2.3.4.2.3	Los límites de la geolocalización en el trabajo	160
2.3.4.2.4	Derechos digitales en la negociación colectiva	160
2.3.4.2.5	El Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral	161
2.3.4.3	Los sistemas de información de denuncias internas.....	164
2.3.4.4	El registro de infracciones y sanciones en el orden social: opciones y objetivos	166
2.3.5	El reconocimiento del derecho universal a Internet en España	171
2.3.6	El papel de la Agencia Española de Protección de Datos en la tutela de derechos fundamentales de los trabajadores.....	174
2.3.7	La Negociación colectiva.....	175
2.3.7.1	Una reflexión sobre el uso de las Tecnologías de la comunicación por la Representación de los Trabajadores	178
2.3.7.1.1	La interpretación judicial del uso del correo electrónico por la representación de los trabajadores	180
2.3.7.2	Aspectos más relevantes de la negociación colectiva en España.....	182
2.3.7.2.1	La negociación en el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la seguridad social.	182
2.3.7.2.2	Las fórmulas negociadas en el Convenio General de la Industria Química	185
3	LA PROTECCIÓN DE DATOS, UN DERECHO DE CRECIENTE INCIDENCIA EN LAS RELACIONES LABORALES	193
3.1	Las líneas generales del Reglamento General de Protección de datos de la Unión Europea y su integración en el ordenamiento español.	193
3.1.1	El nuevo ámbito de aplicación del RGPD	196
3.1.2	La responsabilidad del tratamiento de datos personales de trabajadores.....	197
3.1.3	La prestación de consentimiento del trabajador para el tratamiento de datos.....	198
3.1.4	Categorías especiales de datos personales de los trabajadores.....	201
3.1.4.1	La problemática de los datos biométricos	202
3.1.4.2	Autorizaciones excepcionales para tratar otros datos de categoría especial a las entidades de tendencia.....	205
3.1.4.3	La excepción del interés superior al derecho a la intimidad.....	205
3.2	Los derechos del trabajador en materia de protección de datos.....	206
3.2.1	El derecho de información y acceso a los datos personales.....	207
3.2.2	El Derecho a conocer los fines perseguidos con el tratamiento de datos personales ...	209
3.2.3	El derecho a la rectificación, supresión y limitación del tratamiento de datos	210
3.2.3.1	El derecho de supresión o “derecho al olvido”	211

3.2.3.2	Portabilidad y oposición al tratamiento para la creación de perfiles.....	213
3.2.4	El derecho de oposición al tratamiento automatizado de datos.....	213
3.2.5	La facultad de limitación legal de los derechos y obligaciones en el RGPD.....	214
3.3	El modelo de control a través del <i>Data Protection Officer</i> y su nombramiento	215
3.3.1	Las directrices del Grupo de Trabajo de la UE en materia de delegados de protección de datos y privacidad	216
3.3.2	Obligatoriedad, voluntariedad y conveniencia de la implementación de la figura del DPD como órgano de control.	218
3.3.2.1	Las fórmulas alternativas a la designación de un DPD	219
3.3.2.2	Efectos de la designación del DPD cuando es potestativa	220
3.3.3	La diferenciación entre actividades principales y auxiliares como elemento de imposición del DPD.....	220
3.3.4	El tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales	222
3.3.4.1	El DPD en grupos de empresa y administraciones públicas.....	223
3.3.4.2	Otras fórmulas jurídicas para extender la protección de datos.....	224
3.3.5	Requisitos personales y funciones del DPD	226
3.3.5.1	La acreditación de la profesionalidad del DPD	227
3.3.5.2	La Independencia del DPD dentro de una relación dependiente.....	229
3.3.5.3	Las funciones del DPD	229
3.3.6	PIAs: La prevención en la protección de datos como fundamento de la evaluación de impacto	231
3.4	La protección de datos en el ámbito laboral: del RGPD a la LOPDPyGDD	233
3.4.1	La cesión de datos de los trabajadores y el deber de confidencialidad	234
3.4.2	Listas negras y calidad de datos	236
4	LA REDEFINICIÓN DE LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL MODELO DE TRABAJO EN LA ECONOMÍA DIGITAL.....	239
4.1	El trabajo a distancia como antecedente del teletrabajo.	242
4.1.1	La particularidad del trabajo a distancia en el domicilio y el centro de adscripción	246
4.1.2	Tipología del contrato a distancia	247
4.1.3	El requisito formal: el contrato escrito vs. el contrato digital.....	248
4.1.4	Condiciones subjetivas de la prestación del trabajo	250
4.1.5	Las exigencias de laboralidad del trabajo a distancia por medios tecnológicos.....	250
4.1.5.1	La organización de la jornada de trabajo como factor de novedad	253
4.1.5.2	Sumisión al poder de dirección de la empresa.	253
4.1.5.3	La retribución del servicio prestado	256
4.1.5.4	La igualdad de derechos básicos del teletrabajador	257
4.1.5.5	La titularidad de los medios de producción	258
4.1.5.6	La posición dominante de las superstarfirms frente a la debilidad del empleado persona física	259
4.2	La realidad de la economía colaborativa como oportunidad para la creación de nuevos puestos de trabajo.....	260
4.2.1	El estudio del caso de <i>Riders</i> y <i>Globers</i> en la economía colaborativa	264
4.2.1.1	Unas pinceladas sobre la actuación de la Inspección de Trabajo.....	265
4.2.1.2	La judicialización de los conflictos en la economía digital	267
4.2.1.3	La declaración de improcedencia en el caso Deliveroo	268
4.2.1.4	El caso Glovo: ¿TRADE o trabajador por cuenta ajena?	268
4.2.1.4.1	La geolocalización como instrumento de control empresarial	271
4.2.1.4.2	Titularidad de la estructura empresarial tecnológica	275
4.2.1.4.3	La determinación del precio del servicio por la empresa	277

	4.2.1.4.4	Facultad de organización y dirección: la elaboración de perfiles.....	278
	4.2.1.4.5	La nota laboral de la ajenidad	280
	4.2.1.4.5.1	Ajenidad en la información.....	280
	4.2.1.4.5.2	Ajenidad en los frutos y en el mercado	281
	4.2.1.4.5.3	Ajenidad en la marca	282
4.3		Riesgos laborales derivados de la digitalización	283
	4.3.1	Aproximación de los riesgos laborales al marco de la LPRL	285
	4.3.2	Riesgos psicosociales.....	287
	4.3.2.1	Tecnopatías e hiperconectividad.....	288
	4.3.2.2	Adiciones y dependencias.....	289
	4.3.2.2.1	Síndrome <i>Fomo</i>	290
	4.3.2.2.2	La Nomofobia	290
	4.3.3	Otros riesgos vinculados a las tecnologías.....	292
	4.3.4	La singularidad del régimen jurídico de las enfermedades profesionales	293
4.4		La tecnología como herramienta de prevención de riesgos	294
5		NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL TELETRABAJO EN ESPAÑA	299
5.1		Una visión general de la experiencia del teletrabajo. Estado de la evolución del teletrabajo en España desde un punto de vista comparado.....	301
	5.1.1	Sintetizando el modelo norteamericano de teletrabajo regulado en la <i>Telework Enhancement Act</i>	305
	5.1.2	Unas pinceladas sobre el marco de teletrabajo en Francia y el derecho a la desconexión digital, como propuesta de debate en España.	307
	5.1.2.1	Medios electrónicos y representantes de los trabajadores en Francia.....	308
	5.1.2.2	Tipología del teletrabajo en Francia.	310
5.2		Antecedentes de la incorporación del Teletrabajo en la AGE	313
5.3		El modelo pionero de la junta de Castilla y León.....	316
	5.3.1	El programa Experimental de Teletrabajo en Castilla y León «Trabaja desde Casa»	317
	5.3.1.1	Ámbito y objetivos del proyecto.....	317
	5.3.1.2	Los derechos, garantías y obligaciones de los teletrabajadores.....	319
	5.3.1.3	Relación de requisitos subjetivos personales y materiales para teletrabajar.....	320
	5.3.1.4	Adquisición y pérdida de la condición de teletrabajador.....	321
	5.3.1.5	Las conclusiones sobre la práctica de la jornada abierta	322
	5.3.2	Las aportaciones al proyecto inicial y los antecedentes del Decreto de 2011 por el que se regula la jornada del teletrabajo en Castilla y León	322
	5.3.3	El Decreto de Castilla y León núm. 16/2018, de 7 de junio.	325
	5.3.3.1	Elementos de control del teletrabajo.....	326
	5.3.3.1.1	La figura del supervisor.....	326
	5.3.3.1.2	Contenido mínimo del documento de compromisos	327
	5.3.3.1.3	El plan individual de teletrabajo.....	328
	5.3.3.1.4	Comisión de seguimiento: composición y competencias.....	329
	5.3.3.2	Requisitos subjetivos para ser teletrabajador	330
	5.3.3.3	Requisitos objetivos del teletrabajador	331
	5.3.3.4	Las prioridades en la selección de teletrabajadores	332
	5.3.3.4.1	La conciliación de la vida familiar y laboral	333
	5.3.3.4.2	La protección de la salud del empleado público	334
	5.3.3.4.3	El factor del tiempo de desplazamiento diario	334
	5.3.3.4.4	Los colectivos de especial protección.....	335
	5.3.3.4.5	Optimización del tiempo de trabajo	335
	5.3.3.5	Renuncia, suspensión y pérdida de la condición de teletrabajador	336
	5.3.3.5.1	Renuncia y suspensión de la autorización de teletrabajo	336

	5.3.3.5.2 Pérdida de la condición de teletrabajador	337
5.4	La extensión de la experiencia al resto de Comunidades Autónomas	338
5.4.1	Los Decretos del País Vasco y de Extremadura en el año 2012.....	339
5.4.1.1	El Decreto del País Vasco de teletrabajo.....	339
5.4.1.2	El Decreto extremeño de teletrabajo 127/2012	340
5.4.2	La implantación de las experiencias Balear, Castellanomanchega, Riojana y Gallega durante el año 2013.....	342
5.4.2.1	El Decreto Balear de Teletrabajo.....	342
5.4.2.2	Decreto de Castilla-La Mancha núm. 57/2013	344
5.4.2.3	Decreto 45/2013, de 5 de diciembre del Gobierno de La Rioja	344
5.4.2.4	La Orden de 20 de diciembre de 2013, como primer paso al teletrabajo en la Administración gallega.....	346
5.4.3	La regulación mediante instrucción del Gobierno de Aragón	347
5.4.4	Las ultimas regiones en implantar el modelo del teletrabajo. El caso de Murcia y la Generalitat Valenciana.....	349
5.4.4.1	El Decreto de la Generalitat Valenciana 82/2016.....	349
5.4.4.2	El proyecto experimental de la Región de Murcia.....	351
5.4.5	Conclusiones sobre las experiencias autonómicas.....	352
5.5	El Teletrabajo: una oportunidad para trabajadores con discapacidad.....	353
5.5.1	La singularidad del trabajo a distancia en Centros Especiales de Empleo	355
5.5.2	Un apunte final sobre economía digital y discapacidad.....	356
6	LA TUTELA JUDICIAL ESPAÑOLA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONFLICTO TECNO-LABORAL 357	
6.1	Redes sociales: nueva realidad en el Derecho del Trabajo	358
6.2	Los límites de la supervisión y la licitud de las pruebas electrónicas	359
6.2.1	La obligada fiscalización judicial en caso de intervención de las comunicaciones	364
6.2.2	Las discrepancias sobre la esfera privada del trabajador y la presunción de renuncia..	366
6.2.3	<i>Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.....</i>	368
6.2.4	Limitación del concepto de comunicaciones.....	369
6.3	La doctrina del TS sobre la extensión de la prohibición al esquirolaje tecnológico	370
6.3.1	La relación de votos particulares en el caso Euskaltel	372
6.3.1.1	El Voto particular de ALARCON CARACUEL.....	372
6.3.1.2	Los Votos particulares de DESDENTADO BONETE y MARTÍN VALVERDE	373
6.3.1.3	Sobre la analogía legis del art. 6.3 RDLRT	374
6.4	La doctrina Constitucional en los conflictos tecno-laborales.....	377
6.4.1	Avances y retrocesos de la doctrina constitucional	380
6.4.1.1	Las etapas de la interpretación del derecho a la protección de datos.....	381
6.4.1.1.1	Primera etapa.....	381
6.4.1.1.2	Una nueva dimensión de la libertad informática y el habeas data tras la interpretación del Tribunal Constitucional	384
6.4.1.1.3	La autonomía del derecho a la protección de datos.....	386
6.4.1.1.3.1	El Caso Ensidesa: STC 186/2000, de 10 de julio	388
6.4.1.1.3.2	<i>La libertad informática como “derecho atípico” en el voto particular del magistrado Jiménez de Parga.....</i>	389
6.4.1.1.3.3	El afianzamiento de la doctrina constitucional del poder de disposición de los datos personales.....	390
6.4.1.1.4	La utilización no consentida ni previamente informada de grabaciones para un fin, desconocido. El Caso Universidad de Sevilla en la STC 29/2013	391
6.4.1.1.4.1	Los antecedentes	392
6.4.1.1.4.2	Las conclusiones sobre el núcleo esencial del art. 18.1 ET.....	393

6.4.1.2	El “drástico giro” en la doctrina constitucional sobre protección de datos del trabajador en la jurisprudencia en el asunto Bershka en la STC 39/2016.	396
6.4.1.2.1	La legitimación de la videovigilancia en el marco legal del art. 20.3 ET	398
6.4.1.2.2	El consentimiento y la información previa en la relación laboral	398
6.4.1.2.3	La suficiencia del distintivo.....	399
6.4.1.2.4	Juicio de idoneidad, necesidad y ponderación en el test de proporcionalidad.	400
6.4.1.2.5	El Voto particular de VALDÉS DAL-RE: Crítica al drástico giro de la doctrina constitucional	401
6.4.1.2.5.1	El rechazo al juicio de ponderación entre derechos constitucionales.....	402
6.4.1.2.5.2	La censura de la utilización de juicios de ponderación y proporcionalidad tras el ejercicio antijurídico de los poderes empresariales.....	403
6.4.1.2.5.3	El valor jurídico del distintivo anunciador de la vigilancia	404
6.4.1.2.5.4	La discrepancia con el juicio de proporcionalidad	404
6.4.1.2.6	Se suman las discrepancias: La versión de XIOL Ríos.....	405
6.4.2	El tratamiento de la Jurisprudencia constitucional del secreto de las comunicaciones	406
6.4.2.1	La remisión constitucional a las fuentes internacionales.....	408
6.4.2.2	El debate sobre el contenido de las comunicaciones: STC 241/2012 (Caso Trillian)	410
6.4.2.2.1	El límite de la investigación de las comunicaciones en los archivos informáticos.....	411
6.4.2.2.2	Límites de control en la mensajería instantánea	412
6.4.2.2.2.1	El interés empresarial como límite de los derechos fundamentales	413
6.4.2.2.2.2	Comunicación abierta y expectativa de confidencialidad	414
6.4.2.2.2.3	El hallazgo casual <i>versus</i> sistemas invasivos de control.....	415
6.4.2.2.3	El Voto particular de VALDES DAL-RE: Límites de los ciberderechos.....	415
6.4.3	Esquirolaje tecnológico	418
6.4.3.1	El caso Telemadrid: STC 17/2017	420
6.4.3.2	El voto particular de VALDÉS DAL-RE en la STC 17/2017	421
7	LA DOCTRINA JUDICIAL INTERNACIONAL. LOS <i>LEADING CASES</i> DEL TEDH SOBRE TECNOLOGÍAS Y TRABAJO.....	423
7.1	El secreto de las comunicaciones en el Caso Bărbulescu. La Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 5 septiembre 2017.....	424
7.1.1	La doctrina mayoritaria de la Sección cuarta del TEDH en el Caso Bărbulescu	425
7.1.2	El Voto particular de PINTO DE ALBUQUERQUE.....	426
7.1.3	El fallo de la Gran Sala del TEDH de 5 de septiembre de 2017 en el caso Bărbulescu....	429
7.1.3.1	Las conclusiones sobre la naturaleza y el alcance de las obligaciones positivas del Estado demandado.....	430
7.1.3.1.1	El margen de discrecionalidad amplio, pero no ilimitado, para la regulación por los Estados miembros del control de las comunicaciones.	430
7.1.4	Los dos votos particulares en la Sentencia de la Gran Sala	433
7.2	El caso López Ribalda y otros contra España (Asunto Mercadona).....	435
7.2.1	El caso López Ribalda y otros contra España (Asunto Mercadona). Derecho a la intimidad y a la vida privada en el Derecho del Trabajo en la Sentencia de 9 de enero de 2018.	436
7.2.1.1	La expectativa razonable de respeto a la privacidad y equilibrio entre derechos.....	438
7.2.1.2	El voto particular del Juez Devov.....	442
7.2.1.3	Análisis particular de la decisión en el Caso Ribalda	445
7.2.2	Consideraciones finales.....	446
8	CONCLUSIONES	449

8.1	Crisis del modelo clásico de trabajo y de trabajador	449
8.2	Vuelta a los orígenes del fundamento del Derecho del Trabajo	451
8.3	Un análisis con visión global	454
8.4	La destrucción creativa del marco normativo español de relaciones laborales para conseguir un modelo socio-tecnológico equilibrado.....	456
8.4.1	Una selección de políticas socio-laborales a impulsar	457
8.4.2	Algunas propuestas de reforma de incidencia laboral.....	461
9	BIBLIOGRAFÍA.....	469
10	RECURSOS ELECTRÓNICOS	490

ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS UTILIZADOS

AAAI	Association for the Advancement of Artificial Intelligence
ACARL	Asociación de Cajas de Ahorro para las Relaciones Laborales
AENC	Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AGE	Administración General del Estado
AN	Audiencia Nacional
API	Application Programming Interfac, o Interfaz de Programación de Aplicaciones
App	Application o Aplicación
ARCO	Derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición
BEPD	Base de Datos Estatal de Personas con Discapacidad
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOCYL	Boletín Oficial de Castilla y León
BOIB	Boletín Oficial Islas Baleares
BOR	Boletín Oficial de La Rioja
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CCOO	Comisiones Obreras
CdE	Consejo de Europa
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), de 18 de diciembre de 2000
CE	Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978
CEDH	Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma, 4 de noviembre de 1950
CEE	Centro Especial de Empleo
CEF	Centro de Estudios Financieros

CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales
CEPYME	Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
Cfr.	confróntese
Cit.	Cita
Coord.	Coordinador/Coordinadores
C's	Ciudadanos
DESI	Digital Economy and Society Index, (Índice de Economía y Sociedad Digital de Eurostat)
Dir.	Director/directores
DPO/DPD	Data protection officer. Delegado de Protección de Datos
DD.HH.	Derechos Humanos
DOCLM	Diario Oficial de Castilla La Mancha
DOE	Diario Oficial de Extremadura
DOG	Diario Oficial de Galicia
DOGV	Diario Oficial de la Generalitat Valenciana
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EBEP	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
ECLI	European Case Law Identifier, Identificador europeo de jurisprudencia
Ed.	Edición
Ed. Dig.	Edición digital
EESI	Electronic Exchange of Social Security Information/Sistema de Intercambio Electrónico de Información sobre Seguridad Social
EEUU	Estados Unidos
EPA	Encuesta de población activa
ERE	Expediente de regulación de empleo

ET	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 al.	Y otros
EUCOLAB	European collaborative economy fórum (Foro Europeo de Economía Colaborativa)
EUROFOUND	European Fundation for the Improvement of Living and Working Conditions. Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo
EUROSTAT	Oficina Europea de Estadística
EWCS	European Working Conditions Surveys. Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo
FAQ	Frequently Asked Questions o Preguntas más frecuentes
FTTH	Fiber To The Home
GPS	Global Positioning System, Sistema de posicionamiento global
GSMA	Global System for Mobile Association/ Asociación Global de Operadores Móviles
IA	Inteligencia artificial
Ibid.	Ibidem. En el mismo lugar
ICT/TIC	Information and Communication Technology/Tecnologías de la información y de la comunicación
IFR	International Federation of Robotics
IIoT	Industrial Internet of Things. Internet Industrial de las cosas
INCIBE	Instituto Nacional de Ciberseguridad
INE	Instituto Nacional de Estadística
INL	Procédure d'initiative législative/ Procedimiento de Iniciativa legislativa
ISO	International Standarization Organization, Organización Internacional de Normalización
INSHT	Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo
INSS	Instituto Nacional de Seguridad Social

IoT	Internet of Things, Internet de las cosas
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
LIBE	Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPDPyGDD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LORTAD	Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
MLC	Maritime Labour Convention, Convenio de la OIT de Trabajo Marítimo, 2016
NBER	National Bureau of Economic Research, Oficina Nacional de Investigación Económica en EEUU
Núm.	Número
OECD/OCDE	Organisation for Economic Co-operation and Development/ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONCE	Organización Nacional de Ciegos de España
ORECE	Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas
P. ej.	Por ejemplo
Pág.	Página
PC	Personal computer, ordenador personal
PIB	Producto Interior Bruto

PP	Partido Popular
PSOE	Partido Socialista Obrero Español
RAE	Real Academia Española
RCUD	Recurso de Casación para Unificación de Doctrina
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RDLRT	Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo
RDSE	Revista de Derecho Social y Empresa
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo (Cívitas)
REIS	Revista Española de Investigaciones Sociológicas
RETA	Régimen especial del trabajo autónomo
RGPDP	Reglamento (UE) 2016/679 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE
ROFIT	Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
RTSS	Revista de Trabajo y Seguridad Social
S	Sentencia
SAAD	Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia
SMS	Short message service, Servicio de mensajes simples
ss.	Siguientes
STEM	Science, technology, engineering and math/ Ciencias, Tecnología, Ingeniería y Matemáticas.
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (Versión consolidada Diario Oficial núm. C 326 de 26/10/2012)
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRADE	Trabajador Autónomo Dependiente Económicamente
TRLGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
UGT	Unión General de Trabajadores
V.gr	verbi gratia
Vid	Véase
VNI	Visual Networking Index/ Índice de Redes Visuales
Vol.	Volumen
Vs.	Versus
VV.AA.	Varios autores
WEF	World Economic Forum, Foro Económico Mundial

1 INTRODUCCIÓN

1.1 El impacto de la economía digital y la transformación del mundo laboral

La explosión de las TIC (*Tecnologías de la Información y Comunicación*) o ICT (*Information/Communication Technologies*) ha venido a revolucionar el mundo del Trabajo, aflorando las debilidades del vigente marco laboral español, y con ello, las amenazas a las que se enfrenta nuestro modelo económico y social. La puesta a disposición de la humanidad de un espacio virtual, libre y abierto en el que compartir ideas y conocimientos, atribuida al ingeniero británico Sir Tim Berners-Lee, está permitiendo que se abra un extenso abanico de oportunidades de crecimiento de la economía digital. Dado que el punto de inicio de internet data del 12 de marzo de 1989, mediante este trabajo se pretende desbrozar los cambios operados en las relaciones laborales en los últimos 30 años a consecuencia de la integración de las tecnologías. Junto a ello, se estudia el camino por el que se adentra el Derecho del Trabajo español, analizando la problemática que debería abordar un nuevo marco regulatorio inspirado en la economía digital.

El reto al que se enfrenta nuestra sociedad radica en convertir las oportunidades en fortalezas reales del mercado de trabajo, lo que permitiría superar los negativos datos de desempleo que han azotado la economía europea, y especialmente la española desde el año 2007. En este sentido, no podemos obviar dos hechos fundamentales a tener en cuenta, por un lado, la evolución de los datos de la EPA que continúan arrojando unas cifras todavía insultantes, que superan los 3,4 millones de parados¹, y por otro, la baja tasa de actividad que se sitúa en el 58,8 %, muy lejos del objetivo de ocupación del 75 % de las personas entre 20 y 64 años, fijado por la UE en la Estrategia Europa 2020, como agenda de crecimiento y empleo en la UE durante la década 2010-2020².

En este contexto, resulta incuestionable que los rápidos avances tecnológicos están transformando nuestra forma de vivir y trabajar, ofreciendo a las empresas la posibilidad

¹ Los datos publicados por el INE en enero de 2019, correspondientes a cierre de 2018, muestran, dentro de una evolución descendente anual desde 2015, una tasa de paro del 14,45% de la población activa. Disponible en:

http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiD atos&idp=1254735976595 [Consulta: 11 febrero 2019]

² Así lo reflejan las estadísticas sobre empleo del INE y de EUROSTAT. Disponible en:

[https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Employment_rate_by_sex,_age_group_20-64,_1993-2016_\(%25\).png](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Employment_rate_by_sex,_age_group_20-64,_1993-2016_(%25).png) [Consulta: 29 julio 2018]

de establecer nuevos modelos de negocio, como es el caso de la economía colaborativa, u otras formas de gestión, en los que, necesariamente, han de afrontarse los retos que las tecnologías ofrecen, ya se trate de Inteligencia Artificial, robótica o, realidad virtual. Unido a ello, surgen conflictos colaterales como la confianza en la veracidad de los datos, o la búsqueda de alianzas para fortalecer el crecimiento económico. Si bien, las tecnologías obligan a un ejercicio de redefinición de la empresa, de sus recursos humanos, y su interrelación con la sociedad³. Adviértase además que, al estar basadas las TIC en internet (la red informática mundial denominada *World Wide Web* -en adelante, WWW-), resulta imprescindible no perder de vista un análisis desde la perspectiva global, ya que el fenómeno afecta a todos los ciudadanos del mundo y es objeto de debate en cualquier ámbito de organismos internacionales.

A lo largo de la Historia se ha podido constatar el impacto de las revoluciones, descubrimientos o construcción de grandes infraestructuras sobre el desarrollo socio-económico de las civilizaciones en Europa. Claro ejemplo de lo cual lo encontramos en el impacto que supone, para el progreso en la Península Ibérica, la construcción de otra “red”, concretamente de la *calzada romana*. Infraestructura indispensable para facilitar la conquista de territorios por el ejército y la movilización de sus efectivos con una rapidez nunca vista hasta entonces. Permitiendo esta obra de ingeniería la vertebración de nuestro país a través del conjunto de Vías romanas diseñadas. De esta forma, la red de calzadas además agiliza las comunicaciones entre las ciudades que formaban el Imperio y, al mismo tiempo, sirve de impulso para la dinamización del transporte de materias primas por todo el Imperio romano, facilitando con ello la difusión de una nueva cultura en la época, que hizo posible la romanización de la sociedad europea.

Más de dos mil años después, internet ha supuesto una aportación equivalente a la revolución que supuso la *calzada romana* en su día. Con lo que, haciendo un símil con el impacto que tuvo que suponer su construcción en la península Ibérica, la aparición de

³ Según destaca el último informe “TechVision 2018”, de la consultora Accenture, de febrero de 2018, se identifican cinco tendencias tecnológicas emergentes, que las compañías deben afrontar para desarrollar con éxito los acuerdos necesarios en la economía digital actual: a) ciudadano IA (Citizen AI) para que la IA se desarrolle en beneficio de la empresa y la sociedad; b) Realidad Extendida (Extended Reality), para acercar personas, información y experiencias, transformando la forma de vivir y trabajar; c) Veracidad del dato (Data Veracity) haciendo frente a la debilidad que implica la existencia de “Fake News”, mediante datos falsos, manipulados y sesgados que adulteran la información y las decisiones de las empresas y afectan a toda la sociedad, d) Empresa sin fricción (Frictionless Business), lo que exige modificar las arquitecturas de colaboración tradicionales, para facilitar la colaboración empresarial inteligente a escala, basada en la tecnología para crecer; finalizando por último con e) el Internet de las Ideas (Internet of Thinking) facilitando la creación de sistemas distribuidos inteligentes que faciliten la llegada a entornos dinámicos de la vida real experiencias como robótica, la y otras experiencias inmersivas. Disponible en: <https://www.accenture.com/es-es/company-news-release-accenture-technology-vision-2018> [Consulta: 7 marzo 2018]

Internet como red virtual en el siglo XXI, constituye la senda a través de la cual se reinventa el modelo de relaciones socio-económicas, bajo la denominación de *economía digital*. Una innovación que requiere, a su vez, de cuantiosas inversiones para su despliegue⁴, resultando ser tan indispensables, como el gasto de infraestructuras de transporte o el acondicionamiento de la red de carreteras, en lo que a otras vías de comunicación se refiere. Así pues, el paso previo para alcanzar la digitalización de la economía reside en la inversión adecuada en infraestructuras, resultando una condición *sine qua non* para una integración tecnológica eficiente en las empresas, y en las relaciones laborales. Ya que solo así se consigue incrementar la demanda de nuevos puestos de trabajo, para los que se requiere una formación especializada, fomentando así, la extensión de nuevos sectores de actividad.

Este crecimiento exponencial de la economía digital también, junto con el decisivo papel que desempeñan las tecnologías en la transformación de los Países miembros de la UE, tiene reflejo en el “Libro Blanco sobre el Futuro de Europa”⁵ y en la Estrategia para el

⁴ La consultora Oliver Wyman, en el informe “On the technical future of the telecommunications industry”, 2017, avanza la necesidad de planificación del despliegue de nuevas redes móviles 5G, durante los próximos diez años, para poder atender la creciente demanda de datos, ofreciendo un suministro de velocidad acorde al crecimiento exponencial de la demanda. Con lo cual, al haber llegado al límite de su capacidad las tecnologías 2G, 3G o 4G, el incremento de la demanda continuada del tráfico de datos solo será posible mediante la utilización de una mayor oferta de espectro en las frecuencias más altas en las que puede operar la nueva tecnología. Esta nueva infraestructura se enfrenta a dos grandes problemas como son la dificultad de conseguir recursos económicos, aunque se estima una gran rentabilidad de la inversión, así como que a diferencia de las redes de 2G, 3G o 4G (que son redes homogéneas que se han desplegado de forma ordenada desde las zonas más pobladas hasta las más despobladas), la tecnología 5G no lo es, con lo que habrá que evaluar qué tipo de sub-red hay que desplegar en cada zona, atendiendo a la futura demanda de servicios. Disponible en: https://www.oliverwyman.com/content/dam/oliver-wyman/v2/publications/2017/oct/Technical_Future_Telcos_WEB.pdf [consulta: 11 febrero 2019]

A su vez, el informe de GSMA “The Mobile Economy 2019”, estima que la tecnología 5G contará en el año 2025 con 1.400 millones de nuevas conexiones, dando cobertura a más de un tercio de la población, en un proceso en el que más de la mitad de los países habrán iniciado el desarrollo de esta tecnología. El informe además prevé unas cifras de conexiones en el IoT que alcanzarán los 25.000 millones de conexiones para el año 2025. Pág. 11. Disponible en: <https://www.gsmaintelligence.com/research/?file=b9a6e6202ee1d5f787cf95d3639c5&download> [consulta: 14 abril 2019]

Paralelamente, el Informe Cisco Visual Networking Index (VNI), estima que el tráfico de datos móviles en España se multiplicará por seis entre los años 2017 y 2022, según, así como que en 2022 habrá 41 millones de usuarios móviles, el 88% de la población, y 103 millones de dispositivos y conexiones móviles por el IoT. Disponible en: <https://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/visual-networking-index-vni/white-paper-c11-738429.html> [consulta: 22 febrero 2019]

⁵ El Libro Blanco sobre el Futuro de Europa, de 1 de marzo de 2017, recoge las reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025. Pág. 10 y Pág. 24. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/libro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf [Consulta: 3 julio 2018]

“Mercado Único Digital en Europa⁶”. Donde se incluyen estimaciones de crecimiento del PIB de hasta 250.000 millones de euros de crecimiento adicional, en el transcurso del mandato de la Comisión hasta 2019, además de la creación de cientos de miles nuevos puestos de trabajo. Este mismo reconocimiento del potencial de las TIC en el impulso de la economía tiene reflejo en la Agenda digital para Europa, en el marco de la “Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, Europa 2020”⁷.

De esta manera, en el seno de la UE, atendiendo a las oportunidades que ofrece la tecnología y conforme a las estimaciones de crecimiento de la demanda de nuevos puestos de trabajo, se han impulsado tres grandes líneas de trabajo en el marco de las políticas socio-laborales europeas. Una de ellas ha consistido en aprobar la denominada “*Agenda de Capacidades para Europa*”, en la que incluyen las habilidades digitales, como parte del conjunto esencial de las futuras capacidades⁸. Junto a la cual, se ha constituido una “*Coalición por las capacidades y los empleos digitales*”, con el fin de movilizar a empresas, interlocutores sociales y autoridades públicas, de forma que en el marco de este particular diálogo social, sea posible mejorar las capacidades digitales de los trabajadores. Habiéndose impulsado, además, el proyecto piloto «*Oportunidad Digital*», a través del cual se persigue como objetivo proporcionar a los graduados experiencia práctica mediante becas transfronterizas en el ámbito digital.

Se advierte así que el imparable avance de las TIC ha iniciado un camino, sin retorno, hacia un extenso y diversificado volumen de transformaciones, que ha venido a denominarse la *Cuarta Revolución Industrial*. Facilitando su crecimiento exponencial su

⁶ Vid la Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático presentada por 4 Jean-Claude Juncker, presidente de la Comisión Europea, el 15 de julio de 2014, Pág. 5. Disponible en:

file:///C:/Users/Usuario/Desktop/juncker-political-guidelines-speech_es_0.pdf [Consulta: 11 enero 2017]. Además, téngase en cuenta la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital. Un mercado único digital conectado para todos, de 10 de mayo de 2017. Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-228-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF> [Consulta: 15 septiembre 2017]

⁷ Adviértase que se han desarrollado siete iniciativas emblemáticas en Europa para alcanzar los objetivos de la Agenda 2020: a) la Unión por la Innovación; b) Juventud en movimiento; c) la Agenda digital para Europa; d) Una Europa que utilice eficazmente los recursos; e) una política industrial para la era de la mundialización; f) la Agenda para nuevas cualificaciones y empleos; y g) la Plataforma europea contra la pobreza.

⁸ Vid, en la misma línea, la referencia a la evolución de los mercados laborales y las sociedades, derivados de la globalización, la revolución digital, los cambios en las pautas de trabajo y la evolución demográfica y de la sociedad, en el punto 9 del “El pilar europeo de derechos sociales” aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, durante la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento celebrada en Gotemburgo, Pág. 7, Suecia. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/publications/european-pillar-social-rights-booklet_es [Consulta: 11 enero 2018]

extensión a diferentes y variados ámbitos como la biotecnología, o la nanotecnología. Además, se da por descontado que, tanto a corto como a medio plazo, será difícil encontrar espacios en los que no se haya integrado la robótica y la inteligencia artificial (en adelante IA)⁹.

Con estos antecedentes, podemos avanzar como primera afirmación, que las tecnologías constituyen un instrumento de mejora para la productividad y la competitividad de las empresas, facilitando nuevas oportunidades en la modernización de la organización del trabajo, así como permitiendo importantes avances en el ámbito de la flexiseguridad¹⁰ laboral, de la conciliación de la vida personal y laboral, y en la generación de nuevos empleos.

Atendiendo a todo lo dicho, si se realiza un análisis histórico de la evolución del Derecho del Trabajo, resulta innegable la existencia de una íntima relación entre Derecho del Trabajo y progreso. De forma que los avances y evoluciones sociales provocan un proceso de destrucción creativa, al que sigue una posterior transformación estructural de mayor o menor intensidad. Con lo que, en consecuencia, esta tesis pretende analizar las distintas implicaciones que están teniendo las TIC, durante las últimas décadas, en marco del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, además de su impacto en el previsible corto y medio plazo. Lo que inevitablemente dará lugar a una reasignación de empleo entre distintos sectores productivos. Unido a ello, y atendiendo a la obsolescencia de gran parte del articulado del ET, inspirado en el modelo económico de la transición democrática española de los años ochenta del siglo XX, parece inevitable que el legislador debería abordar la regulación de una nueva norma que actualice el marco normativo vigente en la actualidad. Motivo por el cual, se formulan distintas propuestas a lo largo de este trabajo.

Por eso, si la innovación, no solo, no es un elemento extraño al Derecho del Trabajo, sino que, además, los cambios tecnológicos han sido la esencia de su origen y de las sucesivas modificaciones de las normas laborales desde el siglo XIX, la evolución del marco normativo laboral, junto a la interpretación de los distintos juzgados y tribunales, constituyen una constante en todas las sociedades, ya desde la primera revolución industrial. De tal manera, desde el inicio de la industrialización, la historia del Derecho del Trabajo es asimismo la historia de los cambios sociales. Con lo cual, a medida que se

⁹ Avanza en esta idea MERCADER UGUINA, J. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017. Pág. 34.

¹⁰ Al respecto de una posible flexiseguridad 2.0 en la era del cambio tecnológico MERCADER UGUINA, J., "Flexiseguridad y salario", *El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Núm. Especial, 2018, Pág. 199.

sucedan las distintas revoluciones tecnológicas, se produce una relación de efectos cíclicos en las relaciones laborales. Disponiendo, por lo tanto, los inventos e innovaciones un efecto transformador en la organización del trabajo, que tradicionalmente ha facilitado la aparición de iniciativas empresariales, acompañadas de nuevos puestos de trabajo¹¹.

Precisamente también, en línea con lo expuesto, el nacimiento de las leyes laborales en España fue coetáneo a la aparición de las primeras factorías, centrándose tales disposiciones en la protección de los más desfavorecidos, o en la aparición de los seguros sociales, existiendo una estrecha vinculación entre la regulación y la ideología imperante en el momento¹². Es así como entre ellas surgen diversas normas que protegen a colectivos más desfavorecidos (como mujeres o niños), dando lugar al establecimiento de un marco jurídico más protector para determinados trabajadores¹³.

Es sabido que el Derecho, como técnica instrumental de organización, permite la integración, institucionalización o juridificación de los elementos transformadores de la organización del trabajo. Efectivamente, sirve de acomodo a los sucesivos cambios en la organización, o a los métodos del trabajo, que obligan a adaptarse al trabajador a las nuevas maneras de trabajar, desde una vertiente individual y colectiva.

En este sentido, podemos afirmar que las TIC se han incorporado en los distintos ámbitos de la sociedad, especialmente, en las tres últimas décadas¹⁴, como un instrumento disruptivo, en los ámbitos público y privado de las relaciones laborales, dando lugar a un nuevo concepto de empresa denominado “industria 4.0”¹⁵. Evidenciando, de tal manera, un nuevo patrón de negocio revestido de diferencias sustanciales en la organización,

¹¹ MC CRAW, T.K., *Joseph Schumpeter: Innovación y destrucción creativa*, Ediciones De Belloch S.L., 2013, pone en valor la valentía del emprendedor, que ya SCHUMPETER definía a mediados del siglo XX como el héroe del capitalismo, dotado de cualidades superiores de intelecto y voluntad, cuya motivación se encontraba en la voluntad de conquistar y la alegría de la creación.

¹² Al respecto PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del Trabajo e ideología*, Madrid, Tecnos, 7ª ed., 2011.

¹³ Entre los ejemplos se encuentra la Ley de 24 de julio de 1873 sobre regularización del trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos, conocida como la Ley Benot, o la Ley de 26 de julio de 1878, sobre trabajos peligrosos de los niños.

¹⁴ Destacaba ya en el año 1988 el impacto de las nuevas tecnologías en la subordinación y el tiempo de trabajo así como la necesidad de garantizar los siguientes requisitos en los procesos de reconversión: a) eliminar los obstáculos que impidan un proceso de reconversión industrial, b) la flexibilización del Derecho del Trabajo, c) sistemas permanentes de formación y reciclaje profesional, d) replanteamiento del “*ius variandi*” empresarial y la movilidad interna de los trabajadores, y finalmente, e) la participación directa de los sindicatos durante los procesos de reconversión a través de la información y consulta. HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, O., “Las nuevas tecnologías y el Derecho del Trabajo”, D.L. Núm. 26, 1988, Pág. 104.

¹⁵ La Industria 4.0 se define como el ecosistema de producción avanzado, automatizado e interconectado gracias a un conjunto de tecnologías y conectados mediante Internet, también denominado el Internet Industrial de las Cosas (IIOT)

respecto a los modelos tradicionales de producción existentes desde principios del siglo XX¹⁶. Este hecho obliga, como iremos exponiendo a lo largo de este trabajo de tesis doctoral, a una necesaria adaptación de la normativa laboral, por las implicaciones jurídicas que se derivan del uso de tecnologías en general, y especialmente de algunas, entre las que cabe citar la IA o la robótica¹⁷.

Y es que también se observa que, desde hace tiempo, las empresas más punteras del mundo están utilizando IA, para la organización del trabajo y la producción, en ámbitos que abarcan desde la industria de automoción, hasta empresas de distribución¹⁸, destacando además el surgimiento del paradigma de la economía colaborativa¹⁹, o los nuevos modelos de *gig economy*²⁰.

¹⁶ Sobre el análisis del problema social de los cambios de condiciones en las formas de organización del trabajo, se analiza la problemática de la rigidez de la organización tradicional del trabajo, que existe en los sistemas clásicos o fordistas, entre los que destaca la resistencia de los trabajadores a los cambios, así como la necesidad de avanzar hacia un modelo que converja en una reestructuración de los procesos, con un mayor autocontrol del trabajador.

Al respecto CASTILLO, J.J.: “Las nuevas formas de organización del trabajo”, REIS, 1984 Pág. 207. Disponible en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LasNuevasFormasDeOrganizacionDelTrabajo-251119.pdf> [Consulta: 23 marzo 2018]

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. y PÉREZ DEL PRADO, D., “El impacto de la economía 4.0 sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso en dos empresas de base tecnológica.”, Cuadernos de relaciones laborales, Vol. 36, Núm. Extra-2, 2018, pág. 355 y ss. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/viewFile/60701/4564456547551> [Consulta: 23 marzo 2018]

¹⁷ Adviértase que el 11 de febrero de 2019 EEUU ha aprobado una Orden Ejecutiva (equivalente a un Decreto del Gobierno) por la que pone en marcha plan concertado de desarrollo e implantación de IA en el sector público y privado, en cuya sección séptima, la formación en habilidades digitales constituye un pilar fundamental. “*Executive Order on Maintaining American Leadership in Artificial Intelligence*”. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-maintaining-american-leadership-artificial-intelligence/> [consulta 4 marzo 2019]

¹⁸ *Amazon.com* dispone de todos sus almacenes automatizados, lo que le permite contar con un número mínimo de empleados contratados. De esta forma, en estas empresas, la actividad del ser humano se limita a funciones de supervisión, mantenimiento o control, tanto de los robots, como del software que los gestiona. En la práctica se suscita la problemática de la huelga tecnológica, sus efectos y la facilidad de sustitución de las tareas por otros trabajadores. No obstante, las condiciones laborales en la empresa, además de la determinación del convenio colectivo aplicable, están dando lugar, en la actualidad, a distinto tipo de movilizaciones y conflictos.

¹⁹ Según el último informe de del Foro Europeo de Economía Colaborativa (EUCoLab), España cuenta con los datos más elevados de esta modalidad económica, representando a un 6% de la población, frente a la media europea que representa un 5%. (página 6). Disponible en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Delany%20%20Co%20EUCoLab%20Round%20Table%204%20%205_FINAL.pdf [Consulta: 23 marzo 2018]

²⁰ La *gig economy* está basada en la contratación de servicios inmediatos con profesionales, en los que el trabajador, autónomo, cuenta con organización productiva propia. Son las plataformas “gig” las que resultan de especial interés en el ámbito laboral, al permitir el contacto directo entre clientes y trabajadores prestadores de servicios, como recuerda MERCADER UGUINA, J. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, Pág. 82. (cit. supra, nota núm. 9)

Por todo ello, debería ser una prioridad, para todos los grupos políticos del arco parlamentario español, la urgente adaptación del marco normativo laboral a la economía digital, a la vista de la imparable expansión de la implementación de tecnologías y sus implicaciones en el ámbito laboral²¹. Sin que parezca razonable, por otra parte, soluciones como la ofrecida por algún ejecutivo autonómico, como es el caso del Decreto Ley 4/2019, de 29 de enero, de medidas urgentes en materia de transporte de viajeros mediante el alquiler de vehículos con conductor. La disposición aprobada por el Gobierno Catalán, restrictiva del uso de la geolocalización, limita la posibilidad de captar clientes por las vías públicas, y condiciona una recontractación mínima de 15 minutos al usuario. Adviértase que la Autoridad Catalana de Competencia ya recomendó su no convalidación en el Parlamento Catalán, al considerar que introduce ineficiencias de forma artificial, por ser discriminatorio e incoherente el Decreto²².

En este sentido, la solución a las amenazas que provoca la tecnología no puede venir de la mano de políticas proteccionistas, o de la aplicación de prácticas anticompetitivas (como imposición de aranceles), por temor al progresivo incremento de la cuota de mercado de las nuevas empresas digitales. Tales decisiones producen efectos claramente negativos para el desarrollo económico, en la consolidación de empleo, y para la creación de nuevos puestos de trabajo, ya que como recuerda FERRARI, la realidad ha demostrado mil veces que la resistencia de las instituciones políticas y jurídicas provoca efectos de retroacción en la esfera económica, obstaculizando o facilitando el desarrollo «natural» de la vida económica.²³

Frente a lo cual, la opinión mayoritaria de la doctrina y expertos considera que los avances de la robótica, la IA, la nanotecnología, o la economía colaborativa, están llamadas a mejorar la productividad, la competitividad de cualquier entorno laboral, y las capacidades de sus empleados. Surgiendo, a consecuencia de ello, un nuevo horizonte

Analiza el fenómeno de la *Gig economy* también GINÉS FABRELLAS, A. "Diez retos del trabajo en plataformas digitales para el ordenamiento jurídico laboral español", 2018, RTSS, CEF, Núm. 425-426, Pág. 92.

²¹ Analiza la economía colaborativa, los problemas de competencia y el reto de su regulación en España, JARNE MUÑOZ, P. Economía colaborativa y plataformas digitales, Madrid, Ed. Reus, 2019, Pág. 41 y 49.

²² El Decreto publicado en DOGC núm. 7800, de 31 de enero de 2019, ha sido informado negativamente por la Autoridad Catalana de Competencia, que critica que mediante esta regulación se limite y condicione la actividad de los operadores de VTC, en lugar de procurar hacer efectiva la transición hacia un modelo regulatorio que favorezca la competitividad del sector del transporte de vehículos de turismo, por lo que ha recomendado la no convalidación del Decreto ley 4/2019. Disponible en: http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20190206_ir_38_esp.pdf [consulta: 11 febrero 2019]

²³ FERRARI, V., "El incierto futuro de los derechos en el trabajo humano, Revista Trabajo y Derecho", Núm. 52, 2019, (ed. Dig), Pág.1.

en el que se debería compensar económicamente a los trabajadores por el esfuerzo de adaptación a las exigencias de la economía digital. Téngase en cuenta la creciente necesidad de convivir en el trabajo con autómatas inteligentes, que sustituirán, en parte, otros empleos de escaso valor añadido. De tal manera que, en estos casos, sería aconsejable priorizar tal sustitución, comenzando preferentemente por los puestos de trabajo con mayor riesgo de accidente, o que cuenten con elevados índices de siniestralidad²⁴. Lo que exige identificar debidamente los cambios que se están produciendo, así como los efectos para cada puesto de trabajo en las evaluaciones de riesgos laborales.

Adviértase además que la irrupción de las tecnologías, no solo están siendo abordadas en el ámbito de la UE, sino que es objeto de debate en distintas Instituciones internacionales y Foros. Muestra de ello se puede encontrar en el informe sobre el *futuro de los empleos*²⁵, presentado en el Foro Económico Mundial. A este respecto, el documento analiza el impacto de la denominada cuarta revolución industrial²⁶, estimándose que los avances de integración tecnológicos facilitarán la aparición de nuevas categorías de puestos de trabajo, en los que se requerirán diferentes habilidades a las tradicionales. De donde se extrae que la transformación tecnológica y digital constituye, sin duda, una gran oportunidad en la historia de la humanidad, a la par que un reto extraordinario, que exige la revisión de las habilidades de los trabajadores, ante este cambio de paradigma en el mercado laboral, integrado por el *digital labor* y las tecnologías que lo impulsan. Sin embargo, sería aconsejable en este debate no perder de vista que el impacto de las TIC, en el marco de las relaciones laborales, debe realizarse con un enfoque multidisciplinar, así como desde un análisis de derecho comparado, al encontrarnos ante un escenario global.

²⁴ Concretamente, es el sector de la construcción el que cuenta con los mayores índices de siniestralidad laboral, junto al mayor porcentaje de accidentes mortales. Y seguido de la construcción, la industria representa el segundo ámbito económico en el que la siniestralidad sufre más elevados índices de incidencia.

²⁵ *The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, 2016. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf [Consulta: 29 enero 2017]

²⁶ Atendiendo a las distintas definiciones y argumentos académicos utilizados para describir las primeras tres revoluciones industriales, la Cuarta Revolución Industrial está basada en la revolución digital, que inició a finales del siglo XX, caracterizándose, en primer lugar, por la ubicuidad y movilidad de Internet, en segundo lugar, por una aparatología más económica, potente y de reducidas dimensiones, y por último, por la inteligencia artificial y el aprendizaje automático. SCHWAB, K, *The Fourth Industrial Revolution* Págs. 11-12. Disponible en: <https://luminariaz.files.wordpress.com/2017/11/the-fourth-industrial-revolution-2016-21.pdf> [Consulta: 12 marzo 2017]

1.2 Objeto del estudio y metodología

El tema objeto de estudio de esta tesis doctoral se centra en el análisis del impacto que la integración de las TIC está teniendo en las relaciones laborales, así como dar cuenta de las distintas propuestas de reorientación de las políticas socio-laborales, incluidas iniciativas de *lege ferenda* que, a mi juicio, debería adoptar el legislador, para adaptar la normativa española a la nueva realidad de la economía digital. Advirtiendo que, algunas de ellas ya han sido apuntadas por la jurisprudencia y la doctrina científica. Mientras que otras aportaciones se centran en el ámbito de la autonomía normativa, dirigiéndose al análisis de los ámbitos de consenso entre los grupos de representación de intereses en la negociación colectiva, así como las tendencias a futuro.

Según se expone en este apartado introductorio (capítulo primero), el trabajo analiza la economía digital, partiendo del proceso de integración de las TIC en las empresas, y sus efectos. Siendo que ha emergido una imparable realidad, que se traduce en la progresiva extensión de utilización de tecnologías como la IA, la robótica o la realidad virtual, nuevos modelos de negocio (economía colaborativa), diferentes maneras de trabajar individualmente (*interim management*²⁷, *portfolio worker*²⁸), o colectivamente (*job sharing*²⁹, *digital platform employment*, así como novedosas fórmulas de externalización productiva. Lo que ha dado lugar a un cambio de paradigma en el empleo al que algunos autores han atribuido la calificación de trabajo líquido³⁰, en referencia a un modelo disruptivo frente a los patrones clásicos de dependencia, ajenidad, horarios fijos, presunción de trabajo indefinido, o la relación exclusiva entre un empleado y su empleador.

Resulta conveniente poner de manifiesto también las ventajas e inconvenientes de las nuevas formas de trabajo, incidiendo en el servicio que ofrece la tecnología para mejorar de la calidad de vida, conciliar la vida personal y laboral, o las diferentes habilidades

²⁷ Profundiza sobre estas relaciones temporales de directivos cualificados para la gestión de cambios o de situaciones de crisis THOMAS SCHLEICHER, M.W. en “Are interim management statements redundant?”, *Accounting and business research*, Vol. 45, Núm. 2, 2015, págs. 229-255. La figura ha dado lugar en la práctica a la creación de empresas denominadas de *headrenting*, que ofrecen una modalidad de alquiler de directivos a tiempo parcial o completo durante un tiempo.

²⁸ Esta modalidad de trabajo centrada en la flexibilidad y en el desarrollo del talento del trabajador desarrolla iniciativas a título individual para diversos clientes, se encuentra más cerca del freelance, pero trabajando en un ámbito alejado de los principios de dependencia o de la ajenidad, y de no exclusividad.

²⁹ Al respecto VITO PINTO, “Note in tema di lavoro subordinato a prestazioni ripartite (o job sharing)”, *Diritto delle relazioni industriali: rivista della Associazione lavoro e ricerca*, Milán, Vol. 14, Núm. 3, 2004, págs. 547-568, ya avanzaba nuevas formas de trabajo compartido.

³⁰ Apunta los retos de prevención de riesgos del trabajo líquido GARCÍA GONZÁLEZ, G. “Trabajo líquido y prevención de riesgos laborales: la necesaria reformulación de la seguridad y salud laboral en la sociedad de la información”, *Archivos de prevención de riesgos laborales*, Vol. 21, Núm. 1, 2018, págs. 5-6.

requeridas para los puestos de trabajo. Debiendo tenerse en cuenta que las tecnologías no se encuentran exentas de riesgos, en ocasiones diferentes a los tradicionales, por su utilización.

Con ello, se pretende conocer el potencial de las TIC en el ámbito laboral, todavía insuficientemente explotado, especialmente para determinados colectivos (entre los que encuentran los desempleados, las mujeres o las personas con discapacidad), lo que permitiría disponer de una nueva perspectiva para el diseño de las políticas activas y pasivas de empleo. Pero al mismo tiempo, se busca también delimitar posibles espacios de colisión, entre los derechos de los trabajadores y empleadores, en el ejercicio del poder de control y dirección del empresario. Y, de forma singular, se atiende a la incidencia sobre el derecho fundamental a la intimidad, la protección de datos, o el derecho a la huelga, en un modelo que, a mi juicio, debiera estar basado en el equilibrio entre el desarrollo tecnológico y la protección de los derechos de los trabajadores.

Otro aspecto que ha tenido en cuenta esta tesis doctoral es el análisis de los distintos aspectos que podrían incidir en el diseño de un marco jurídico que compatibilice el desarrollo tecnológico con una adecuada protección social³¹, lo que exige ampliar el concepto de la configuración de la prestación de trabajo, dando cabida en el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social a nuevas formas de prestación de trabajo.

Junto a ello, se ha observado que el desarrollo tecnológico exige que la toma de decisiones pivote desde equipos multidisciplinares que integren las profesiones STEM³² junto a la disciplina del Derecho del Trabajo. De manera que, desde el diseño de la tecnología, hasta la implantación de distintas soluciones tecnológicas, se pueda atender tanto a las demandas de la empresa, como a la debida protección de los derechos de los trabajadores. Lo que exige máximos niveles de transparencia, que faciliten el cumplimiento

³¹ En el dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 26 de enero de 2017, “Seguridad social sostenible y sistemas de protección social en la era digital”, el organismo recomienda a Estados miembros y a tribunales europeos, que regulen las nuevas formas de empleo de forma que se identifique claramente la figura del empleador y del trabajador. En tal sentido se propone la extensión del del estatuto de trabajador a aquellas personas que, aun no disponiendo de un contrato de trabajo clásico, sean parte en una relación de dependencia remunerada. Disponible en: <https://webapi.eesc.europa.eu/documents/anonymous/eesc-2017-01220-00-00-ac-tra-es.docx> [consulta: 14 julio 2017]

³² Advierte la OIT sobre la subrepresentación de las mujeres en los campos relacionados con la ciencia, la tecnología, la ingeniería y las matemáticas en el informe de la OIT *Perspectivas Sociales y del Empleo en el mundo, tendencias 2018*, Pág. 163. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_638150.pdf [consulta: 14 febrero 2019]

del deber de información (accesible y comprensible) a trabajadores y sus representantes (unitarios o sindicales).

Por lo cual, la obtención del máximo potencial de oportunidades, que brinda la *Cuarta Revolución Industrial*, requiere construir estructuras basadas en una economía sostenible³³, en las que la garantía de los derechos del trabajador constituya un elemento esencial. Ya que, a mi juicio, el modelo de crecimiento de la economía digital no debería olvidar la consolidación de los pilares del Estado del bienestar³⁴, especialmente protegidos en Europa y en España. De tal forma que, sin perjuicio de la tendencia de las tecnologías hacia la consecución de mayor número de empleos de alto valor añadido, el respeto por la dignidad de los recursos humanos, así como la garantía y protección de sus derechos habría de convertirse en seña de identidad del futuro que deseamos.

Con tal objetivo, la construcción metodológica de esta tesis se asienta, sobre la exposición inicial del sistema de fuentes (capítulo segundo). En este apartado, se lleva a cabo una aproximación a la regulación jurídica, que, pretende analizar los distintos antecedentes normativos, que de forma directa o indirecta tratan las tecnologías. Para ello, se realiza un repaso de las distintas normas, abarcando desde la delimitación del marco constitucional, hasta las normas que emanan de organismos internacionales, junto al derecho comunitario. Dentro del análisis del derecho de la Unión Europea, se atiende a las distintas Directivas y Reglamentos comunitarios, e incluso a determinados actos programáticos (*soft law*). Así mismo, se han estudiado informes y dictámenes emitidos sobre la materia por organismos relevantes en la UE, como el Comité Económico y Social de la UE.

Una vez analizado el sistema de fuentes constitucional y supranacional, se toma en consideración el marco legal español, que, pese a no contar con desarrollo normativo completo de la tecnología en las relaciones laborales (más allá de las tímidas y puntuales reformas operadas), viene a incidir de una manera u otra en el mercado de trabajo.

Siendo así, además, que la compleja situación política que vive España, rodeada de intensos focos de tensión permanente, ha dificultado enormemente la adopción de acuerdos parlamentarios. Como muestra de lo cual destaca el retraso que ha sufrido la adaptación al marco europeo de la legislación sobre protección de datos. Pues ha

³³ Sobre la contribución de las normas internacionales del trabajo al marco normativo del desarrollo sostenible, especialmente centrado en el medio ambiente, vid el informe citado de la OIT, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el mundo, tendencias 2018*, Pág. 85.

³⁴ Al respecto de los orígenes y la encrucijada del Estado del Bienestar, TIMMINS, N., *Los cinco gigantes: Una biografía del Estado del Bienestar*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

ocurrido, en efecto, que el legislador español no cumplió, en plazo³⁵, con el deber de adecuar la Ley de protección de datos al Reglamento (UE) 2016/679 Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD). De manera que, el proyecto de Ley Orgánica se ha visto envuelto en un proceso de tramitación parlamentaria durante doce meses, hasta su definitiva aprobación por unanimidad en el Congreso de los Diputados, y posteriormente, por amplia mayoría en el Senado³⁶. Debiendo recordarse, también, que el inicio de la tramitación parlamentaria del proyecto ley en el Congreso de los Diputados data de noviembre de 2017. Siendo así los avatares vividos en la política española durante el año 2018³⁷ los que han dilatado en el tiempo la aprobación definitiva de la Ley, finalmente bajo la denominación de Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales (en adelante, LOPDPyGDD).

Además de resultar criticable la inseguridad jurídica generada por la aprobación extemporánea de la Ley Orgánica citada sobre protección de datos. Ya que durante este tiempo se ha mantenido en vigor la Ley de 1999 (habiendo quedado parcialmente derogada por el RGPD). Aparte también de que el Reglamento europeo, al introducir un nuevo régimen sancionador más severo que el vigente en España, requirió tramitar de forma urgente el RDL 5/2018, de 27 de julio³⁸, a propuesta de la AEPD, para contar

³⁵ La fecha límite para la adaptación por cada Estado miembro la normativa interna al RGPD se fija en el 25 de mayo de 2018.

³⁶ Curiosamente, según se desprende de las sesiones plenarias celebradas en las Cortes Generales, pese a ser aprobado el 18 de octubre de 2018 por unanimidad en el Congreso de los diputados (por 341 votos a favor y dos votos emitidos de forma telemática), posteriormente en el trámite de aprobación en el Senado (sesión celebrada el día 21 de noviembre de 2018), el Proyecto de LOPDPyGDD, recibió el respaldo mayoritario de la Cámara (voto favorable de 220 senadores de los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista, Esquerra Republicana, vasco, Nacionalista Partit Demòcrata–Agrupación Herreña Independiente-Coalición Canaria y 6 de los 10 diputados presentes en el Pleno del Grupo Mixto). En contra del proyecto votaron 17 senadores del Grupo parlamentario Unidos Podemos–En Comú Podem–En marea y 4 senadores del Grupo Mixto. Hay que precisar que el texto final, aprobado por el senado, no modifica el texto remitido por el Congreso de los Diputados.

³⁷ Entre los avatares de 2018, que continúan en 2019, se incluye una moción de censura, cambio de Gobierno, devolución del proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019 al Gobierno, en un escenario electoral, con convocatoria de Elecciones Generales para el día 28 de abril de 2019, y locales, a parlamentos autonómicos y al Parlamento Europeo el 26 de mayo de 2019.

³⁸ El Real Decreto Ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, ha sido convalidado por el Congreso el 6 de septiembre de 2018. Del debate sobre la convalidación del RDL citado en el Congreso de los Diputados se desprende la iniciativa *in extremis* de la AEPD, así como el reproche al Grupo Parlamentario Socialista por el incumplimiento del plazo fijado por la UE para adaptar la legislación española al RPD. Disponible en:

con el marco adecuado en materia de inspección y sanción. Si bien, finalmente, una vez superado el periplo, la nueva Ley incluye un Capítulo X, sobre “Garantía de los derechos digitales”, con criticable técnica legislativa, a pesar de haber sido su inclusión objeto de discordia entre los Grupos parlamentarios representados en las Cortes Generales. Donde se introduce una serie de derechos novedosos expresamente referidos a la relación laboral. Resultando cierto que la citada regulación constituye un incuestionable avance en el marco normativo español, huérfano, hasta entonces, de referencias tecnológicas de contenido específicamente laboral. En esta línea se incluyen el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (art. 87), un derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral (art. 88), el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (art. 89), el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90), además de los derechos digitales en la negociación colectiva (art. 91). Adicionalmente a lo cual, se da una nueva redacción al art. 20 bis del ET, sobre Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión³⁹.

Aparte todo ello, junto al estudio del origen y evolución del marco normativo referido a las TIC, se analiza el derecho comparado, mediante una selección de novedosas reformas aprobadas en otros países (especialmente de la UE), que bien podrían ilustrar en el desarrollo de la futura adaptación del marco legal español, en relación a los diversos avances tecnológicos que han transformado nuestra forma de vida y, con ello, las relaciones laborales. Dado que, según se ha avanzado, ofrecen nuevas oportunidades de negocio, que llevan aparejada la creación de puestos de trabajo de mayor valor añadido⁴⁰.

Sentadas las bases del marco normativo general de las tecnologías, la siguiente parte del estudio (capítulo tercero) se centra en el examen de la protección de datos. Se trata de un derecho de creciente incidencia en las relaciones laborales. Motivo por el cual, se analizan distintos aspectos que, a mi juicio, el legislador español debería desarrollar de

<http://www.congreso.es/wc/wc/audiovisualdetalledisponible?codSesion=137&codOrgano=400&fechaSesion=6/09/2018&mp4=mp4&idLegislaturaElegida=12> [consulta: 19 julio 2018]

³⁹ La Disposición final decimotercera de la LOPDPyGPD añade un nuevo Art. (20 bis) al ET, reconociendo el derecho de los trabajadores 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 de la citada Ley orgánica. Junto a ello la Disposición final decimocuarta modifica el EBEP, añadiendo una nueva letra j bis) a su Art. 14, reconociendo así el mismo derecho a los empleados públicos.

⁴⁰ Desde el punto de vista de la creación de empleo en la economía social Vid, ARRIETA IDIAKEZ, F.J., “Las cooperativas digitales como cauce para el trabajo digital en el contexto de la economía colaborativa”, Revista de derecho social, Núm. 85, 2019, Pág. 233 y ss.

forma exhaustiva y urgente, con el objeto de garantizar adecuadamente el derecho fundamental en el trabajo. Por lo cual, se analizará el tratamiento de datos, el control de los gestores del tratamiento, así como la responsabilidad de un adecuado tratamiento de datos, junto a los derechos de los trabajadores y sus representantes sobre esta materia.

A partir de ahí, se abordan, desde una óptica iuslaboralista, los distintos elementos definitorios del modelo de prestación de servicios en la economía digital, haciendo especial referencia a nuevas formas de prestar el trabajo que están surgiendo alrededor del desarrollo de las TIC, y expresamente en el ámbito de la economía colaborativa (capítulo cuarto). En tal sentido, se realiza un recorrido por el estudio de las fórmulas de empleo fuera del centro del trabajo, cuyos antecedentes normativos se encuentran en el trabajo a domicilio⁴¹. Téngase en cuenta que la regulación se redefine en el año 2012⁴², pasando a denominarse “trabajo a distancia”. A continuación, se prosigue con el estudio de las singularidades que aportan las TIC a los elementos definidores del trabajo por cuenta ajena. Y de esta forma, se profundiza también sobre las circunstancias en las que se presta servicios, mediante fórmulas de trabajo autónomo, falso autónomo, autónomo por cuenta ajena, o bien mediante una relación de trabajo de economía colaborativa. Para lo que se analiza la doctrina judicial emitida por distintos juzgados de instancia, respecto a la figura conocida como “rider”⁴³. A cuyos efectos, se realiza un pormenorizado análisis de la reinterpretación, con perspectiva digital, de los elementos definitorios de una relación de trabajo, entre los que se encuentra la voluntariedad, la retribución, la ajenidad, o la dependencia.

Seguidamente, se centra en el estudio de la fórmula del teletrabajo junto a sus características, por tratarse de una figura de gran potencial, que, a mi juicio, permitirá mejorar sustancialmente la conciliación de la vida familiar y laboral, la calidad del trabajo, e incluso el empleo de las personas de mayor edad, ofreciéndoles nuevas oportunidades de actividad y de envejecimiento activo (capítulo quinto). Motivo por el que, a falta de

⁴¹ Vid la socarrona visión apocalíptica del resultado de la lucha entre la informática y el trabajo, así como de las ventajas e inconvenientes del teletrabajo, como transformación del miserable modelo de trabajo a domicilio que data de la edad media. Independientemente de la cual, debe ser tenido en cuenta el riesgo de la falta de contacto humano provocado por el teletrabajo, como factor de riesgo de la cohesión social y la solidaridad. DE LA VILLA GIL, L.E., *El Derecho del Trabajo a mis 80 años*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015, Pág. 143

⁴² La modificación se lleva a cabo con el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral podría haber sido más ambiciosa, incluyendo la denominación de “teletrabajo” y regulando las condiciones básicas de prestación del trabajo, aun cuando hubiera remitido a la negociación colectiva para su desarrollo.

⁴³ Empieza a producirse doctrina judicial de los juzgados de instancia en los conflictos de los trabajadores de empresas vinculadas a plataformas digitales, entre las que se encuentran *Deliveroo* o *Globo* que, no constituyendo jurisprudencia, son de interés para avanzar un estado de opinión sobre el conflicto.

una regulación de carácter general del teletrabajo en España (más allá de la reforma del art. 13 ET), se analizan las distintas iniciativas impulsadas por la AGE y las Comunidades Autónomas, en un proceso de permanente evolución, que encuentra su punto de partida distintos proyectos piloto de la AGE. Quedando constatado que todas ellas siguen la estela de los acuerdos del diálogo social europeo sobre teletrabajo. Pudiendo, de entrada, afirmarse que la implantación de estas experiencias constituye un extraordinario ejemplo a extender a la negociación colectiva.

A continuación, se dedican el capítulo sexto a realizar el seguimiento de la interpretación ofrecida en distintas resoluciones de tribunales en la práctica judicial, a causa del proceso de integración tecnológica en las empresas, en su mayoría debido al ejercicio del poder de dirección y control por parte del empresario. Constituyendo la primordial razón por la que aborda, en esta tesis doctoral, el estudio del control empresarial a los trabajadores, el hecho de que las TIC permiten reforzar la organización y la facultad de control empresarial. Con lo que, atendiendo al progresivo avance de la digitalización de las relaciones laborales, resulta preciso profundizar en la conflictividad generada por el uso abusivo de la tecnología en la vigilancia de los trabajadores, que puede dar lugar a la transgresión de derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a la intimidad, así como los límites de la libertad de expresión del trabajador en las redes sociales. De lo que se deduce la conveniencia de juridificar la tecnología con el fin de alcanzar una dimensión humana de las TIC en las relaciones laborales.

Resulta, en esta materia, de sumo interés la jurisprudencia de la Sala de lo social del TS, y específicamente las discrepancias surgidas entre la Sala de lo Social y la sala de lo penal del TS en relación con la prueba electrónica. Además, se recurre a la doctrina judicial emanada de las salas de los TSJ, que, pese a no crear jurisprudencia, aportan una información relevante desde un punto de vista científico. Motivo por el cual, se recoge una selección de resoluciones judiciales que integran el cuerpo de doctrina judicial, que enriquecen la visión judicial sobre los conflictos laborales afectados por el elemento tecnológico.

A partir de lo cual, se profundiza seguidamente en este capítulo en la evolución de la doctrina del TC español, con sus avances y retrocesos, en la medida en que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, condiciona la doctrina judicial ordinaria. En tal caso, la posibilidad de revisión de resoluciones de los tribunales ordinarios, a través de un recurso de Amparo Constitucional, en la medida en que puede verse afectado algún derecho fundamental del trabajador, permite adentrar en una dimensión del conflicto en el que existe algún elemento tecnológico. Entre esta doctrina, resulta de máximo interés el progreso de la interpretación de derechos como la protección de datos personales desde su inicio, la

categoría del *habeas data*, hasta la doctrina más moderna, reconocedora de la libertad informática como “derecho atípico”, la cual llega a consolidarse, negando la legalidad de la utilización de datos no consentida ni previamente informada, para fines desconocidos. Sin embargo, el viraje posterior de la doctrina constitucional en materia protección de datos del trabajador, ha sido calificado por la doctrina científica de “drástico giro”. Lo cual se produce a consecuencia del caso Bershka, resuelto en la STC 39/2016, en el que se realiza una interpretación restrictiva de los derechos fundamentales, que ha dado lugar a una colección de Votos particulares, de los que se desprende las discrepancias internas surgidas en el seno del Tribunal Constitucional, durante proceso de deliberación y decisión de los distintos recursos. Lo que, por su extraordinario valor científico, se analiza en esta tesis.

Y junto a ello, se bucea en el capítulo séptimo en la perspectiva del TEDH de Estrasburgo, siendo que, en su condición de órgano que se crea para garantizar el cumplimiento del CEDH por todas las partes, aporta mediante su jurisprudencia una extensa interpretación de los derechos contemplados en el Convenio internacional. De tal manera, se han escogido pronunciamientos jurisprudenciales, realizando un detallado examen de conflictos laborales considerados *leading cases*, resueltos por el TEDH. En los cuales, se fijan las claves para interpretar la legislación española conforme a una realidad social global, al amparo de las disposiciones de la CEDH. Con lo que, partiendo de los antecedentes del caso Copland⁴⁴, se analizan otras resoluciones, entre las que se encuentran las dictadas en el caso Bărbulescu, donde se otorga inicialmente validez a la inspección de instrumentos tecnológicos, por parte de la empresa, como la mensajería electrónica, utilizada por un empleado⁴⁵, o también en el caso López Ribalda⁴⁶, relativo a

⁴⁴ La Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos falla en su sentencia de 3 de abril de 2007, en el Caso Copland contra el Reino Unido, a favor de la trabajadora, en un supuesto de interceptación y almacenamiento de información de uso personal, del teléfono, correos electrónicos, y de sus datos de navegación por internet en el lugar de trabajo, para lo que no se había otorgado el consentimiento de la empleada. Así, en aplicación del Art. 8 del Convenio de los Derechos Humanos, reconoce que se ha producido una injerencia no permitida, consistente en la vulneración del derecho a la intimidad de la trabajadora. La empleada demandante, alegó la falta de regulación expresa tanto en la legislación interna británica, como en las normas internas del centro de trabajo. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139354> [consulta: 21 julio 2018]

⁴⁵ En el Caso Bărbulescu contra Rumanía, se resuelve por el TEDH la legalidad del control por el empleador del correo electrónico de su empleado (Sentencia Núm. 61496/08 de 12 de enero de 2016), sentencia que fue recurrida ante la Gran Sala del TEDH, que en su sentencia de 5 de septiembre de 2017, por 11 votos contra 6, considera que se ha producido una vulneración del Art. 8 del CEDH, posicionándose con el mismo criterio que el fijado en el voto particular de la sentencia de 12 de enero de 2016. Disponible en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/CASE%20OF%20BARBULESCU%20v.%20ROMANIA.pdf> [consulta: 30 julio 2018].

⁴⁶ Vid la STEDH de 9 de enero de 2018 en el caso López Ribalda contra España y otros contra el Reino de España, de la Sección tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La traducción del texto original en inglés es personal. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179881> [consulta: 31 julio 2018]

la utilización de sistemas de videovigilancia. Debiendo tenerse en cuenta que se produce una permanente transformación de la interpretación del TEDH del art. 8 del CEDH, atendiendo, precisamente, al carácter vivo del derecho, que exige adaptar su interpretación conforme a las variaciones que se produzcan las condiciones legales, además de atender a la realidad social del tiempo en que se aplican, lo que, desde luego, incluye las cambiantes condiciones tecnológicas⁴⁷.

Cabe así comprobar cómo en esta evolución y perfeccionamiento de la jurisprudencia, el TEDH interpreta, inicialmente, la procedencia del despido de un empleado, que envía mensajes personales desde la cuenta de correo electrónico corporativo durante el horario laboral (al considerarlo un uso indebido), para ser matizado posteriormente el criterio por sentencia por la Gran Sala del TEDH. Poniendo sobre la mesa esta interpretación las discrepancias existentes sobre el conflicto de derechos, y la obligada evolución a la que, aparentemente, se verá avocada la jurisprudencia de la Sala de lo social (sala IV) del TS y del TC español⁴⁸.

De esta manera, se abre el debate sobre los límites de la facultad de control del empresario, con soluciones que van perfilando la senda de su ejercicio, en conflictos analizados por el Tribunal Supremo en diversas resoluciones. Entre los cuales destaca la STS de 6 de octubre de 2011⁴⁹, en la que se admite la validez de la instalación de programas sobre control del uso de los equipos, frente al supuesto analizado en la STS de

⁴⁷ Adviértase que en la extensa trayectoria de interpretación de la protección que abarca el art. 8 del CEDH el TEDH ha incluido el mero almacenamiento de información de un individuo (Leander contra Suecia), la vigilancia e interceptación de comunicaciones telefónicas y del correo (Klass contra Alemania), la vigilancia en el lugar de trabajo (Copland contra Reino Unido), el uso de circuito cerrado de televisión (Pack contra Reino Unido), la protección de la imagen personal (Von Hannover contra Alemania), la reputación (Pfeifer contra Austria) o las relaciones del individuo con el exterior (Niemietz contra Alemania).

⁴⁸ Pone de manifiesto las divergencias entre la nueva doctrina y la que mantiene nuestra jurisprudencia constitucional, tras la modificación por el TEDH del ámbito de la facultad de control de las conversaciones electrónicas por GOÑI SEIN, J.L., "La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: La doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional" Revista Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, Ed. Wolters Kluwer Núm. 40, 2018, Pág 11 (ed.dig.).

⁴⁹ La STS 8876/2011, de 6 de octubre de 2011, (RCUD 4053/2010), ECLI: ES:TS:2011:8876, en la que se despiden a las trabajadoras por el uso para fines propios de los dispositivos tecnológicos de la empresa, a pesar de existir una prohibición absoluta impuesta por el empresario sobre el uso de estos medios (ordenadores, móviles, internet, etc.) Con lo que acreditada la validez de prohibición de la empresa, que lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador, la Sala no admite que surja un derecho del trabajador a que se respete su intimidad en el uso del medio informático puesto a su disposición. Ya que, considera el Tribunal que equivaldría a admitir que el trabajador puede crear, a su voluntad y libre albedrío, un reducto de intimidad, utilizando un medio que no le pertenece, cuyo uso está sujeto a las instrucciones del empresario ex art. 20 E.T. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6234178/Despido/20120118> [consulta: 21 julio 2018]

26 de septiembre de 2007⁵⁰, en la que se la figura del “hallazgo casual”. Con lo que su estudio facilita la elaboración de una doctrina sobre los límites del uso de la tecnología puesta a disposición del trabajador por la empresa, así como respecto el derecho al secreto de las comunicaciones realizadas por el trabajador.

Ello se puede observar, especialmente a partir de las más recientes resoluciones del TEDH, en las que se aprecia una interpretación más protectora del derecho a la intimidad de los trabajadores. De tal forma que, el Tribunal de Estrasburgo exige un equilibrio entre poder de dirección empresarial, y derecho a la protección de datos y la intimidad de los trabajadores, aportando la citada doctrina judicial una visión de cariz más progresista que la recientemente emitida, de carácter más conservador, en España. Siendo por este motivo, por lo que resulta de indudable interés, atendiendo a la influencia que ejerce sobre las decisiones de los tribunales nacionales, lo mismo que para el desarrollo de la futura regulación, el análisis de la doctrina del tribunal.

Este planteamiento nos permite realizar un análisis jurídico multidimensional de la materia, atendiendo a las resoluciones del TEDH, o el TJUE⁵¹, junto a la doctrina judicial española emergente. Siendo, en definitiva, estas decisiones judiciales las que delimitan los estándares europeos sobre la utilización de las TIC en las relaciones de trabajo. Si bien con unos criterios que, en ocasiones no coinciden, en su integridad, con la doctrina

⁵⁰ La STS 6128/2007, de 26 de septiembre de 2007 (Recurso Núm.966/2006), ECLI: ES:TS:2007:6128, considera que se ha producido una extralimitación en la facultad de control empresarial, al entender que la empresa no podía recoger la información obrante en los archivos temporales y utilizarla contra el trabajador. En tal caso, supone una vulneración del derecho a la intimidad, el registro de archivos temporales que informan sobre la actividad del trabajador, sobre el que no existe previa advertencia del empresario. Si bien la sala encuentra justificación en el acceso inicial por un técnico al ordenador por la existencia de un virus, es la extralimitación, más allá del control y eliminación del virus, para apoderarse de un archivo no necesario para realizar la reparación, la que provoca la ilícita actuación de control. Concluye la Sala en que no cabe entender que estemos ante la figura penal denominada "hallazgo casual" (STS de 20 de septiembre, 20 de noviembre y 1 de diciembre de 2.006), ya que se ha ido más allá de lo que la entrada regular para la reparación justificaba. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/326542/Despido/20071018> [consulta: 21 julio 2018]

Al respecto, SEMPERE NAVARRO, A.V., y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C, “¿Puede la empresa controlar el ordenador usado por su trabajador?”, Repertorio de Jurisprudencia, Aranzadi, Núm.. 21, 2007 (ed. Dig).

⁵¹ También reconoce el TJUE (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010, que la vida privada y el derecho a la privacidad son conceptos en constante evolución, siendo el derecho a la privacidad más amplio que el derecho a la protección de datos personales. (Casos acumulados C-92/09 and C-93/09 Volker und Markus Schecke GbR and Hartmut Eifert contra Land Hessen), ECLI:EU:C:2010:662. En tal supuesto, considera que la publicación de los nombres de los beneficiarios de ayudas agrícolas y las cantidades recibidas constituye una medida desproporcionada, al tratarse de una intromisión en la vida privada de los beneficiarios en general, de su protección de datos en particular. Motivo por el que declara la nulidad parcial de la normativa de la UE sobre publicación de la información relativa a los beneficiarios de fondos agrícolas europeos. Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0092&from=EN> [consulta 12 febrero 2016]

judicial emanada por las Salas de lo Social de los TSJ, con la jurisprudencia de la sala IV del TS, o con la del TC⁵². Por lo que también se analiza la evolución de la jurisprudencia constitucional, además de aquellas sentencias dictadas por los Tribunales ordinarios, que, aunque no crean jurisprudencia, ofrecen nuevas luces en el debate sobre la problemática que genera el paradigma tecnológico.

Se advertirá, así, en suma, que la variable realidad producida por el uso de la tecnología provoca permanentes cambios sociales, resultando por ello obligado asumir el reto de buscar acomodo de las tecnologías en la disciplina del Derecho del Trabajo. Para lo cual, se hace preciso diseñar nuevas reglas, que garanticen un uso responsable de las tecnologías puestas a disposición del trabajador.

Finalmente, como colofón, se plantea en el capítulo octavo una relación de conclusiones en relación con los retos a los que se enfrenta el derecho sustantivo laboral, particularmente, a causa de la digitalización. Entre los que destaca una evidente necesidad de asunción por el Estado de un papel más relevante, en la adaptación del marco jurídico a la nueva realidad de la relación laboral, facilitando una integración equilibrada de la tecnología en el trabajo. Dando lugar a dos grandes bloques de propuestas centradas en la materia de políticas socio-laborales que sería aconsejable abordar, así como diferentes sugerencias de reforma relacionadas con el haz de fuentes jurídicas que integran el marco normativo laboral.

Antes de concluir este apartado, desearía por lo demás llamar la atención del lector sobre el dato de que una parte importante de los documentos que han sido utilizados en esta investigación solo se encuentran disponibles en otros idiomas, fundamentalmente en

⁵² La doctrina del TEDH obliga a reorientar los criterios utilizados por el TC en sentencias como la Núm. 170/2013, de 7 de octubre, en la que, en el marco de un despido disciplinario, el TC desestima el recurso de amparo contra la STSJ de Madrid, que admite como medio de prueba en el proceso la aportación por la empresa de correos electrónicos del trabajador, a los que accede a través de un canal de comunicación abierto al ejercicio del poder de inspección, desde un ordenador portátil de la empresa. Ya entonces el tribunal niega la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones ni a la intimidad, en base a la tipificación convencional como falta leve la “utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos de las relaciones con el contenido de la prestación laboral”. Por este motivo, el TC considera que la expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico, y su limitación al ámbito estrictamente profesional, llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización. Es decir, para el tribunal, tal prohibición implica la expulsión de la protección constitucional al secreto de las comunicaciones, así como el derecho a la intimidad personal, al no existir una expectativa razonable de privacidad respecto de los correos electrónicos registrados en el ordenador de la entidad empresarial pues la regulación convencional hacía previsible la vigilancia de los mismos por parte de la empresa. Disponible en : http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/23616#complete_resolucion [consulta : 19 marzo 2016]

inglés y en francés. Tal es el caso de las recientes sentencias del TEDH, disposiciones de la UE, el informe de la OCDE *Employment Outlook 2018*, artículos, documentos y otras fuentes normativas sobre el teletrabajo (en Estados Unidos), además de estudios sobre riesgos laborales relacionados con las tecnologías. De la misma manera, también, ha sido preciso traducir del francés las distintas referencias a la modificación del Código del trabajo (*Code du travail*) aprobado mediante Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, donde se da una nueva redacción a su Título III. Recogiéndose en tal texto las bases para un nuevo modelo social en la era digital. Lo mismo ocurre con la selección de resoluciones judiciales de tribunales franceses, en las que se analiza el trabajo en la economía colaborativa. En todos estos supuestos, téngase en cuenta que las referencias realizadas resultan de la traducción personal de cada uno de los documentos. Además, para facilitar el acceso a la consulta del lector, se ha incluido un enlace a aquellos documentos, bibliografía y recursos electrónicos utilizados durante la investigación que culmina con este trabajo, que se encuentran disponibles en abierto. Y asimismo, para facilitar también su localización y consulta, se ha incluido en las distintas notas a pie de página, la correspondiente dirección de los recursos electrónicos, incorporados en las bases de datos públicas de jurisprudencia, como el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que, con un rápido golpe de clic, cualquier interesado pueda obtener inmediatamente la información referenciada.

1.3 Unos apuntes sobre los antecedentes históricos de la relación entre el Derecho del Trabajo y la tecnología. ¿Se repite la historia?

1.3.1 La relación indisoluble entre revolución tecnológica y norma laboral.

La invención de la máquina de vapor, seguida de la aplicación al proceso de producción en grandes industrias, encuentra su primer exponente en la Inglaterra de finales del siglo XVIII (1750-1780) y principios del siglo XIX. Dando este fenómeno lugar a dos grandes hitos interrelacionados, la denominada “*primera revolución industrial*” y, junto a ella, la “*Cuestión social*”. Ambos acontecimientos suponen el principio de un cambio en la organización de los procesos productivos, además de determinar el origen de la regulación laboral.

De esta manera, a consecuencia de la primera revolución industrial, se inicia un proceso de transición en la forma de trabajo enraizada en el sistema gremial y en las labores del campo. Provocándose, desde los inicios del capitalismo, un auténtico cambio social en las

relaciones humanas. Tal fenómeno es referido como el conjunto de innovaciones tecnológicas, que reemplazan la habilidad humana por la máquina. Sustituyéndose la fuerza del ser humano, y de los animales, por la energía mecánica. Lo que provoca que, simultáneamente a esta transformación, emerge, como reacción contraria a este proceso, una primera fase de rechazo al proceso de industrialización, junto a los cambios tecnológicos que conlleva.

En consecuencia, dada la repercusión que la revolución industrial tiene en la introducción de máquinas en el proceso productivo, las primeras formas de reacción espontáneas del mundo obrero, como expresión de resistencia frente a cualquier innovación tecnológica en el proceso de fabricación, surgen a mediados del siglo XIX. Tal movimiento recibe la denominación de *antimaquinismo o ludismo*⁵³, constituyendo su objetivo fundamental sabotear y destruir los nuevos medios de producción en el tejido empresarial. Es cierto que estas iniciativas allanaron el camino al legislador de la época, para reconocerlas como amenaza cierta al orden establecido. Con lo cual, con el argumento del elevado nivel de conflictividad, y el riesgo de desestabilización, se extiende la prohibición de los sindicatos (como respuesta al principio liberal que afirma la inexistencia de instituciones interpuestas entre el Estado y el individuo)⁵⁴ y, posteriormente, la tipificación como delito de la actividad sindical de las sociedades de resistencia en los distintos Códigos Penales europeos.

Así las cosas, las transformaciones producidas en los procesos de mecanización productiva provocan la división del trabajo, surgiendo nuevas categorías de profesionales en los diferentes oficios. Estos cambios dan lugar a un proceso de especialización del trabajo, que diferencia, en términos generales, a los “obreros”, que aportaban su fuerza del trabajo, de los primeros puestos cualificados en los oficios.

Entretanto, los rápidos cambios producidos a raíz de la primera revolución industrial proporcionan abundantes beneficios económicos a la burguesía dominante, pero

⁵³ Ned Ludd, artesano aprendiz de tejedor de medias dio nombre al ludismo. Un movimiento violento de oposición a la integración de innovaciones tecnológicas en las empresas de mediados del siglo XIX, en Leicester. Fue pionero y protagonista de la primera destrucción a martillazos del telar de su maestro en 1779, al considerarlo lesivo a los intereses de los artesanos tejedores. Esta corriente tuvo su mayor expansión entre los años 1811-1817.

Al respecto vid CRUZ VILLALÓN, J., “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, Revista andaluza de trabajo y bienestar social (Ejemplar dedicado a: Impacto de las tecnologías de la información y las comunicaciones sobre las Relaciones Laborales), Núm. 138, 2017, Pág. 27.

⁵⁴ Cualquier organización sindical debía operar en el ámbito de la clandestinidad al encontrarse prohibidas legalmente. Tal es el caso de la Ley francesa *Le Chapelier* de 1791, o las *Combination Acts* británicas de 1799 y 1800.

también mucho sufrimiento a la población trabajadora. Por lo cual, las primeras formas de organización del trabajo se caracterizan por fórmulas de explotación sistemática de los empleados, con condiciones laborales precarias, ambientes nocivos e insalubres, jornadas de trabajo agotadoras, y salarios insuficientes para permitir una vida digna. De tal manera, que la degeneración de la calidad de vida de la clase obrera, en la inmensa mayoría de las factorías, provoca un deterioro progresivo, que suscita como reacción inmediata el rechazo en cadena hacia la tecnología. Es así como este malestar culmina en el nacimiento del movimiento obrero, que emerge como instrumento de canalización de protestas y expresión de la conflictividad social, calificada como “*conciencia de clase*”.

Sólo el paso del tiempo, la falta de eficacia de la prohibición del movimiento sindical, la necesidad de mano de obra y la sensibilidad hacia las demandas laborales, permiten la transición hacia una flexibilización de los ordenamientos jurídicos, levantando las prohibiciones legales y asumiendo el movimiento asociativo como un hecho. Paralelamente, la intervención del Estado se orienta hacia la aprobación de sucesivas normas protectoras los derechos de los trabajadores, especialmente de las mujeres y de los menores (denominadas “fuerzas medias”)⁵⁵.

1.3.2 Evolución de la tecnología y el trabajo en España.

El panorama descrito no resulta ajeno a los empresarios y trabajadores españoles⁵⁶. De esta manera, el proceso seguido en la España de la Ilustración, junto a las reformas acometidas a finales del siglo XVIII, culmina con la aprobación por las Cortes de Cádiz de la Constitución de 1812. Se produce a partir de entonces un proceso de cambio en el orden económico en España que, finalmente, deja atrás un desacreditado e insostenible Antiguo Régimen⁵⁷. Con lo cual, tras la abolición de los gremios, se inicia una senda

⁵⁵ Analiza en profundidad las distintas etapas de la organización y acción política y sindical de la clase obrera, tras la primera revolución industrial, la formación de la clase obrera, la toma de conciencia de clase como núcleo de intereses distintos de los de la burguesía; la movilización del grupo social, consciente de estar desprovisto de herramientas legales o políticas para mejorar su status; las movilizaciones seguidas de una etapa de prohibición de las sociedades de resistencia y su tipificación penal; para alcanzar finalmente la el reconocimiento jurídico, tras una etapa previa de tolerancia del movimiento. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del Trabajo e ideología*, Madrid, Tecnos, 7ª ed., 2011, Pág.30. (cit. supra, nota núm. 12)

⁵⁶ Al respecto, MARTIN VALVERDE, A. et. al, *La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1935*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.

⁵⁷ En el Capítulo VII del Título III de la Constitución de Cádiz de 1812 se regula, bajo en el Núm. 21 del Art. 131, la facultad de las Cortes “Promover y fomentar toda especie de industria, y remover los obstáculos que la entorpezcan”. El precepto fue desarrollado mediante Decreto de 8 de junio de 1813 en el que, en coherencia con el texto constitucional, se avanza que “Todos los españoles y los extranjeros vecinados o que se avecinen en los pueblos de la monarquía podrán libremente establecer fábricas o artefactos de cualquiera clase que les acomode, sin necesidad de permiso ni licencia alguna, con tal de que se sujeten a

marcada por la libertad económica, de industria y de trabajo, en la que se incide posteriormente durante el Trienio Liberal (años 1820 a 1823). Desde este momento, queda asentada la idea de transformación en las nuevas directrices de la política española, permitiendo la renovación del tradicional sistema de elaboración de bienes. Con lo cual, se inicia un nuevo itinerario, en el que la mecanización en los procesos y el trabajo en las fábricas pasan a ser principales protagonistas del desarrollo económico.

En este escenario, la mayoría de los movimientos anti-maquinistas en España surgen en un periodo que abarca los años 1820 a 1835. Se trata de un fenómeno originado inicialmente, como reacción popular de los artesanos, ante el rechazo a que el trabajo se desarrolle en las fábricas mediante procesos mecanizados. Con carácter general, estos actos parten de su singular racionalidad basada en la experiencia, persiguiendo entre sus objetivos: i) la defensa de cada uno de sus oficios, ii) el aseguramiento de la forma de transmitir los conocimientos (generación tras generación), defendiendo una experiencia profesional común que es compartida en cada uno de los gremios y iii) el deseo de preservar los sistemas tradicionales de elaboración, a través de los cuales se pudieran proteger las costumbres y tradiciones, manteniendo así, un particular modelo de organización del trabajo, que se había consolidado con el paso de los siglos⁵⁸.

A la vista de todo ello, y salvando las distancias, también podemos traer aquí movimientos recientes de rechazo a los avances tecnológicos de la historia presente. Tal es el caso del

las reglas de policía adoptadas o que se adopten para la salubridad de los mismos pueblos. También podrán ejercer libremente cualquiera industria u oficio útil sin necesidad de examen o título o incorporación de los gremios respectivos, cuyas ordenanzas se derogan en esta parte.” El proceso de superación de los gremios fue brevemente interrumpido por la Real Orden de 29 de junio de 1815, de Fernando VII, que restablecía las ordenanzas gremiales mandando examinar, revisar y suprimir “todo lo que pudiera causar monopolio por los del gremio, lo que fuese perjudicial para el progreso de las artes, y lo que impidiese la justa libertad que todos tenían de ejercer su industria, acreditando poseer los conocimientos de ella por las obras que presentasen”. A partir de 1820, tras el levantamiento militar de Riego, se restauró la constitución de Cádiz y se volvió nuevamente al criterio de la eliminación del sistema gremial en España.

⁵⁸Las primeras manifestaciones del Ludismo en España se concretaron en los sucesos producidos en Alcoy a finales de febrero y principios de marzo de 1821. Ya desde finales del siglo XVIII, Alcoy era ya una ciudad con un extenso abanico de fabricación industrial textil como paños, bayetones, sombreros, terciopelo, fajas, hiladillos, ligas, alpargatas, prendas de lana, tintes, incluso batanes. Pero, sobre todo, destacó el progresivo incremento de la importación de máquinas de cardar e hilar a partir de 1820, lo que dio lugar a la amortización de mucha mano de obra, sin una alternativa, provocando graves implicaciones sociales a aquellas personas y sus familias que quedaba en situación de exclusión radical. Por ello, se justificó el rechazo hacia la tecnología de un sector de la población, sin formación y sin posibilidad de gestionar los cambios, y la radicalización contra las máquinas. A partir de entonces, se produjeron otras manifestaciones de oposición a las maquinas. A modo de ejemplo, son destacables el asalto a la manufactura de Miquel Lacot en la Viña de Camprodón en 1823, o el incendio de la fábrica “El Vapor” de Bonaplata y Cia. en Barcelona en 1835.

Vid YVORRA LIMORTE, J.A. “Las Cortes de Cádiz: su proyección social”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, Núm. 26, 2012 (Ejemplar dedicado a: Las Cortes de Cádiz), Pág. 220.

conflicto surgido entre el sector tradicional del taxi frente a las nuevas plataformas tecnológicas de prestación de servicio de transporte con conductor (Uber, cabyfy etc.). Una señal que constata la conveniencia de no perder de vista una dimensión histórica de la integración de las innovaciones tecnológicas en las relaciones laborales. Y ello, fundamentalmente, por resultar la experiencia un útil instrumento para diseñar con acierto las políticas a implementar, evitando incurrir en los mismos errores cometidos con anterioridad.

Adviértase también de la falta de neutralidad de la tecnología⁵⁹, para no situarse en un estado de bisonería propio de quienes solo encuentran aspectos positivos en la tecnología. Lo que nos lleva a la conclusión de la necesidad de domar la tecnología conforme a los principios exigidos en el Estado social y democrático de derecho. Con el fin de atender a los importantes cambios organizativos que produce en las relaciones laborales. Y ello porque no cabe desconocer que, en ocasiones, se ponen en situación de riesgo los derechos de los trabajadores, desencadenándose conflictos laborales, individuales y colectivos. De tal modo, que la práctica nos viene demostrando, incluso, como un robot, o un algoritmo, pueden decidir la selección de candidatos entre miles de currículos. Motivo por el que constituye un valor relevante la protección de derechos fundamentales en la programación de la IA. Resulta así preciso, en definitiva, disponer de un buen diagnóstico, para conocer los efectos de la repercusión de las tecnologías, para facilitar la evolución y adaptación del ordenamiento laboral, minimizando los impactos negativos, al tiempo que la conflictividad laboral.

1.3.3 Punto de partida de la Economía y Sociedad Digitales en el entorno europeo

Desde un inicio, desearía avanzar en este epígrafe, que considero una obligación del Estado Español apostar por la transformación digital. Idea que se justifica, no tanto en la

⁵⁹ Sobre los riesgos de la falta de neutralidad de la IA, se ha conocido recientemente que la compañía Amazon finalmente optó por descartar la utilización de un proyecto de selección de candidatos que discriminaba de forma automática a las mujeres. En este caso, la discriminación no se produce en la utilización de IA, sino por los programadores que introducen los datos con los perfiles de los demandantes de empleo durante los últimos 10 años, en los que, aparentemente, hubo una clara tendencia a seleccionar postulantes masculinos para la contratación. Es decir, en este caso, la IA lo que hizo fue reproducir los patrones de discriminación que se habían venido produciendo durante los últimos años en compañías tecnológicas. Con lo que se puede advertir la importancia de la garantía del derecho a la no discriminación desde los orígenes del diseño de la tecnología. El gráfico de los patrones de contratación de las grandes compañías tecnológicas en las que se basó el proyecto se encuentra disponible en: <https://fingfx.thomsonreuters.com/gfx/rngs/AMAZON.COM-JOBS-AUTOMATION/010080Q91F6/index.html> [Consulta 3 noviembre 2018].

necesidad de sobrevivir en una economía globalizada, sino en conseguir situarse entre las mejores posiciones de liderazgo mundial. Para lo cual, partiendo de la realidad nacional de España (que sigue teniendo como asignatura pendiente mejorar las competencias digitales de los trabajadores) debería apostarse por el incremento del número de especialistas formados en TIC forjados en el respeto de los derechos fundamentales, además de mejorar el proceso de integración de la economía digital en el tejido empresarial, especialmente en las pymes, micro pymes y autónomos.

A este respecto, adviértase que según el Índice de la Economía y la Sociedad Digitales (a partir de ahora, DESI) del año 2018⁶⁰, España ocupa el puesto número 10 de entre los 28 Estados miembros de la UE en el citado indicador. Una puntuación que, pese a haber mejorado durante los últimos años aflora las debilidades del mercado de trabajo, ante la falta de habilidades tecnológicas de los trabajadores.

Cierto es que el Informe también destaca las fortalezas de nuestro país en algunas de las dimensiones medidas en el estudio, como es el caso de los indicadores que miden la conectividad⁶¹, el uso de los servicios públicos digitales, o la integración de las TIC en la Administración. Sin embargo, haciendo un balance entre fortalezas y debilidades, los datos muestran que la economía digital española se encuentra lastrada por los indicadores que miden la formación del capital humano. De forma que, pese a los lentos avances de los últimos años, del informe se concluye que España se sitúa ligeramente por detrás de la media europea del citado indicador DESI. En concreto, los datos revelan que una quinta parte de los ciudadanos españoles aún no están preparados para el reto tecnológico; que tan solo el 3,7% de los empleados son especialistas en TIC y solo 18 de cada 1000 individuos (entre 20 y 29 años) son titulados STEM. Con lo que debe impulsarse la formación en los campos con mayor proyección, como la ciencia, la tecnología, la ingeniería y las matemáticas⁶². Y, por último, debe advertirse al lector respecto a que tan solo un 55% de los españoles (entre 16 y 74 años) disponen de competencias digitales básicas. Con lo cual, la nada desdeñable cifra del 45 % de españoles con potencial para trabajar podría tener en el futuro problemas de adaptación tecnológica en su trabajo.

⁶⁰ Los resultados relativos al *Digital Economy and Society Index*, DESI 2018, se encuentran disponibles en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/desi> [Consulta: 10 agosto 2018]

⁶¹ Este aspecto responde al importante esfuerzo inversor en infraestructuras realizado por los operadores en España, fundamentalmente Telefónica, seguido a mucha distancia de Vodafone, así como por el aumento de la disponibilidad e implantación de redes de banda ancha fija y móvil rápidas y ultrarrápidas, un elemento clave en la configuración del derecho a internet, que se analiza en un capítulo específico.

⁶² En el apartado del informe DESI 2018, *Digital Inclusion and Skills in the EU*, se utiliza el término de graduados STEM, acrónimo correspondiente a los campos de la ciencia, la tecnología, la ingeniería y las matemáticas, “science, technology, engineering and math”, (cit. supra, nota núm. 60).

En conclusión, a pesar del progresivo crecimiento de la demanda en el mercado de trabajo de profesionales en TIC, la oferta de especialistas en nuestro país sigue estando por debajo de la media de la UE. Con todo, las empresas españolas están aprovechando adecuadamente algunos avances en la utilización de las tecnologías digitales, como el recurso a las redes sociales, la facturación electrónica⁶³, los servicios en la nube o el comercio electrónico. Pero, especialmente, merece ser destacado de entre todos los indicadores DESI, el alto nivel de desarrollo conseguido en el ámbito del e-Government en nuestro país⁶⁴. Siendo este un factor de progreso, que ha permitido a las distintas administraciones avanzar en proyectos como el teletrabajo, como se analiza en el capítulo dedicado al trabajo a distancia en este trabajo, resultaría conveniente no perder el impulso.

1.4 Hacia un modelo socio-tecnológico equilibrado para el Derecho del Trabajo español.

Por lo que se refiere al Derecho del Trabajo, ya señalábamos en el epígrafe anterior que, la sucesión de innovaciones tecnológicas en las relaciones laborales implica un proceso de destrucción creativa⁶⁵, ejerciendo una presión sobre los poderes públicos, que hace imprescindible la adopción de políticas dirigidas a preservar los derechos básicos de los trabajadores.

Como se observa más adelante en el caso concreto de la economía colaborativa, uno de los problemas prácticos que plantea, viene referido al encaje de las formas de trabajo en el concepto tradicional de laboralidad. Siendo precisa la adaptación normativa para contar con una regulación que ponga luz a las nuevas formas de trabajo que van emergiendo. Tal adecuación de la normativa no solo favorecería la seguridad jurídica, sino que evitaría la multiplicación de conflictos colectivos e individuales. Y ello porque nada resulta más visible, en la búsqueda de la paz social, que la garantía de protección de los derechos laborales ante situaciones potencialmente abusivas, ya se produzcan antes

⁶³ Para la implantación de la facturación electrónica en las empresas, fueron indispensables las medidas acordadas por el Gobierno de España para reducir la morosidad, como la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/28/pdfs/BOE-A-2013-13722.pdf> [Consulta: 14 julio 2018]

⁶⁴ Téngase en cuenta que el informe DESI sitúa a España entre los países con mejor rendimiento, con más de 90 puntos. Concretamente España se sitúa en séptima posición, después de Malta, Portugal, Estonia, Austria, Lituania y Dinamarca. Pág. 5. Vid Informe (cit. supra, nota núm. 60 y 62).

⁶⁵ Haciendo un símil con la definición de Schumpeter de la destrucción creativa del capitalismo como proceso para la aparición de las distintas fases del capitalismo.

del inicio de la relación laboral, a lo largo de su vida, o con motivo de la extinción del contrato de trabajo, e incluso, cuando se pretende aparentar la existencia de una relación jurídica distinta para huir de la aplicación del Derecho del Trabajo.

Destaca, en este sentido, la doctrina científica laboral⁶⁶, como inicialmente, las normas del Derecho del Trabajo se han encaminado por una ruta de dirección unívoca hacia la mejora de las condiciones de trabajo y de empleo. No obstante, durante las distintas crisis que se han ido produciendo a lo largo de los últimos cien años, especialmente en las últimas décadas, las normas laborales han demostrado que siguen diferentes caminos a los inicialmente previstos dirigidos a consolidar condiciones cada vez más beneficiosas⁶⁷. Bien es cierto que, en la práctica, el Derecho del Trabajo ha sufrido avances y retrocesos en el reconocimiento de derechos. Por ello, ante el reto tecnológico, desde mi punto de vista, el marco legal debe ser capaz de dar respuesta a las demandas de evolución tecnológica en distintos escenarios, más o menos complejos, a través de un modelo de “flexibilidad laboral”, o de “flexibilidad del mercado de trabajo”, que sea compatible con la garantía de las grandes conquistas sociales obtenidas a lo largo del tiempo (flexibilidad y seguridad). Alzándose así, como objetivos prioritarios, la recualificación de los trabajadores para la adaptación a las nuevas demandas, y la creación de nuevos puestos de trabajo, para dar respuesta equilibrada a las demandas empresariales y sociales.

⁶⁶ ALONSO OLEA, M. *Introducción al Derecho del Trabajo*, Ed. Civitas, Madrid, 2013, Pág. 965.

⁶⁷ Efectivamente, desde la promulgación del ET se han producido numerosas reformas de los derechos laborales. La mayoría de ellas provocadas por las crisis económicas y sus negativos efectos en el empleo, buscando un doble objetivo, por un lado, dotar al sistema de relaciones laborales de una mayor flexibilidad, y por otra parte ofrecer mecanismos contractuales incentivadores del empleo. Y en las que la originaria función de protección progresiva del trabajador ha evolucionado hacia una compatibilización de los derechos de los de los trabajadores con la necesidad de asegurar la eficacia económica de la empresa. Ejemplo de ello fueron la Ley 32/1984, de 2 de agosto, de reforma del Estatuto; las reformas de 1994, como el RDL 18/1993, de 3 de diciembre o la 8 la ley 10/1994, de 19 de mayo, dirigidas a dotar al mercado de trabajo de mayor flexibilidad, así como para fomentar la ocupación; las reformas de 1997 como el RDL 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida; el RDL 5/2002, de 24 de mayo, conocido como “el decretazo”, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo, que fue objeto de gran respuesta sindical; o, por último, las reformas que tuvieron lugar a consecuencia de la crisis iniciada en el año 2007, que tuvieron lugar en una primera fase en el año 2010, mediante el RDL 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, así como a través de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, con gran contestación social, incluida una huelga general, seguidas en el tiempo del RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, junto a otras como la Ley de 3/2012 de reforma del mercado laboral, también con importante contestación social y sindical.

La idea fundamental de la flexiseguridad⁶⁸ reflejada en el Libro Verde de la Comisión Europea “*Modernizar el Derecho del Trabajo para afrontar los retos del Siglo XXI*”⁶⁹. Se trata de una propuesta desarrollada mediante la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones denominada “*Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*”⁷⁰.

Afirmaba, ya en el año 1996, la doctrina científico-laboral⁷¹ que, el “factor tecnológico” constituye uno de los desencadenantes de la evolución flexibilizadora del ordenamiento laboral. Recordándose, con un carácter no exhaustivo, la incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema productivo, junto a su repercusión en el marco normativo laboral. De tal forma que, se destacaba entre sus consecuencias las siguientes: a) una saturación prolongada de las necesidades, lo que genera una caída de empleo; b) la multiplicación del rendimiento del trabajo; c) la remodelación en profundidad de los diferentes sectores productivos, con una progresiva tercerización de los mismos; d) la modificación potencial de las principales condiciones de trabajo, incluidos el lugar y tiempo de la prestación de los servicios; e) la proliferación de un modo de producción por medio de encargos y descentralizaciones productivas; y, finalmente, f) la globalización de la economía, mediante una cada vez más intensa división internacional del trabajo.

De lo que se deduce la trascendencia de abordar un nuevo marco jurídico en las relaciones de trabajo, en la medida en la que estas se ven afectadas por las TIC. Lo que implica garantizar de forma efectiva, en todo caso, los derechos tradicionalmente conquistados, que forman parte indivisible del estado de bienestar. Debiendo operar la norma, por lo demás, como instrumento facilitador de la mejora de la competitividad de las empresas, de la productividad del trabajo, y de las condiciones laborales.

⁶⁸ Un amplio análisis de la flexiseguridad en el monográfico *El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español*, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Núm. Especial, 2018.

⁶⁹ El Libro Verde de 22 de noviembre de 2006 [COM/2006/0708 final] se encuentra disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0708&from=ES> [consulta: 15 febrero 2016]

⁷⁰ Vid la comunicación de la Comisión en castellano {SEC (2007) 861} {SEC(2007) 862} COM/2007/0359. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0359&from=ES> [consulta: 15 febrero 2016]

⁷¹ Vid MARTÍN VALVERDE, A., en “Lectura y relectura de la *Introducción al Derecho al Trabajo* del profesor Alonso Olea”, REDT, Núm. 77, 1996, Pág. 402.

1.4.1 Los efectos de las tecnologías sobre el empleo.

Inicialmente resulta difícil concretar con precisión la dimensión del impacto real que tiene sobre el empleo la evolución de la integración tecnológica. A modo de ejemplo, algunos estudios han avanzado las estimaciones de los efectos sobre el empleo de algunas tecnologías concretas (v. gr las consecuencias del despliegue de robots sobre el mercado de trabajo en la economía digital. Dedicándose a este concreto aspecto el informe *Robots and Jobs in the U.S. Labor Market*⁷², presentado por La Oficina Nacional de Investigación Económica de Estados Unidos, *The National Bureau of Economic Research*, en el que se identifican algunos de los efectos negativos sobre el empleo que, ineludiblemente, como cualquier cambio que nos desplaza de la zona de confort, se prevé que provocará la extensión de las TIC.

De tal manera, desde un punto de vista objetivo, el informe avanza que el desarrollo tecnológico impacta, especialmente, en las industrias más expuestas a las tecnologías (tal es el caso de la industria 4.0)⁷³. Repercutiendo con mayor intensidad, atendiendo a un punto de vista subjetivo, sobre los trabajadores con menos formación, en los trabajos más rutinarios (como es el caso p. ej. de los puestos de trabajo relacionados con cadenas de montaje), así como aquellos otros en los que la aportación del trabajador se limita exclusivamente a la mano de obra.

También se manifiesta en este mismo sentido el informe sobre perspectivas de empleo presentado por la OCDE *Employment Outlook 2018*. La idea que se deduce de su lectura refleja la problemática de la sustitución de la mano de obra como consecuencia de la aplicación de la tecnología. Cuestión que ha sido significativamente menos pronunciada cuando afecta a trabajadores altamente cualificados. Además, el documento sugiere que el aumento de las habilidades de los empleados va a ser la pieza clave para reconectar el salario medio real a la productividad de las empresas⁷⁴.

⁷² The National Bureau of Economic Research. In *Robots and Jobs: Evidence from U.S. Labor*. [en línea]. ACEMOGLU D., RESTREPO P. [Massachusetts, EEUU]. 2017 (NBER Working Paper Núm. 23285). Disponible en: <http://www.nber.org/digest/may17/w23285.shtml> [consulta: 19 julio 2018]

⁷³ Analiza las incógnitas y estrategias de la industria 4.0, ÁLVAREZ CUESTA, H., *El Futuro del Trabajo vs El trabajo del Futuro, Implicaciones laborales de la industria 4.0*, Ed. Colex, 2017. Pág. 75 y ss. Y 149 y ss.

⁷⁴ Se ocupa de ello el informe sobre las tendencias y perspectivas del mercado de trabajo en los países de la OCDE, edición correspondiente a 2018. OCDE. *Employment Outlook 2018* [en línea], OCDE ilibrary, Pág. 67 [Paris]. 2018 Disponible en: https://doi.org/10.1787/empl_outlook-2018-en [consulta: 19 julio 2018] También se ocupa de este tema MERCADER UGUINA, J.R., "El mercado de trabajo y el empleo en un mundo digital", Revista de información laboral, Núm. 11, 2018, Pág. 11.

De modo que, atendiendo a las consecuencias que implica la utilización de tecnologías, el citado organismo internacional estima que la integración de robots en la economía digital puede reducir la tasa de empleo en una horquilla de entre 0,18 y 0,34 puntos porcentuales. Para llegar a esta conclusión, el estudio parte de la variable de la integración de una máquina autónoma adicional, que disponga de múltiples aplicaciones reprogramables. Y a partir de ella, mide el impacto que supone incluir un robot por cada mil empleados.

Adicionalmente, también profundiza el citado informe en un análisis del impacto de las TIC en factores como el sexo o el salario. Por lo que respecta a cuestiones de género, prevé que la incidencia sobre la tasa de empleo afectará de forma más negativa en el colectivo masculino que en el femenino. Mientras que en lo que a las consecuencias sobre el salario se refiere, concentra los efectos adversos, de forma mayoritaria, en los puestos de trabajo menos cualificados. En los cuales, su salario podría oscilar a la baja entre 0,25 y 0,5 puntos porcentuales. Por este motivo, debe considerarse la necesidad de concretar una protección reforzada hacia los trabajadores más débiles y desfavorecidos, para socorrer a este colectivo frente al impacto de la integración tecnológica sobre la tasa de empleo, especialmente de los varones, así como sobre los salarios. Con lo cual cada supuesto de desfavor requiere una gestión equilibrada de la incorporación de las tecnologías, junto al diseño de políticas públicas que preserven los derechos laborales. Se trata, en definitiva, de incluir en el marco jurídico elementos disuasorios, que prevengan posibles movimientos de oposición a los avances tecnológicos, conciliando los distintos intereses en juego.

En la misma línea que el estudio citado, se manifiesta el informe presentado en enero de 2016 ante el WEF *Future of Jobs*⁷⁵, que pronostica que, para el año 2020, el imparable crecimiento de la IA en el sistema laboral dará lugar a la destrucción neta de cinco millones de puestos de trabajo. Y centrándonos en España, en el estudio “*Under*

⁷⁵ según el informe ejecutivo del estudio *Future of Jobs*, el balance de previsión de destrucción neta de empleo entre los años 2015-2020, asciende a cinco millones de empleos. Por familias de trabajo, contempla la desaparición de 4,7 millones de puestos de trabajo en el sector servicios y de administraciones; 1,6 millones en el sector manufacturero y de producción; 0,9 millones en el sector de la construcción y de extracciones; y 0,15 millones en el sector de entretenimiento y deportes. Por el contrario, alude a la reasignación de empleos en otros sectores productivos, en los que se prevé la creación de nuevos puestos de trabajo para operaciones financieras elevando hasta 0,49 millones de nuevos empleos sus estimaciones: en administración y dirección 0,41 millones de futuros empleos; en el campo de las matemáticas e informática predice la creación de 0,40 millones de puestos de trabajo; o 0,34 millones trabajos adicionales correspondientes a la familia de arquitectura e ingeniería. En este punto, las nuevas demandas de trabajo exigen una mayor especialización en el ámbito digital, la flexibilización laboral y una mano de obra que esté preparada para asumir nuevas responsabilidades y problemas diferentes a los que se producían hasta ahora. WEF. *Future of Jobs* [en línea]. Foro Económico Mundial [Ginebra, Suiza]. 2016. Pág. 3. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_FOJ_Executive_Summary_Jobs.pdf [consulta: 19 julio 2018]

Pressure: The Squeezed Middle Class” de abril de 2019 (*Bajo presión: la exprimida clase media*), la OCDE prevé que el 24% de los empleos de trabajadores españoles con ingresos medios podría encontrarse afectado por el riesgo de la automatización, siendo nuestro país uno de los que mayor riesgo afrontan⁷⁶.

Por lo cual, constituyendo las TIC un instrumento para la creación o destrucción de empleo, resulta también conveniente que nos ocupemos de los distintos riesgos derivados de su incorporación. Así, entre los efectos positivos de la economía digital se encuentra la apertura de un nuevo horizonte de oportunidades en relación con la creación de puestos de trabajo, mediante figuras con encuadramiento en el régimen de autónomos de la Seguridad Social (siempre que no sean falsos autónomos), en el régimen general, como trabajador por cuenta ajena. Siendo lo cierto también que también surgen fórmulas mixtas de prestación de trabajo en las que se compagina la modalidad presencial en el centro de trabajo con el teletrabajo. Aplicándose en otros casos la virtualización del puesto de trabajo, pudiendo desempeñar su actividad desde cualquier espacio, siempre que se cuente con conectividad. Y junto a ello, se manifiestan otras formas de prestación de servicio mediante el trabajo *on line* colaborativo, y otras fórmulas afines.

En consecuencia, de entre todas las aportaciones de las tecnologías, la gran transformación de la tradicional forma de organización del trabajo ha venido de la mano de la nueva dimensión de factores como el espacio o el tiempo de trabajo. Siendo posible, en la actualidad, trabajar prácticamente desde cualquier lugar del mundo. Para tal desempeño es preciso un acceso a internet, junto a un dispositivo con el que mantener un acceso seguro a la empresa, ya sea desde un puesto fijo, o bien mediante un teléfono móvil inteligente. Esta circunstancia, en ocasiones, complica la determinación de los límites de la jornada laboral (de ahí que se defienda el derecho de desconexión), al quedar difuminados, en ocasiones, los elementos definidores clásicos de la relación de trabajo como la duración de la jornada.

Esta problemática resulta más evidente, aun si cabe, tras la reforma de la regulación del control horario introducida en el capítulo III, relativo a medidas de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, del Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la

⁷⁶ El informe “*Under Pressure: The Squeezed Middle Class*, de 2019, analiza el negativo impacto de la globalización y las tecnologías en las clases medias de los países más desarrollados, destacando el alto nivel de riesgo de la población laboral española. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/689afed1-en> [consulta: 20 abril 2019]

jornada de trabajo, que modifica el art. 34.9 ET⁷⁷. Tal reforma, viene a recuperar la interpretación ofrecida inicialmente por la AN, respecto que *“el registro de jornada, que no de horas extraordinarias, es el requisito constitutivo para controlar los excesos de jornada”*⁷⁸. Todo ello, a pesar de haber sido corregido el criterio por el TS mediante el polémico Auto de aclaración de 23 de marzo de 2017⁷⁹, en el que se concluye que de la redacción del artículo 35.5 ET no puede deducirse una exigencia de llevanza de un *“registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla para poder comprobar el cumplimiento de los horarios pactados”*. Con lo cual, ha quedado superada la interpretación del TS (que corregía a la AN), mediante la que se interpretaba que no tenía

⁷⁷ La norma añade un nuevo apartado 9, al art. 34 del ET, en el que se determina: *«La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada. La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.»*

⁷⁸ Vid FJ3 de la SAN 207/2015 de 4 de diciembre de 2015, Recurso núm. 301/2015, ECLI: ES:AN:2015:4313, <http://www.poderjudicial.es/search/openCDocument/a4441770aaceeea550e5b43c6a9bdfc54b95333efcebfa9> [consulta: 14 mayo 2019]

⁷⁹ El Auto de aclaración 246/2017, en el caso Bankia, Recurso núm. 81/2016, ECLI: ES:TS:2017:1275, que afectaba al sector de la banca concluye en su F.J. 5, con la siguiente afirmación: *“de “lege ferenda” convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias, pero de “lege data” esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante una condena genérica, que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte”*. Sin embargo, resulta ilustrativo, por su gran dureza, el voto particular del magistrado AGUSTÍ JULIÁ, J., al que se adhiere VIROLES PIÑOL, R.M., partidarios de haber confirmado el criterio de la AN, llegando a afirmar que: *“la labor del Tribunal Supremo al enjuiciar un caso no puede llevarse a cabo eludiendo el contexto social en el que se desarrolla la norma cuya interpretación y aplicación se interesa. Flaco favor se hace a la función jurisdiccional y de elaboración de doctrina jurisprudencial que legitime esta Sala de lo social, si la interpretación se circunscribe a la literalidad del precepto, obviando dicho contexto, con remisión a una hipotética y futura actuación del Legislador. En efecto, es público y notorio, que existe una problemática y un debate social sobre el gran número de horas extraordinarias no abonadas que se vienen efectuando, y la necesidad de su control, como lo ponen de manifiesto los Planes de Control de la Inspección de Trabajo y Seguridad social, y las Instrucciones sobre intensificación del Control en materia de Tiempo de Trabajo y de Horas extraordinarias. Una actitud “abstencionista” de la posición mayoritaria -reacia a una interpretación evolutiva del artículo 35.5 ET en línea con lo resuelto por la sentencia de instancia-, tal como propugna la mayoría, no parece que se cohoneste bien con la política del Estado al respecto.”*. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&referenc e=7988611&statsQueryId=113859812&calledfrom=searchresults&links=&optimize=20170411&publicinterface=true> [consulta: 14 de mayo 2019]

la consideración de obligatorio el requisito formal del registro de la jornada laboral, mientras no se trabajasen horas extraordinarias⁸⁰.

Debe llamarse la atención del lector, por la trascendencia que implica respecto a las nuevas formas de trabajo en la economía digital, sobre la decisión adoptada por la Gran Sala del TJUE en la sentencia de 14 de mayo de 2019⁸¹, en la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por la AN sobre esta materia, viniendo a zanjar definitivamente la polémica sobre la interpretación del art. 35 ET. La sentencia resuelve la cuestión de si el Reino de España ha adoptado las medidas necesarias para garantizar la efectividad de las limitaciones de la duración de jornada, de conformidad con los art. 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la CDFUE, así como de los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3, y 16, apartado 3, de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Resultando de tal sentencia que, cuando la interpretación de una normativa de un Estado miembro, adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador, contraviene el derecho comunitario, sin perjuicio de la exclusión de esta obligación para las relaciones laborales de carácter especial⁸².

⁸⁰ Posteriormente, el TS en Sentencia 338/2017 de 20 de abril de 2017, RCUd núm. 116/2016, ECLI: ES:TS:2017:1748, ratifica esta misma interpretación del art. 35.5 ET, Casando y anulando la sentencia de la SAN 389/2016, por establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza su plantilla. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&referenc e=8015957&statsQueryId=113552438&calledfrom=searchresults&links=REGISTRO%20DE%20JORNADA& optimize=20170512&publicinterface=true> [consulta: 14 mayo 2019]

⁸¹ Vid STJUE (Gran Sala), de 14 de mayo de 2019, sobre el procedimiento prejudicial instado por la AN, respecto a si el Reino de España cumple con el derecho europeo atendiendo a la interpretación judicial de la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador, en el asunto C-55/18. Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=214043&pageIndex=0&doclang=ES& mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=7698021> [consulta: 14 de mayo de 2019]

La decisión de la Gran Sala no ha supuesto una gran sorpresa a la vista de las conclusiones del abogado General, PITRUZZELLA, G., presentadas el 31 de enero de 2019. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210334&pageIndex=0&doclang=ES& mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12571656> [consulta: 18 febrero 2019]

⁸² Advértase que en el apartado 13 de la STJUE de 14 de mayo, cit. supra, se reconoce como excepciones a la obligación del registro de jornada en caso de relaciones de trabajo con características especiales, o cuando la jornada de trabajo no tenga una duración medida y/o establecida previamente, o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores, y en particular cuando se trate de ejecutivos directivos u otras personas con poder de decisión autónomo; trabajadores en régimen familiar, o respecto a trabajadores en actividades litúrgicas de iglesias y comunidades religiosas.

De esta manera, la nueva redacción del art. 35.9 ET, junto al aval del TJUE sobre la obligación del empresario de contar con un registro de la jornada de trabajo, revelan nuevos ámbitos de actuación para las tecnologías, especialmente en el caso de que se haga uso de las mismas para el control del horario de trabajo, el control de horas extraordinarias, así como el derecho a la desconexión digital. Un hecho que constituye, sin duda, otra novedad en la gestión de las relaciones laborales que obliga a realizar cambios adicionales en las empresas españolas, respecto del que cobra especial interés el derecho a la protección de datos del trabajador o el derecho a su intimidad.

Adicionalmente a lo expuesto, independientemente del estatus jurídico mediante el que se preste el trabajo (autónomo o por cuenta ajena), surgen nuevas opciones de organización del trabajo que trascienden del modelo laboral estatutario. En las mismas deja de apreciarse, en ocasiones, con nitidez el carácter retribuido, la dependencia o la ajenidad, al dejar de prestarse los servicios en los locales de la empresa. Además, en la mayoría de las ocasiones, tampoco existe un horario de trabajo fijo, quedando difuminada la tradicional forma de organización y dirección del empresario. Lo que requiere un especial esfuerzo, por parte del legislador, para dotar de seguridad jurídica a esta nueva realidad.

Junto a esto, tocante a los estímulos que ofrece una economía globalizada, con grandes exigencias de competitividad, la preferencia por modelos organizativos, cada vez más eficientes, requiere primar las habilidades de adaptación de los recursos humanos a las demandas del mercado. Es por ello por lo que, como ha venido señalando la buena doctrina⁸³, el marco de relaciones laborales debe garantizar la vigilancia de la protección de los derechos de aquellos que puedan encontrarse en una posición especialmente vulnerable.

Por todo lo cual, haciendo un balance de lo expuesto hasta ahora, podemos afirmar que las TIC, no siendo neutras, ofrecen grandes oportunidades y más beneficios que perjuicios. De modo que, si por una adecuada integración tecnológica se entiende, en sentido amplio, que sea respetuosa con el Estado de Bienestar, antes de adoptar cualquier política socio-laboral que la impulse, se hace preciso realizar un buen diagnóstico de los límites de su utilización. De esta manera, pueden ser diseñadas las reglas básicas aplicables a las nuevas formas de organización del trabajo, dando respuesta adecuada a la demanda de flexibilidad en el mercado laboral. Téngase en cuenta que ni

83 Ibid. MARTÍN VALVERDE, A "Lectura y relectura de la "Introducción al Derecho del Trabajo del profesor Alonso Olea", Pág. 410. (cit. supra, nota núm. 71).

los costes ni los problemas serán los mismos, si desde el inicio se apuesta por un modelo tecnológico de equilibrio entre los derechos y obligaciones de empresarios y trabajadores.

1.4.2 La invasión de las tecnologías en los derechos de los trabajadores

Una cabal comprensión del impacto de las tecnologías requiere analizar los efectos sobre derechos de los trabajadores (al margen de los ya comentados -positivos vs. Negativos- sobre el empleo). De ahí, que se aborden las amenazas sobre derechos de los trabajadores, que ponen en riesgo los derechos fundamentales a la privacidad, a la intimidad, a la protección de datos o la libertad del trabajador, sobre las que tiene conocimiento los tribunales, normalmente, a consecuencia de la impugnación de despidos disciplinarios, con algún componente tecnológico⁸⁴. Ya que un uso sin límites de la tecnología podría incidir de tal manera sobre estos derechos, que alcanzase incluso a perjudicar las expectativas personales y profesionales de determinados trabajadores.

Concretamente, estas contingencias se producen como consecuencia de usos abusivos de las TIC por parte de la empresa o de terceros en perjuicio del trabajador. Así, el paradigma de la utilización indebida de las tecnologías emerge ante circunstancias de explotación indiscriminada de datos personales para su posterior cesión. Encuentran aquí un ejemplo destacado las denominadas “listas negras” de trabajadores, que se abordan en este trabajo. De ahí, que debamos atribuir especial relevancia a la necesidad de fijar unos límites temporales y finalistas en relación con el uso de las tecnologías, además de fijar los controles necesarios, para evitar la proliferación de efectos negativos colaterales de las TIC, dañando, ya sea la esfera de los derechos fundamentales, o de otros intereses de los trabajadores (cámaras de videovigilancia, sistemas de geolocalización etc.).

No parece excesivo, por tanto, insistir en la necesidad de profundizar tanto en el estudio de los beneficios de la integración de las TIC en el mercado de trabajo, como entrar en detalle en las consecuencias perjudiciales que, como ya se ha anunciado se aborda a lo largo de este trabajo de tesis. A mi juicio, merece especial consideración la conveniencia de abordar por el legislador una batería de reformas, que faciliten la consolidación de los mimbres de un modelo que incentive un fluido acceso de las TIC a empresarios y

⁸⁴ Ofrece una visión general, ROMERO BURILLO, A.M., “Las nuevas TICs y el despido disciplinario del trabajador”, Revista de derecho social, Núm. 85, 2019, Pág. 31 y ss.

trabajadores, junto a unas normas que perfile los límites de una utilización prudente de las tecnologías.

Es por ello, por lo que también se analiza la temática relativa a los controles sobre el uso de información; singularmente, de los datos personales de los trabajadores, entre los que se incluyen las referencias sobre el trabajo realizado, la verificación del rendimiento de trabajo, informes médicos, y demás información sensible, ya sea de carácter económico, sindical, o sobre cualquier otro extremo.

Podemos adelantar, en este sentido, que los controles y límites sobre el uso de la información, por parte del empleador, deben perseguir la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, tanto en su vertiente colectiva como individual. Para lo cual, será preciso garantizar que el trabajador tenga acceso y disposición sobre sus datos personales, especialmente de la información sensible, así como que se evite cualquier uso abusivo sobre los mismos, atendiendo a criterios de seguridad jurídica, y a las disposiciones aprobadas por la UE, el legislador nacional y la interpretación de los distintos tribunales de justicia, nacionales, supranacionales e internacionales. De manera que se pueda conocer en detalle cuales son los criterios jurídicos aplicables ante los posibles conflictos de derechos que se puedan producir. Por otra parte, se han de tener en cuenta además las posibles injerencias de las tecnologías (no solo sobre derechos fundamentales) en el ejercicio disciplinario del empresario, y en otros ámbitos laborales.

1.4.2.1 *El surgimiento de nuevas figuras: el esquirolaje tecnológico*

A falta de previsión legal, la jurisprudencia ha creado la figura del esquirolaje tecnológico⁸⁵. Se trata de una modalidad de esquirolaje, no prevista en el obsoleto marco jurídico español regulador de la huelga, que requiere la remisión a los criterios de los tribunales españoles. En cuyo caso, el elemento determinante exige analizar si la tecnología utilizada vacía o no de contenido el derecho fundamental a la huelga consagrado en el art. 28.2 CE. Con lo cual, el debate sobre el esquirolaje tecnológico surge cuando los servicios prestados por los trabajadores huelguistas pasan a ser sustituidos por la utilización de medios técnicos. Naturalmente, será preciso analizar determinados aspectos (si las tecnologías se encontraban o no a disposición de la empresa, el reparto de las funciones en la empresa, la habitualidad de las funciones

⁸⁵ Al respecto de la influencia de las TIC en el derecho de huelga, que para la doctrina apenas exhibe la punta del Iceberg, surgen múltiples cuestiones que, a falta de una intensamente demandada ley orgánica reguladora, tendrán que ser resueltos, a golpe de sentencia. Vid TASCÓN LÓPEZ R., *El esquirolaje tecnológico*, Pamplona, Aranzadi, 2018.

desempeñadas, y si existe una persona física que ponga en funcionamiento la tecnología para sustituir el trabajo del huelguista) para determinar si ha concurrido o no un vaciamiento del derecho fundamental.

De tal manera, la creación de esta nueva categoría jurisprudencial viene a sumarse a la tradicional clasificación entre esquirolaje interno o externo⁸⁶. A ello se refiere la STC 17/2017, en la que se concluye que usar los medios técnicos a disposición de la empresa por los trabajadores no huelguistas, no constituye una vulneración del derecho fundamental a la huelga reconocido en el art. 28.2 CE, en sí misma, siempre que las funciones, que desarrollan los trabajadores no huelguistas, tengan la consideración de habituales. Sin embargo, cuando el uso de tecnologías a disposición de la empresa, la adquisición de tecnología nueva o la subcontratación de servicios tecnológicos, de los que no se disponía con anterioridad, tenga por objeto minimizar los efectos de la huelga convocada, implicará un vacío ilegítimo del derecho fundamental. Lo mismo puede concluirse de la contratación o uso de nuevas tecnologías para prevenir los efectos de la huelga, ante el riesgo de un inminente conflicto. Mereciendo reproche, en conclusión, ambos supuestos, como se verá más adelante, cuando el objetivo perseguido sea vaciar de contenido el derecho fundamental a la huelga.

En suma, se hace un recorrido por los distintos conflictos analizados por los tribunales españoles sobre esta materia, los cuales se centran en el sector de los medios de comunicación. Sin embargo, la problemática en torno al esquirolaje, lejos de estar resuelta por la jurisprudencia, no ha hecho más que empezar. Ya que, sin perjuicio de incrementar su complejidad con el paso del tiempo, de la interpretación del TC trascienden opiniones contrapuestas, dando fiel reflejo de ello los distintos votos particulares discrepantes, que se ha considerado relevante recoger en este trabajo de tesis doctoral.

De tal manera, esta disparidad de criterios se desprende del análisis de los votos particulares liderados por Valdés Dal-Ré⁸⁷, en los que se refleja una agria crítica a la

⁸⁶ Analiza las claves de la posición del TC en la Sentencia 17/2017, de 2 de febrero, como ejemplo del giro producido en la interpretación del esquirolaje tecnológico, MIÑARRO YANINI, M. "Según el Tribunal Constitucional "si es tecnológico, no es esquirolaje": retos del derecho de huelga en la sociedad del trabajo digitalizado y externalizado", RTSS, CEF, Núm. 429, 2018, Pág. 214

⁸⁷ En relación con el esquirolaje tecnológico, frente a la doctrina mayoritaria expuesta en la STC 17/2017, de 2 de febrero, ECLI:ES:TC:2017:17 el voto particular discrepante se decanta por una interpretación diferente, a la vista de la cual, sí que se ha producido una violación del derecho a la huelga. Fundamenta, Valdés Dal-Ré, la motivación de la vulneración del derecho fundamental que se produce por la retransmisión de un partido de fútbol de la Champions League, durante una huelga general, reside en la sustitución ilícita de los trabajadores huelguistas por trabajadores que no secundaron la huelga, de superior categoría, unido al hecho de que se utilizan medios técnicos no habituales. En definitiva, se producen "dos

doctrina mayoritaria del TC por su falta de adaptación "a la evolución de la realidad laboral" por el uso de las tecnologías. Una diferente interpretación jurídica que parece marcar el camino hacia el debate sobre una definición alternativa de la figura, en un futuro próximo.

1.4.2.2 *La función de los tribunales de justicia en la adaptación de la interpretación jurídica a la realidad digital*

Como se desprende de la realidad jurídica, doctrinal y jurisprudencial, no es pacífica la interpretación sobre la posición que han de tener los tribunales de justicia, respecto a la realidad de la economía digital, ante la falta de un marco jurídico moderno. Ejemplo de ello lo encontramos en la diferente interpretación de los tribunales de justicia, en ocasiones partidarios de no ir más allá de lo que la normativa dispone, frente a posiciones, menos conservadoras y más proactivas, de adaptar el marco normativo a la realidad social. El trasfondo de tan importante volumen de votos particulares, en distintas resoluciones del TC, TS, AN y Salas de los TSJ, evidencian una de las debilidades del sistema continental, en el que, a diferencia de lo ocurrido en sistema anglosajón o *common law*, no se considera a la jurisprudencia un mecanismo de creación judicial del derecho, motivo por el que no constituye fuente primordial de elaboración del derecho, al que los tribunales quedan vinculados de modo inexcusable, a través de la figura del "precedente".

De tal manera, al encuadrarse España entre los ordenamientos de raíz continental, la afirmación de la primacía de la ley, como expresión de la voluntad popular y de división de poderes, los miembros del poder judicial deben limitarse a la aplicación de las normas que emanan del parlamento (art. 66 CE). Sin embargo, la consolidación democrática de las instituciones españolas, y la tendencia a superar la pureza de ambos modelos, obliga al reconocimiento del papel que desempeña en la realidad jurídica española la doctrina del Tribunal Constitucional (máximo intérprete de la CE, ex art. 1 LOTC). De hecho, el TC, si bien no puede elaborar normas, si tiene atribuidas funciones de interpretación, pudiendo incluso limitar las ya existentes. Todo ello, sin perjuicio de la cada vez mayor tendencia de aproximación entre los modelos continental y del *common law*, según se desprende de la práctica judicial.

manifestaciones de esquirolaje: el interno y el tecnológico". El texto del voto particular de la STC 17/2017, al que se adhieren los magistrados Asua Batarrita y Xiol Rius se encuentra disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25242#complete_resolucion&votos [consulta: 14 junio 2018]

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la que se le atribuye, ex art. 1.6 CC, la función de complementar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el TS al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, no puede llevarse a cabo, *“eludiendo el contexto social en el que se desarrolla la norma cuya interpretación y aplicación se interesa”*. Tal argumento ha sido expuesto por algún sector del ámbito judicial, llegando a afirmar que *“Flaco favor se hace a la función jurisdiccional y de elaboración de doctrina jurisprudencial que legitime esta Sala de lo social, si la interpretación se circunscribe a la literalidad del precepto, obviando dicho contexto, con remisión a una hipotética y futura actuación del Legislador”*. O bien mediante otras aseveraciones como *“En efecto, es público y notorio, que existe una problemática y un debate social ... Una actitud "abstencionista" de la posición mayoritaria -reacia a una interpretación evolutiva del artículo 35.5 ET en línea con lo resuelto por la sentencia de instancia-, tal como propugna la mayoría, no parece que se coheneste bien con la política del Estado al respecto.”*⁸⁸

En efecto, la realidad judicial también ha mostrado que un sector de la judicatura se considera legitimado para establecer directrices, en aquellos supuestos en los que, por la especial naturaleza y trascendencia que pueda revestir la reclamación de un derecho, y conforme a la realidad social, haya de formularse un criterio jurisprudencial. Lo que no entraña asumir competencias de elaboración de una norma, en sentido propio y pleno. Permitiendo tal interpretación, sin embargo, ofrecer un desarrollo jurídico, singularmente autorizado y digno, ante la inacción del legislador o, a falta de norma que lo regule, hasta que finalmente se apruebe, por las Cortes Generales, el marco jurídico de la materia de que se trate⁸⁹. Este debate concreto que ha surgido en el seno de los tribunales españoles encuentra fácil solución, concretamente en el ejercicio de las funciones encomendadas por la CE al legislador nacional. Muestra de lo cual, se viene a reafirmar la urgente necesidad de acometer la adaptación del marco de relaciones laborales a la economía digital.

⁸⁸ Vid al respecto, por todos, la reflexión contenida en el voto particular del magistrado AGUSTÍ JULIÁ, J. al que se adhiere VIROLES PIÑOL, R.M. en el Auto aclaratorio del TS, de 23 de marzo de 2017, en el caso Bankia (vid supra, nota núm. 79).

⁸⁹ En el voto particular cit. supra, alude el magistrado AGUSTÍ JULIÁ, J. a que *“Como ya decía una ya antigua -pero sin duda actual- sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1933, "la jurisprudencia debe tener como propósito y finalidad directriz, no solo satisfacer la "necesidad de estabilidad y fijeza" de las relaciones sociales (que tanto o más que ella, es función propia de la ley), sino además y principalmente, asegurar la "plasticidad y movilidad" de la norma, para que el derecho sea, no cosa muerta y rígida, sino materia fluida y flexible, sujeta a renovación como la vida”*.

1.4.3 La implicación del Estado Moderno en el desarrollo humanizado de la economía digital

Atendiendo a una interpretación extensiva del derecho a la libertad de empresa, en el marco de la economía de mercado, así como al mandato constitucional a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio, además de la defensa de su productividad, ex art. 38 CE, surge el derecho del empresario de obtener, de las distintas administraciones, la dotación de los servicios e infraestructuras adecuadas para abordar el reto tecnológico. De tal manera, siendo Internet el canal por el que se transportan los datos, las comunicaciones, o se envía el producto final del trabajo realizado a la empresa, resulta indispensable continuar destinando cuantiosas inversiones de capital, a fin de facilitar la disponibilidad de la red⁹⁰. Para lo cual se destinan no solo fondos de los operadores principales de telecomunicaciones, sino que también se asignan aportaciones de capital público con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, además de otras formas de financiación obtenida mediante fondos europeos. Hablamos, en definitiva, de construir un ecosistema que facilite los avances en el desarrollo de la economía digital.

Además, debe llamarse la atención del lector sobre los favorables datos de desarrollo de infraestructuras en España. Motivo por el que, especialmente a raíz de las inversiones realizadas durante los últimos diez años, han mejorado sustancialmente los indicadores de conectividad, evidenciando, de esta manera, un rasgo de fortaleza de la economía nacional, que debe ser optimizado. Precisamente, en mi opinión, disponer de la tecnología clave para llevar servicios avanzados a las empresas y a los hogares, constituye un requisito que no admite grado ni excepción. Ya que solo así podrá ofrecerse, en condiciones de igualdad, las mismas oportunidades de negocio en todo el territorio nacional. Una igualdad que abarca, desde un punto de vista subjetivo, a trabajadores autónomos, desempleados, trabajadores de edades avanzadas y teletrabajadores. Y desde un punto de vista territorial, a todos los núcleos de población que permitan trabajar desde cualquier espacio distinto al del centro de trabajo, ampliándose, además, con ello, la cohesión territorial y las oportunidades de conciliación de la vida personal y familiar.

⁹⁰ El Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, dentro de las actividades de seguimiento de la Agenda Digital para España, publica anualmente el informe de cobertura de la banda ancha en España en el que se detallan los instrumentos y procedimientos de coordinación entre Administraciones Públicas, así como ayudas públicas dirigidas a favorecer el impulso de la sociedad de la información, según la información aportada por los distintos operadores titulares de redes, junto a datos demográficos y censales publicados por el INE.

Efectivamente, el nivel de avance de la cobertura de la red se convierte en un elemento clave, e indispensable, para el desarrollo de nuevas formas de organización empresarial, como el teletrabajo. En la actualidad, la cifra de ciudadanos españoles conectados digitalmente supera en volumen a la de países como Francia, Italia, Reino Unido y Alemania juntos. Resulta concretamente, que el único país europeo que tiene un grado de cobertura similar al de España es Suecia. Pero, a diferencia de este país, que ha necesitado más de dos décadas de inversión en desarrollo de su red, mediante una planificación de despliegue sostenida en el tiempo, España ha sido capaz de acometer en pocos años los más altos niveles de despliegue, a pesar del azote de una crisis global, que especialmente se ha ensañado con nuestro País.

Por lo tanto, en lo que a la disponibilidad de infraestructuras tecnológicas se refiere, España se sitúa en una mejor posición de salida, para favorecer el desarrollo de tecnológico de las empresas situadas en la península, y para crear nuevos puestos de trabajo más cualificados. Lo cual facilita la cualificación de los recursos humanos en activo, favoreciendo el impulso de modalidades innovadoras de trabajo en la economía digital. Mayor dificultad práctica plantea la contratación, por parte de un empresario español, de un trabajador de otro país para teletrabajar desde su nación, al requerir ser dado de alta en el sistema de la seguridad social del país donde reside el trabajador. Semejantes dificultades requerirían una simplificación de los trámites administrativos y procesos, sin perjuicio de una colaboración de las instituciones competentes en materia de seguridad social de los distintos países. Además, en lo que a la fijación del salario mínimo en los distintos países se refiere, téngase en cuenta, al respecto, el polémico criterio del TJUE en el caso Bundesdruckerei GmbH contra Stadt Dortmund (Sala Novena), en la Sentencia de 18 de septiembre de 2014, al señalar que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la imposición, en virtud de una normativa nacional, de una retribución mínima a los subcontratistas de un licitador establecidos en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora (donde los salarios mínimos sean inferiores) constituye una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Lo cual puede constituir, según el TJUE una restricción en el sentido del artículo 56 TFUE.⁹¹

⁹¹ Vid art. 30 de la STSJ, en el que se aplica el criterio del caso Ruffert, EU:C:2008:189, apartado 37). Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=7B18144A890F0E5DC053794BFEE8B661?text=&docid=157851&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7553970>

[consulta: 16 julio 2018]

Analiza la problemática ESTEVE SEGARRA, M.A., "Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de prestación de servicios y dumping social An assessment of the

Adicionalmente a las inversiones en infraestructuras tecnológicas, otra parte importante de las políticas activas de empleo deben destinarse a la integración de las competencias tecnológicas a los trabajadores. En este sentido, el citado informe *La sociedad de la información 2017* de Fundación Telefónica⁹² expone el diagnóstico de la posición tecnológica de España, en un análisis comparado con el resto de los países europeos. De su estudio, se desprende la reducción de la brecha tecnológica, en el uso de Internet, en los segmentos de la población más deficitarios. Además, distingue entre los trabajadores en activo con mayores dificultades de adaptación a los cambios tecnológicos, a los mayores de cincuenta y cinco años. Ante tal valoración, las administraciones deberían reforzar su impulso en la implantación de medidas de formación para este sector de la población, así como diseñar políticas que faciliten la adaptación entre oferta y demanda. Medidas que facilitarían la formación necesaria a los trabajadores, logrando la progresiva reducción de la brecha tecnológica hasta su desaparición.

En conclusión, siendo, la economía digital una candente realidad a nivel global, con claras implicaciones en las relaciones laborales, no puede extrañar la constante demanda de la doctrina científica y judicial de seguridad jurídica, de disponer de un marco regulatorio que ofrezca respuestas a los distintos problemas que se generan. Lo que incluye el encuadre en el concepto de laboralidad, la formación para el empleo, la formación continua del trabajador, el riesgo de precarización laboral o la protección de los derechos constitucionales y fundamentales de los trabajadores, que abarcan desde el derecho a internet y el derecho a la desconexión digital, pasando por el derecho a la protección de datos del trabajador, hasta otros derechos individuales y colectivos típicamente laborales.

Ni que decir tiene, cada país está abordando su propia estrategia nacional en materia de economía digital. Centrándonos en el caso de la española, ésta se dirige, especialmente, a favorecer la adaptación de los trabajadores a las demandas de los nuevos puestos de trabajo. Por el momento, según las cifras barajadas por la UE, se estima que, hasta el año 2020, solamente en Europa, la economía digital puede potenciar el crecimiento del PIB en torno a cuatro puntos porcentuales. Pero, como ya se ha puesto en evidencia, será necesario que las administraciones adopten un papel proactivo, estimulando de forma

court of justice of the european union jurisprudence about the freedom to provide services and social dumping”, Revista de información laboral, Núm. 6, 2015, págs. 27 y ss.

⁹² En el informe presentado en febrero de 2018 de Fundación Telefónica, destaca la posición de liderazgo de España en el despliegue de fibra hasta el hogar (FTTH). *Informe La Sociedad de la Información en España 2017*, Fundación Telefónica, Pág. 103. Disponible en:

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Sociedad_Digital_en_Espana_2017.pdf [consulta: 18 julio 2018]

adecuada la creación y desarrollo de un mercado digital único, de forma paralela al impulso de las reformas internas precisas, para avanzar en la digitalización de la administración. En relación con ello, además, la Comisión europea estima que se puede conseguir una reducción de los costes estructurales de las administraciones del orden del 15 o 20 por ciento⁹³, a través de la extensión del modelo de administración electrónica. Lo cual, evidentemente, obliga, a su vez, a destinar recursos públicos, para la formación y adaptación de los empleados públicos a los nuevos procedimientos de organización y funcionamiento de trabajo, para orientarlos hacia un modelo de administración tecnológica. Con lo que ya, a nadie se le escapa, el impulso tractor de la administración tecnológica para extender la digitalización a la empresa privada y a la sociedad civil.

En otro orden de cosas, aun siendo consciente de las complicaciones que entraña alcanzarlo⁹⁴, sería deseable que las decisiones de los Estados estuviesen marcadas por una estrategia global. Lo que exige analizar el problema desde una dimensión supranacional, ya que a diferencia de lo que ocurre con el marco normativo sustantivo nacional del Derecho del Trabajo (que cuenta con un ámbito de aplicación limitado al territorio nacional), Internet no tiene fronteras. Planteándose así una serie de problemas prácticos, que invitan a buscar la unificación, o al menos aproximación, de la interpretación jurídica, en la medida de lo posible, a la par que buscar fórmulas, mediante las cuales, sea posible la contratación de personal en cualquier lugar del mundo (que disponga de conectividad) mediante procedimientos sencillos. Adviértase sobre los orígenes del Derecho Internacional del Trabajo, que encuentran su motivación en un espíritu intervencionista humanitario, en el marco de un proceso histórico situado en los albores del siglo XIX, que culmina con la creación de la OIT en 1919, sobre el que la cuarta revolución industrial marca una nueva etapa⁹⁵.

Por lo demás, resulta claro que podemos valorar como un paso de gigante, el hito del mercado digital único en Europa, todavía fragmentado, en la actualidad, a consecuencia de las fronteras nacionales que existen de facto, en las que emergen y coexisten veintiocho mercados. Siendo de aplicación en cada uno de estos mercados su legislación específica, sus propias restricciones, y un funcionamiento diferente (al margen del incierto resultado final del Brexit, cuya fecha de salida de la UE, inicialmente fijada para el 29 de marzo de 2019, no ha sido finalmente ejecutada). De esta forma, tal

⁹³ *El desafío digital de Europa*. Contribución de la Comisión al Consejo Europeo de 24-25 de octubre de 2013. «Public Services Online», e-gov benchmark insight report for the European Commission. Disponible en: http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/20131010_es.pdf [consulta: 18 julio 2018]

⁹⁴ Piénsese en la campaña de desprestigio del 5G, sobre la posibilidad de que provoque cáncer, que se ha atribuido a Rusia, ante la decisión del país americano al recomendar la exclusión de empresas que pudieran espiar información confidencial, afectando a los intereses de Estados Unidos.

⁹⁵ Al respecto VALTICOS N., *Derecho Internacional del Trabajo*, Madrid, Ed Tecnos, 1977

fraccionamiento supone en la práctica que, los trabajadores de una empresa, con centros de trabajo en distintos países, puedan enfrentarse a soluciones jurídicas diferentes frente a un mismo conflicto de derechos, al contar cada país con su propio derecho sustantivo, sus normas procesales y con tribunales propios. Lo que habría de ser tenido en cuenta en los supuestos de empresas y grupos de empresas, especialmente ante la falta de definición en el ET de grupo de empresa laboral, que se encuentran implantados en diferentes territorios nacionales. Piénsese que el teletrabajo internacional (*off-shore*), se produce de forma, cada vez más habitual, siendo preciso abordar la problemática de tramitación administrativa de la contratación de trabajadores que residen y trabajan de forma habitual en un país diferente al de la empresa para la que trabajan (en ocasiones con diferentes domicilios fiscales, y ninguno de ellos físico realmente -más allá de la designación de domicilios, con direcciones postales de despachos profesionales, que cuentan con numerosas empresas domiciliadas-)

Dentro del panorama de desconcierto legal y judicial, a modo de ejemplo, como después tendremos ocasión de exponer, tribunales estadounidenses y europeos vienen dando soluciones diferentes a la calificación jurídica de las relaciones de trabajo en la economía colaborativa. Razón por la cual, se profundizará también en las consecuencias jurídico-laborales de esta actividad, así como en la respuesta de los tribunales españoles a los conflictos sobre las relaciones de trabajo donde ha tenido ocasión de manifestarse.

Además, también podemos avanzar que sería deseable que, las condiciones laborales de los teletrabajadores de una empresa, con independencia del lugar del mundo en el que se encuentren, gozasen de las mismas o similares garantías y derechos. Para ello, sería necesario, superar los criterios competenciales tradicionales de aplicación territorial del Derecho del Trabajo (según la ubicación física del lugar de prestación del trabajo, lugar de recepción del trabajo realizado, o lugar de suscripción del contrato ...), para determinar un marco normativo global de derechos mínimos, aplicable a los recursos humanos de las empresas que operen con fórmulas de trabajo de base tecnológica, unido a unos sistemas de solución extrajudicial de conflictos con una visión más simplificada, que la que ofrecen las normas del derecho internacional privado.

Para terminar este apartado, es conveniente plantear una cuestión adicional para la reflexión. Se trata de la vulnerabilidad de la información digital. Lo que requiere un análisis de la problemática del secreto de las comunicaciones y los límites de la vigilancia empresarial a través de medios digitales. En defensa de la intimidad digital, es aconsejable evitar modelos invasivos como los apuntados por MERCADER en forma de

“empresa panóptica”⁹⁶. Siendo que, a través de ellos, el empresario ejerce un férreo control sobre el trabajador, provocando deliberadamente un sentimiento de vigilancia permanente, como si de un delincuente se tratase. Al contrario, resulta indispensable la garantía adecuada de los poderes públicos del derecho a la intimidad, en una relación que debe estar presidida por la confianza mutua y el principio de la buena fe. Con lo cual, no resulta aceptable un sistema de control equiparable a modelos más propios del feudalismo industrial, como define la doctrina y la jurisprudencia española⁹⁷, por ser incompatibles con un estado social y democrático de derecho. Motivo por el cual, la autonomía de la voluntad no es compatible con la suscripción de cláusulas limitadoras del ejercicio de derechos fundamentales, ya que, en su caso, devendrían nulas por inconstitucionales⁹⁸.

1.4.3.1 La fragilidad de la protección de datos ante un riesgo global

Probablemente, la evidencia de la vulnerabilidad de los datos personales se ha hecho patente, a través de distintos acontecimientos de gran repercusión mediática a nivel internacional. Entre ellos, destaca la filtración de Julian Assange, mediante la cual desvela secretos de Estado del país americano, y difunde información reservada y datos personales a través de la organización mediática internacional WikiLeaks⁹⁹. También ha

⁹⁶ La denominación de “Empresa panóptica” recuerda el modelo de arquitectura de cárceles, diseñado para que el guardia pudiese observar a los prisioneros, e inducir a los reos la sensación permanente de estar vigilados. El modelo utópico de Bentham, por su propia definición, resulta, actualmente, un modelo odioso por revestir una forma de atentado contra el derecho a la intimidad. MERCADER UGUINA, J.R., “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, Revista Relaciones Laborales, Núm. 10, 2001, Pág. 2.

Profundiza también sobre un caso de despido procedente la invasión de la geolocalización MOLINA NAVARRETE, C. “¿Saber es poder?, conectividad empresarial, geolocalización (GPS) y autodeterminación digital del trabajador. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada 1937/2017, de 18 de septiembre”, RTSS, CEF, Núm. 419, 218, pág. 136 y ss.

⁹⁷ Vid por todas el FJ 2º de la STS de 8 de marzo de 2011. (Núm. Recurso: 1826/2010). Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&referenc e=5908468&links=%221826%2F2010%22&optimize=20110407&publicinterface=true> [consulta: 19 julio 2018]

⁹⁸ ROIG BATALLA, A. (Coord.), “El uso de internet en la empresa”, *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 32

⁹⁹ Se han conocido distintos casos reales como el del analista de la Armada Norteamericana Bradley Manning, acusado de filtrar a WikiLeaks miles de documentos secretos; Julian Assange, fundador WikiLeaks; o Edward Snowden, analista de la CIA y del NSA, que reveló y denunció la existencia el programa PRISM para la interceptación de las comunicaciones, así como el programa X-KEYSCORE, que permite la vigilancia electrónica de cualquier ciudadano a través de un dispositivo electrónico conectado a internet, conocer sus correos electrónicos, hasta sus historiales de navegación. Estas actividades suponen una injerencia en la vida privada de millones de ciudadanos europeos, lo que ha generado una gran alarma por contravenir las garantías que el Art. 8 del CEDH. Recientemente, ha sido expulsado de la Embajada de Ecuador en Londres, alegándose la quiebra de confianza, por presunto espionaje hacia el país andino, del

tenido gran repercusión la revelación de la cesión masiva de datos personales realizada por la red social Facebook¹⁰⁰, lo que recuerda la necesidad de hacer pedagogía dirigida a reforzar las cautelas sobre los datos personales y a quienes se ceden.

Adviértase, además, que la fragilidad del sistema ha dejado al descubierto la problemática de la dificultad de proteger la información sensible. A la vista de lo cual, cobran especial interés determinadas decisiones, entre las que se encuentra la resolución 68/167, de 18 de diciembre de 2013, de la Asamblea General de Naciones Unidas, “*sobre el derecho a la privacidad en la era digital*”¹⁰¹, o el informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE), de 21 de febrero de 2014, realizado por encargo del Parlamento europeo en relación con el programa de vigilancia de la Agencia Nacional de Seguridad de los EEUU. El documento, conocido como “*Informe Moraes*”¹⁰², obtiene veinte principales conclusiones¹⁰³, sobre los estándares mínimos de protección

que había obtenido asilo en el año 2012. Circunstancia que ha sido aprovechada por el gobierno británico para proceder a su detención en mayo de 2019. La página web de la organización se encuentra disponible en: <https://wikileaks.org/wiki/Wikileaks/es> [consulta: 20 julio 2018]

VOLD, E "Hay que revelar los secretos de los poderes institucionalizados", *Le Monde diplomatique*, 2013, Núm. 213, Pág. 14-15. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/333058> [consulta: 19 julio 2018]

¹⁰⁰ La AEPD ha sancionado, en marzo de 2018, con una multa de 300.000 € a WhatsApp, por cesión de datos personales sin haber obtenido un consentimiento válido de los usuarios. Además, sanciona a Facebook con otra multa del mismo importe, por tratar esos datos para sus propios fines sin consentimiento de los usuarios, unos meses después de haber sido sancionado con la mayor multa de la historia de la AEPD, que ascendió a 1,2 millones por recopilar datos sensibles de los usuarios sin permiso.

¹⁰¹ La resolución 68/167, de 18 de diciembre de 2013, de la Asamblea General de Naciones Unidas, “*sobre el derecho a la privacidad en la era digital*” reafirma el derecho a la privacidad, lo que conlleva la prohibición de injerencias arbitrarias o ilícitas en la vida privada de las personas, de su familia, de su domicilio o su correspondencia. Para ello, los estados deben proteger a los ciudadanos frente a tales injerencias, al amparo de lo dispuesto en el Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Reconoce la naturaleza global y abierta de Internet, el rápido avance de las TIC como fuerza impulsora del progreso hacia el desarrollo; reconoce que los derechos de las personas, incluido el derecho a la privacidad, también deben estar protegidos en Internet; Y finalmente, nombra un Relator Especial sobre el derecho a la privacidad. La citada resolución se encuentra disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_28_L27.pdf [consulta: 19 julio 2018]

¹⁰² Vid “Informe Moraes” sobre el programa de vigilancia de la Agencia Nacional de Seguridad de EEUU, los órganos de vigilancia en diversos Estados miembros y su impacto en los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE y en la cooperación transatlántica en materia de Justicia y Asuntos de Interior(2013/2188(INI))

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0139+0+DOC+XML+V0//ES> [consulta: 19 julio 2018]

¹⁰³ El informe reconoce como cierta en su primera conclusión, que los Servicios de inteligencia de Estados Unidos y de algunos Estados miembros disponen de sistemas tecnológicos de amplio alcance que permiten recopilar, almacenar y analizar datos de comunicaciones, incluidos datos de contenido y datos y metadatos de localización de todos los ciudadanos en todo el mundo a una escala sin precedentes y de una manera indiscriminada y no basada en sospechas. Entre estas herramientas se encuentran ejemplos de programas que permiten la vigilancia masiva de ciudadanos de la UE mediante acceso directo a los servidores centrales

exigibles conforme a lo dispuesto en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y su adecuación a las circunstancias derivadas de la vigilancia masiva nacional y extraterritorial de las comunicaciones.

En este panorama emerge una clara apuesta europea por encontrar el justo equilibrio entre medidas de seguridad, protección de las libertades civiles, y los derechos fundamentales. Junto a ello, se persigue garantizar a nivel máximo el respeto por la vida privada y la protección de datos. Por este motivo, se fijan hasta catorce recomendaciones dirigidas a instar a la prohibición de vigilancia masiva generalizada, además de, a la revisión de las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE, con el fin de asegurar que tanto los marcos legislativos, como los mecanismos de control de los servicios de inteligencia, respeten los estándares del CEDH, así como la normativa europea en materia de protección de datos.

Llevado al ámbito de las relaciones laborales, la trascendencia de estas medidas no es cuestión baladí. La disponibilidad de herramientas que permiten el control de los medios de comunicación que ofrecen las tecnologías, pueden dejar vacíos de contenido derechos fundamentales como el derecho a la intimidad o el derecho a la protección de datos personales. De ahí que sea indispensable poner coto a las facultades de control del empresario. No hacerlo, equivaldría a algo similar como poner un informador fisgón junto a cada trabajador, poniendo en riesgo de quiebra el principio de la buena fe contractual que debe presidir la relación laboral.

1.4.4 La creciente problemática del ejercicio de control empresarial

Es pacífico el reconocimiento en la doctrina de que las tecnologías facilitan sustancialmente al empresario distintas formas de control sobre el trabajador. De hecho, la expansión de herramientas tecnológicas permite formulas adicionales de refuerzo de la facultad de inspección empresarial. Lo cual genera, en ocasiones, dudas éticas sobre su implantación, ya que viene siendo intenso el incremento de la conflictividad. Por lo tanto, visto el avance de la sofisticación de la digitalización de las relaciones laborales,

de empresas estadounidenses líderes en Internet (programa PRISM), el análisis de contenido y metadatos (programa Xkeyscore), la elusión del cifrado en línea (BULLRUN), el acceso a redes informáticas y telefónicas y el acceso a los datos de localización, así como algunos sistemas de la agencia de inteligencia británica GCHQ, como por ejemplo la actividad preliminar de vigilancia (programa Tempora), el programa de descifrado (Edgehill), los ataques selectivos con intermediarios contra sistemas de información (programas Quantumtheory y Foxacid) y la recopilación y retención de 200 millones de mensajes de texto al día (programa Dishfire); Conclusión segunda.

resulta recomendable que, tanto el empresario como los trabajadores, puedan conocer, en detalle, las implicaciones de las funcionalidades de cualquier software o hardware que se pretenda introducir en la empresa, especialmente, cuando la tecnología puede afectar a los derechos de los trabajadores.

Junto a esta medida preventiva, también resulta imprescindible desbrozar los límites del uso de las TIC en la relación de trabajo, en su condición de instrumento de dirección empresarial, para evitar aquellas extralimitaciones en el ejercicio del poder de control, que pudieran afectar a los derechos de los trabajadores, singularmente a su intimidad. Lo cual no pretende suponer un límite a la incorporación de estas herramientas, sino más bien, determinar a priori para que se puede utilizar y que opciones constituyen un uso no lícito. Tales aspectos, bien podrían, además, tenerse en cuenta en el momento del diseño de las funcionalidades de la herramienta, siempre que se cuente con un equipo multidisciplinar en el que participen expertos conocedores del Derecho del Trabajo, que pudieran advertir de las opciones de riesgo.

Este planteamiento encuentra difícil encaje con la problemática de la, cada vez mayor, dependencia del uso masivo de las tecnologías. Lo que requiere realizar un análisis del marco jurídico de protección de los derechos del trabajador (especialmente a la intimidad), frente a injerencias tecnológicas externas. Siendo que, la Intimidad, libertad y dignidad integran el núcleo central de la personalidad del trabajador, en una sociedad cada vez más controlada por la digitalización del sistema productivo, es preciso alertar sobre los, no pocos, riesgos surgidos a consecuencia del uso abusivo de sistemas de control, de la interceptación de comunicaciones telefónicas, del acceso por el empleador al correo electrónico del trabajador y a los archivos personales del trabajador, así como a los archivos temporales almacenados el historial de un navegador. Con lo cual, las medidas a adoptar habrían de dirigirse en un doble ámbito. Por una parte, para reforzar las competencias tecnológicas de los trabajadores y conocer los riesgos de su uso, y por otra, para sensibilizar a la empresa en la utilización de tecnologías compatibles con los derechos laborales.

Tales condicionantes de las tecnologías requieren, a mi juicio, de un marco normativo adecuado, en el que se garantice el derecho de los trabajadores a ser informados con carácter previo a la implantación de cualquier tecnología. Adicionalmente a lo cual, habrían de concretarse las medidas necesarias, dirigidas a preservar aquellos derechos que puedan encontrarse en situación de vulnerabilidad, por el uso de las TIC. Dado que en el uso de la tecnología también debe preservarse el principio de la buena fe. Téngase en cuenta, además, que a través de medidas de responsabilidad social de las empresas pueden conseguirse grandes avances en el uso responsable de la tecnología.

1.4.4.1 *El Juicio de Proporcionalidad en el control tecnológico empresarial*

En líneas generales, la jurisprudencia española ha analizado diversos supuestos de conflicto por la utilización de cámaras de videovigilancia¹⁰⁴, grabaciones microfónicas, tarjetas inteligentes etc. Habiéndose considerado en los distintos pronunciamientos la legalidad del establecimiento de estos mecanismos, al encontrarse amparado el empresario a auditar, en el marco de la reconocida libertad de empresa¹⁰⁵.

Ahora bien, no constituyendo los medios tecnológicos la única herramienta disponible del empresario para ejercer la actividad de control, resulta incuestionable el incremento de la implementación de estos sistemas para auditar la actividad del trabajador. Es por ello por lo que, a falta de normativa legal que determine de forma específica las condiciones de la instalación y el uso de estas herramientas (hasta la aprobación del art. 89 de la LOPDPyGDD, regulador del derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo), han sido los tribunales de justicia los encargados de dilucidar las controversias jurídicas suscitadas, que según veremos después, ponen en juego el difícil equilibrio entre la facultad de control, como expresión de la libertad de empresa, y el respeto a la dignidad del trabajador. Téngase en cuenta, además, que el citado art. 89, contrariamente al criterio del TEDH, contiene una polémica redacción sobre la captación de imágenes. Resultando que, en caso de comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos, se entiende cumplido el deber de informar al trabajador, por la simple existencia de un dispositivo informativo en lugar visible. Precepto que, a nuestro juicio, podría vulnerar el espíritu del art. 8 del CEDH. Debe apuntarse también que la precipitación en la forzada inclusión del título X en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales, ha dado lugar a una ambigua redacción de los preceptos, en la que no se asume expresamente los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad reconocidos por el TEDH.

¹⁰⁴ En relación con la videovigilancia, TASCÓN LÓPEZ, R. “Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores (Intento de construcción de una regla conceptual en el Derecho del Trabajo español)”, RTSS, CEF, Núm. 415, 2017, Págs. 53 y ss.

¹⁰⁵ Vid por todas STS de 8 de febrero de 2018, (Recurso Núm.1121/2015), ECLI: ES:TS:2018:594. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datamatch=TS&referenc e=8307801&links=&optimize=20180305&publicinterface=true> [consulta: 15 mayo 2018]

En este sentido, a pesar de los avances y retrocesos de la doctrina constitucional, destaca entre sus resoluciones la STC 98/2000 de 10 de abril ¹⁰⁶, en la que sienta la doctrina sobre la vigilancia microfónica. Fallando, en concreto, a favor de la pretensión del trabajador, empleado en el Casino de la Toja, en un supuesto en el que la empresa había instalado un circuito cerrado de televisión, además de instalar micrófonos. En tal caso, el tribunal aprecia la vulneración del derecho a la intimidad personal del empleado, al entender que la instalación de aparatos de captación y grabación del sonido, en el centro de trabajo, con independencia de la utilidad para el negocio, no responde al requisito previo de ser indispensables para la seguridad y buen funcionamiento de la empresa. Mientras que, por el contrario, en otras resoluciones, entre las que se encuentra la STC 186/2000, de 10 de julio¹⁰⁷, la Sala considera justificadas y proporcionadas las medidas adoptadas por el empresario, en el marco de sus facultades de control. Validándose, En el supuesto enjuiciado por el tribunal, la instalación efectuada por la empresa, consistente en un circuito cerrado de televisión, para controlar determinados puestos de trabajo¹⁰⁸, al considerar la medida justificada, idónea, necesaria y equilibrada.

Lo que está claro, a la vista de los citados pronunciamientos del TC, es que, a falta de marco legal adecuado en el Derecho del Trabajo, la doctrina constitucional reconoce que, el uso de las TIC puede afectar al derecho a la intimidad personal, en el ámbito de las relaciones laborales. Motivo por el cual, se lleva a cabo, en cada caso, un análisis de compatibilidad de la medida que se trate, en relación con los derechos reconocidos por la CE, y expresamente, se analiza si se ha producido una injerencia en los derechos fundamentales. Si bien, en cualquier caso, la decisión final va a quedar condicionada, por la estricta observancia del principio de proporcionalidad de la medida adoptada por el empresario.

¹⁰⁶ El FJ 9 de la STC 98/2000, de 10 de abril, ECLI:ES:TC:2000:98, dispone que la instalación de micrófonos, que permiten grabar las conversaciones de trabajadores y clientes en las zonas de la caja y la ruleta francesa, al no resultar indispensables para la seguridad y buen funcionamiento del casino, constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades reconocidas en el art. 20.3 LET al empresario, constituyendo una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, consagrado en el art. 18.1 CE. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4082> [consulta: 17 julio 2018]

¹⁰⁷ Vid la Jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la intimidad personal en el ámbito de las relaciones laborales, en el FJ 5 de la STC 186/2000, de 10 de julio, ECLI:ES:TC:2000:186. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/cs/Resolucion/Show/4170> [consulta: 19 julio 2018]

¹⁰⁸ El FJ 7, de la STC 186/2000, introduce el elemento diferenciador del hecho de que la instalación de un circuito cerrado de televisión tenga por objetivo controlar determinados puestos de trabajo, no obedeciendo, por tanto, al propósito genérico de vigilar y controlar el cumplimiento por los trabajadores de las obligaciones que les incumben.

De esta manera, la jurisprudencia, en el análisis del grado de incidencia sobre los derechos fundamentales del trabajador, condiciona la validez de la medida adoptada, atendiendo al juicio de proporcionalidad. Con lo cual, en la práctica, se requiere el análisis de la concurrencia de los requisitos y condiciones necesarias para superar el juicio de idoneidad. Permitiendo este determinar, si la medida adoptada es susceptible de conseguir el objetivo propuesto. Además, resulta preciso que la medida supere el juicio de necesidad, para determinar si la medida, no solo es necesaria, sino que resulta la única medida posible, lo que implica la exclusión de otras opciones, que pudieran ser más moderadas o menos intrusivas para alcanzar el mismo propósito y eficacia. Y, por último, el juicio de proporcionalidad *stricto sensu* que, atendiendo a la doctrina del TC, permitirá acreditar si la medida es ponderada o equilibrada, por cuanto reporta más beneficios o ventajas para el interés general, que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

1.4.4.1.1 La vulnerabilidad de las comunicaciones tecnológicas

Probablemente, una de las primeras innovaciones que aporta la generalización de las tecnologías impacta directamente sobre las comunicaciones. De esta manera, la tradicional correspondencia por vía postal, telegráfica y la telefonía fija está siendo sustituida, de forma mayoritaria, por nuevas formas de comunicación. El cambio operado en este ámbito se basa en la utilización de aplicaciones informáticas cliente-servidor, cuyo funcionamiento es muy similar al funcionamiento del correo postal, con la singularidad de que pasa a ser internet el medio por el que circulan los mensajes (concretamente la *www*). Con lo cual, a partir del momento en el que los correos electrónicos, la telefonía móvil o la mensajería instantánea, se transforma en un fenómeno global, se produce el *sorpasso* de las herramientas tecnológicas de comunicación sobre las vías de comunicación clásicas. Y en esta línea, no podemos olvidar que el derecho al secreto de las comunicaciones (ya sean reales o virtuales), consagrado en el art. 18 CE, resulta perfectamente aplicable a la comunicación digital, al formar parte del derecho a la intimidad.

Por lo demás, la facultad de vigilancia y control, reconocida en el ET, ofrece determinadas singularidades en el caso del secreto de las comunicaciones. Admitiéndose, en ocasiones, el control de las llamadas realizadas por los trabajadores a través del teléfono de la empresa. En tal supuesto, evidentemente, será preciso analizar caso por caso, para determinar los límites de la facultad de vigilancia de las conversaciones, que, en un principio, a mi juicio, por su singularidad, merece una interpretación claramente restrictiva, en beneficio de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones.

Por su parte, desde el punto de vista de las diversas fuentes comunitarias, resulta de especial interés el impulso realizado en Europa, mediante la aprobación del RGPD, al que se le dedica un capítulo específico en esta tesis. Con este nuevo marco, al margen de

la elevación del rango normativo (antes regulado mediante directiva), La UE persigue lograr una mayor privacidad en las comunicaciones electrónicas, ampliando el ámbito subjetivo de aplicación de la norma y reforzando los derechos de los usuarios. Téngase presente que frente a la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, que ha sido sustituida por el RGPD, cuya aplicación se limitaba exclusivamente a los operadores de telecomunicaciones tradicionales, la UE ha querido extender el deber de confidencialidad, no solo a los operadores tradicionales, sino también a los nuevos proveedores digitales de servicios de comunicaciones electrónicas¹⁰⁹, atendiendo al impacto social que ofrece la realidad de las redes sociales.

1.4.4.1.2 Tolerancia en el uso de las tecnologías y expectativa razonable de confidencialidad

Se ha hecho referencia a la capacidad de utilizar tecnologías para controlar, pero, además, se ha detectado un incremento progresivo de la conflictividad, con motivo de la gestión del uso de la tecnología, cedida por el empresario al trabajador para la realización de su trabajo. Por supuesto, también en estos casos, es pacífica la doctrina judicial sobre la admisibilidad de la facultad de inspeccionar los dispositivos tecnológicos cedidos, al amparo del poder de organización y control¹¹⁰. Habiendo quedado disipado cualquier atisbo de duda sobre la inaplicación del art. 18 del ET, a dichas inspecciones de contenido de los equipos informáticos de la empresa, Dado que la jurisprudencia ha determinado, en su lugar, la aplicación del art. 20 ET. Con lo cual, quedan resueltas las dudas iniciales sobre el encuadramiento legal de la facultad de control. Concretándose, el argumento esgrimido por la jurisprudencia, en que si bien, el examen de la persona del trabajador, sus efectos personales, o la taquilla, forman parte de la esfera privada del mismo¹¹¹ y, por

¹⁰⁹A título de ejemplo, entre los nuevos proveedores digitales, se encuentran las extendidas redes sociales WhatsApp, Facebook, Messenger, Skype, Gmail, iMessage o Viber, entre otras.

¹¹⁰Vid por todas la STS de 26 de septiembre de 2007, Recurso Núm.966/2006, ECLI: ES:TS:2007:6128, sobre un trabajador que es despedido, a la vista de la utilización de su equipo informático para visitar páginas poco seguras en Internet por las que se introdujo un virus informático. El técnico informático detectó ante el administrador de la empresa una carpeta de archivos temporales de Internet, con accesos a páginas pornográficas, siendo el contenido protocolizado ante un notario. El trabajador es despedido a la vista del contenido en el equipo, tras una segunda inspección. En este supuesto, determina la Sala que la norma aplicable al control del uso del ordenador es el art. 20.3 ET, y no el art. 18 ET. Con la precisión de la necesaria limitación por el deber de respeto a la dignidad e intimidad del trabajador. (cit. supra, nota núm. 50).

¹¹¹ Lo mismo ocurre respecto a las comunicaciones telefónicas, los archivos personales, los archivos temporales en internet o el correo electrónico, ya que se incluyen en el ámbito de protección constitucional del secreto de las comunicaciones. Como también ha declarado la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de abril de 2007, en el Caso Copland, dado que pueden contener datos sensibles

tanto, se sitúan fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo, a diferencia de ello, los dispositivos tecnológicos son considerados un bien más, propiedad de la empresa, lo que justifica la aplicación del poder de dirección del art. 20 ET.

Efectivamente, los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se consideran instrumentos de producción de titularidad del empresario. Lo que le atribuye a éste facultades de control sobre el destino comprometido, incluyendo lógicamente la posibilidad de inspección. Y es que, como recuerda el TS, a diferencia de lo que sucede con la taquilla o las pertenencias del empleado, *“con el ordenador se ejecuta la prestación de trabajo, en consecuencia, el empresario puede verificar en él su correcto cumplimiento”*¹¹².

Con lo cual, constituyendo el punto de partida, sobre el que configurar el poder de control sobre las tecnologías cedidas por el empresario al trabajador, el apartado tercero del art. 20 del ET, habrán de determinarse a partir de ahí los límites del ejercicio del poder de dirección y control de la actividad laboral. A los efectos que aquí importan, como señala la doctrina mayoritaria del TS, deben valorarse, en primer lugar, las instrucciones del empresario sobre la utilización de los dispositivos digitales¹¹³ de los que es titular, o en defecto de ellas, los acuerdos existentes o los usos sociales. Todo ello, con el fin de determinar si cabe presumir, o no, que exista una situación de tolerancia hacia un uso personal moderado de tales medios informáticos. En este sentido, el voto particular de la citada sentencia del TS de 26 de septiembre de 2007 da muestra del debate interno que se está produciendo, también, en la Sala de lo social del TS¹¹⁴. Constituyendo el centro de la controversia, si la suscripción de un contrato de trabajo puede dar lugar o

en orden a la intimidad, o incorporar informaciones reveladoras sobre determinados aspectos de la vida privada (ya se trate de la ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc.)

¹¹² Vid FJ 3º de la STS de 26 de septiembre de 2007, (cit. supra, nota núm. 50 y 110).

¹¹³ Vid la STS 8876/2011, de 6 de octubre de 2011, (RCUD 4053/2010), ECLI: ES:TS:2011:8876, con la doctrina jurisprudencial del TS obligando al empresario a actuar conforme a las exigencias de la buena fe para realizar el control del uso de los instrumentos tecnológicos por el trabajador, lo que en síntesis le exige establecer previamente las reglas de uso de los medios tecnológicos proporcionados por la empresa, determinando expresamente cuales son las prohibiciones absolutas o parciales. Además, por otro lado, el deber de informar a los trabajadores del control, así como de los medios que va a utilizar la empresa para comprobar el uso correcto de los mismos, junto a las medidas a adoptar para garantizar la efectiva utilización laboral del medio, cuando sea preciso. Por último, admite la posibilidad de aplicar otras medidas preventivas, como la limitación de determinadas conexiones, (cit. supra, nota núm. 49).

¹¹⁴ Vid Voto particular de la STS 8876/2011, de 6 de octubre de 2011, (RCUD 4053/2010), ECLI: ES:TS:2011:8876, de la magistrada SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L., al que se adhieren DE CASTRO FERNANDEZ, L.F., AGUSTÍ JULIA, J., VIROLES PIÑOL, R.M., y ALARCÓN CARACUEL, M.R., disconforme con retroceso por el giro interpretativo del TS, frente a la doctrina judicial anterior, más protectora del derecho fundamental a la intimidad del trabajador, (cit. supra, nota núm. 49 y 113). Dado que la sentencia se aparta del criterio mantenido en las sentencias de 26 de septiembre de 2007 (Recurso Núm.966/06 y 8 de marzo de 2011, Recurso Núm.1826/10).

no a la privación para la parte más débil del contrato, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano. Conviene recordar al respecto las palabras de JEAN RIVERO¹¹⁵, quien afirmaba, ya en 1982, que el contrato obliga al trabajador a prestar la fuerza de su trabajo y no su persona.

De tal manera que, si existe tolerancia, también habrá de considerarse que existe una "*expectativa razonable de confidencialidad*" del trabajador, por el uso aparentemente consentido. Lo cual conllevaría a la consiguiente restricción de la facultad de control empresarial. Por lo tanto, bajo tal premisa, el poder de control empresarial quedaría limitado al examen estrictamente imprescindible, con objeto de verificar si el medio informático ha sido utilizado para usos distintos de los encomendados a su cometido laboral, en el supuesto de que su uso se encontrase prohibido. Resultando, en definitiva, que solo cuando nos encontramos ante un derecho que pueda ser lesionado, habrá un conflicto entre este derecho y las facultades de control del empresario. Unas facultades que, a su vez, se encuentran justificadas en los derechos a la libertad de empresa y a la propiedad, al igual que por la singular superior posición jurídica del empresario en el contrato de trabajo.

A este respecto, se ha de adelantar que resulta, a mi juicio, una interpretación más ajustada a derecho, la contenida en el voto particular de la STS 8876/2011, de 6 de octubre de 2011. Dado que, como se argumenta en la consideración jurídica, "*Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de Empresa, que establece el art. 38 del texto constitucional 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*"¹¹⁶.

Por lo demás, la reciente doctrina mayoritaria del TS entiende que, en los supuestos en los que no exista un derecho a utilizar dispositivos para usos personales (incluyendo el ordenador, un smartphone u otros), "*no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una*

¹¹⁵ RIVERO, J., "Les libertés publiques dans l'entreprise", Droit Social, Núm. 5, 1982, Pág. 423.

¹¹⁶ Vid consideración jurídica cuarta de la citada sentencia STS 8876/2011, de 6 de octubre de 2011, (RCUD 4053/2010), ECLI: ES:TS:2011:8876. (cit. supra, nota núm. 49, 113 y 114)

expectativa razonable de intimidad, y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo”¹¹⁷.

Conforme a lo avanzado, considerándose los medios informáticos puestos a disposición del trabajador instrumentos de producción, el ejercicio de la facultad de control del empresario, sobre las herramientas tecnológicas cedidas, ofrece un amplio abanico de posibilidades, que integra todo tipo de concesiones más o menos permisivas de su uso a título personal. De forma tal que, tan legítima sería la prohibición absoluta del uso personal de los medios tecnológicos citados, como la máxima flexibilidad hacia el uso personal. Por este motivo, resulta preceptivo el aviso previo al trabajador sobre el objeto para el que se facilitan estos medios, así como los límites de su utilización. Extremo este que resulta indispensable, atendiendo a la tendencia de uso masivo de las tecnologías en la sociedad, unida a la gran dependencia respecto a las TIC. Fenómeno este, predicable tanto en lo que respecta a la parte empresarial, como a la de los trabajadores. Tan es así, que esa habitualidad de la penetración tecnológica ha disparado la conflictividad laboral, no solo porque está dando lugar a la reinención integral de los procesos del trabajo, sino por la falta de concreción de los límites de su uso.

Cuestión adicional supone concretar, en cada caso, que se entiende por el indeterminado concepto jurídico de “uso personal moderado” de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa, en aquellos supuestos en los que se consiente de forma pacífica su manejo para ciertos propósitos personales. A lo que debe añadirse la dificultad de controlar tal moderación de su uso. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, que el progreso de las tecnologías ha supuesto en los últimos años un descenso fulminante de sus costes, factor que permite una mayor accesibilidad a los ciudadanos, por su abaratamiento económico. Con lo que el perjuicio económico que puede acarrear a la empresa, por el uso personal de las tecnologías, se ha visto reducido sustancialmente, con respecto a hace tan solo una década, perdiendo, así, el peso con que contaba durante los primeros tiempos de integración tecnológica¹¹⁸.

¹¹⁷Según doctrina del Tribunal Supremo, si a pesar de ello el trabajador utiliza las TIC 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 Art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos. (F.J. 6º STS 8876/2011).

¹¹⁸ El prohibitivo precio de los primeros ordenadores personales IBM 610 se situaba en el entorno de los 55.000 dólares americanos, y el primer ordenador personal tuvo un costo de más de un millón de pesetas. En la actualidad, tras la evolución de más de 30 años del mundo del PC, la oferta es mucho más amplia, con infinitas mejoras y una tecnología incomparable.

A modo de conclusión, bien podemos considerar que, el reto tecnológico en el ámbito laboral abre nuevos interrogantes en relación con la expectativa de confidencialidad del trabajador. Pues con independencia de la admisibilidad del control empresarial, el trabajador tiene derecho a conocer los supuestos en los que pudiera verse afectado sus derechos fundamentales, y de forma especial el derecho a la confidencialidad. Así las cosas, la tolerancia en el uso de las TIC abre una zona de confort, creando en el trabajador una expectativa general de confidencialidad en el uso de la tecnología. Esta afirmación no comporta, según la doctrina del TS, un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto, cuando el uso de las tecnologías se hace en contra de las instrucciones de uso establecidas por la empresa. De ahí la necesidad de insistir, una vez más, en disponer de un marco legal adaptado a las demandas de la economía digital que contemple los límites del poder de dirección y control, o al menos el procedimiento para articularlos, que, en este caso, bien pudiera reflejarse en la negociación colectiva o en el contrato individual de trabajo.

1.5 *Big data, people analytics* y otras formas de explotar la información

Desde el punto de vista de los riesgos de la tecnología se ha de hacer una reflexión especial sobre la directa incidencia del *big data* en la protección de datos personales. En este caso, si la información es poder (y nadie lo duda), el almacenamiento de la información en formatos electrónicos puede crear nuevos e importantes focos de conflicto, en lo que al Derecho del Trabajo aplica. Todo ello ha dado lugar al fenómeno denominado *big data*¹¹⁹ que se produce mediante el almacenamiento de algoritmos, como base de los métodos de análisis de datos. Motivo por el cual, el marco normativo laboral debería abordar los riesgos de la información personal del trabajador en sus distintas dimensiones.

De aquí surgen las primeras cuestiones relativas a qué tipo de información se puede almacenar, el plazo durante el cual se puede hacer uso de esta, o que límites encuentra la cesión de los datos. Encontrándose soluciones dispares en la legislación española. Además de lo cual, habría de aclararse si, con la extinción del contrato de trabajo, o una vez frustrada la posibilidad del candidato de ser contratado, tras un proceso de selección, debería surgir un derecho legal del trabajador, a que se supriman, de forma automática,

¹¹⁹ En la sociedad digital, la información es el bien más buscado, consistiendo el *big data* en el análisis de grandes cantidades de datos personales que permite analizar a las personas con un nivel de profundidad, nunca visto hasta ahora.

los datos personales del trabajador. En ambos casos, a mi juicio, debe responderse de forma afirmativa, como respuesta a un tratamiento de datos que garantice el respeto hacia los derechos del trabajador.

En la misma línea, respecto a los candidatos en los procesos de selección, el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, se remite en esta materia al cumplimiento de la LOPD, con lo que queda obligado el empresario a atender al deber de respetar el derecho a la intimidad, además de la dignidad de los trabajadores¹²⁰. Visto lo cual, parece aconsejable reforzar tal prohibición, estableciendo límites temporales a la duración de almacenamiento de la información. La práctica aconseja fijar limitaciones cuantitativas y cualitativas en el tratamiento de datos personales de posibles candidatos, atendiendo a la aparición de nuevos actores en las relaciones laborales, entre los que destacan los *people analytics*, cuya actividad reside en el análisis de datos personales, para captar y retener talentos, así como para analizar e informar sobre los perfiles de los candidatos. Lo que se realiza a través de búsquedas en las redes sociales. Abarcando sus indagaciones aspectos sobre actitudes, valores, u opiniones personales. Resultando esta actividad un supuesto de posible confrontación, entre el derecho a la intimidad del potencial trabajador, con el derecho a la información del empresario. Al margen de lo cual, esta figura se encuentra en una situación de alegalidad, en la que se producen claras afinidades con la actividad de la investigación privada.

Se ha de advertir al lector que, la citada técnica reside la capacidad de almacenar y tratar las numerosas huellas digitales que, se dejan impresas mediante el uso de las tecnologías. Con lo que se utiliza la IA para rastrear y averiguar todo tipo de datos (inclusive datos sensibles a la intimidad del trabajador, ya sea la ideología política, sindical, orientación sexual, datos sanitarios etc.). Incluso, en función de la actividad del usuario en la red, sería posible dibujar el perfil personal de un individuo (el candidato a un puesto de trabajo o cualquier empleado en activo). Lo que ofrece la posibilidad de conocer cuáles son los gustos, inquietudes, intereses, aficiones etc. de un trabajador. Por este motivo, urge también, desde mi punto de vista, una mayor sensibilización social, con el fin de que los ciudadanos sean más cautelosos con la protección de sus datos personales. Con todo, además, resulta preciso fijar límites en el uso de los datos obtenidos, ya que internet ofrece la alimentación de la mayor base de datos en la historia de la humanidad. Por lo

¹²⁰El art. 33.4 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo incluye entre las obligaciones de las agencias de colocación el deber de respetar la intimidad y dignidad de los trabajadores, además de cumplir la normativa aplicable en materia de protección de datos.

cual convendría concretar los límites de profundización en esta actividad (hasta ahora difusos) a fin de evitar tomas de datos intrusivas. Y es que, la practica nos ha demostrado que existe un riesgo cierto de una posterior divulgación ilegítima e incontrolada de los datos almacenados, que finaliza, en ocasiones, con una simple sanción económica. Lo que, en suma, como señalamos, requiere determinar la esfera de los derechos de los trabajadores, que no pueden ser rebasados.

Desde este punto de vista, distintos informes alertan de los riesgos que corre la privacidad de los datos personales asociados a los metadatos. Muestra de ello se encuentra en el artículo *“You are your Metadata: Identification and Obfuscation of Social Media Users using Metadata Information”*¹²¹. El cual, si bien el estudio del caso en la investigación se centra en la red social Twitter, resulta aplicable a cualquier tipo de plataformas, redes y sistemas, que generen metadatos con características similares. Lo que evidencia la relación de asociación entre los metadatos y la identidad del usuario, al revelarse que, a través de un algoritmo, es posible identificar a un usuario en un grupo de 10.000 individuos, con un nivel de precisión aproximada de un 96.7%. Además, ampliando el alcance de búsqueda de 1 a 10 candidatos de entre un grupo de 10.000 usuarios, se eleva la precisión del modelo hasta un 99.22%¹²².

Conviene reparar al respecto, que los tribunales de justicia se han enfrentado a supuestos de divulgación ilegítima de datos almacenados por el empresario, aportando interesantes conclusiones. Concretamente, surge en este contexto el problema de las listas negras, como ficheros de datos personales elaborados. La irregular medida se conforma a partir de una primera etapa de recogida de datos, una posterior de procesamiento, almacenamiento y tratamiento de estos, para acabar finalmente con la cesión o difusión de información concreta a demanda (sobre la vida laboral de un trabajador o sobre un grupo de personas), según los criterios seleccionados. De esta manera, la iniciativa permite obtener distinto tipo de listas negras, en función de la información perseguida, con la singularidad de causar efectos adversos y perjudiciales para aquellas personas incluidas en la misma. Y en esta línea puede incluirse el propósito de discriminar, negar

¹²¹Vid Pág. 9 del informe citado, que responde a la afirmación de que si no estás en la red no existes, como fundamento para radiografiar a una persona a partir del momento en el que se adentra en las redes sociales. Disponible en: <https://www.ucl.ac.uk/~ucfamus/papers/icwsm18.pdf> [consulta: 18 julio 2018]

¹²² Desde un punto de vista práctico, a mi juicio, este problema es particularmente grave, atendiendo al cada vez mayor número de focos de liberación de datos abiertos con metadatos asociados a ella, además de que cada vez más redes sociales ofrecen la posibilidad de acceder a datos, que habitualmente están acompañados de metadatos mediante APIs. Por ejemplo, Facebook cede datos a través de su interfaz para registrar automáticamente a usuarios en otros sitios web, sin que exista una conciencia real en la inmensa mayoría de los ciudadanos sobre este extremo.

el acceso a un determinado servicio, dañar su reputación, así como cualquier otro quebranto a la persona del trabajador.

Al respecto, tal cuestión se aborda en nuestro país por la doctrina constitucional en la STC 292/2000, que defiende el derecho a la protección de datos frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de las personas, que provengan de un uso ilegítimo del tratamiento informatizado de datos¹²³. Además, la jurisprudencia ordinaria, citándose por todas, la STS de la Sala de lo civil, 609/2015, de 12 de noviembre de 2015¹²⁴, recoge la doctrina constitucional citada, relativa al análisis de la obtención y almacenamiento de datos por el empresario, rechazando las modalidades intrusivas, y apercibiendo del riesgo de divulgación ilegítima de los datos en un supuesto en el que se comunican datos personales del trabajador, que pueden dificultar la posterior búsqueda de empleo.

1.6 Reflexiones sobre las tendencias para las futuras políticas socio-laborales: humanización de la tecnología, renta universal y prevención de riesgos laborales.

1.6.1 Una renta universal para trabajadores en riesgo de exclusión digital.

Vivimos en una sociedad de mercado global, en la que la repercusión de la implantación de la tecnología afecta en similares términos a todos los países. Es más, la democratización de internet y de los datos facilita su rápido progreso en cualquier país, sin distinción, ya se trate de zonas más o menos desarrollados, motivo por el que conviene esbozar una relación de aquellos efectos adversos de las tecnologías sobre las relaciones de trabajo. Extremo que no escapa del interés de distintas instituciones en la UE, como referente de las políticas nacionales de cualquiera de sus Estados miembro, así

¹²³ Vid la doctrina constitucional sobre la libertad informática en el FJ 5 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre. Disponible en:

http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/4276#complete_resolucion&completa
[consulta: 12 mayo 2017]

Sobre estos extremos el TC ya se había pronunciado con anterioridad en las STC 254/1993, de 20 de julio, STC 143/1994, de 9 de mayo, STC 11/1998 de 13 de enero, Y STC 202/1999 de 8 de noviembre.

¹²⁴ La STS 609/2015, de 12 de noviembre, (Recurso Núm.899/2014), ECLI:ES:TS:2015:4686, declara haberse vulnerado los derechos fundamentales al honor y a la protección de datos de carácter personal del trabajador por la cesión realizada a otra empresa y ordena la cancelación de los datos personales de los archivos automatizados. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&referenc e=7527471&statsQueryId=110849036&calledfrom=searchresults&links=%22899%2F2014%22%20%2260 9%2F2015%22&optimize=20151120&publicinterface=true>

como organismos internacionales, los cuales han iniciado un proceso de análisis de las distintas políticas necesarias para conseguir una integración tecnológica pacífica en la sociedad.

Como muestra, cabe señalar las conclusiones obtenidas en la Cumbre del Foro Económico Mundial, celebrado en Davos (Suiza) en 2018 y 2019¹²⁵, donde se ha debatido a cerca de la implantación de una renta básica universal, para aquellas personas que puedan encontrarse en riesgo de exclusión digital. Se reconoce que el calado de los cambios previstos a consecuencia de la integración tecnológica, especialmente durante los próximos diez años¹²⁶, podría suponer un plus de peligrosidad a la paz social, si los responsables públicos no dan adecuada respuesta a los retos a los que se enfrenta la sociedad. Para conseguir este objetivo se ha propuesto articular una compensación económica, para aquellos trabajadores cuyas habilidades han quedado obsoletas para el desempeño del trabajo, cuando su puesto sea objeto de un proceso de automatización. Tal previsión incluye a trabajadores que no conseguido realizar el esfuerzo de adaptación a la demanda tecnológica, bien por no haber tenido la oportunidad, o bien porque no han sido capaces de asumir el reto tecnológico, ya sea por la dificultad que entraña, o bien, por la propia incapacidad de adaptación a la digitalización de la economía.

Esta misma idea ha sido también sugerida por el Parlamento Europeo en la Resolución con recomendaciones aprobada el 16 de febrero de 2017¹²⁷, en la que se incluye una serie de recomendaciones a la Comisión, relativas a normas de Derecho civil sobre robótica¹²⁸. En ellas, se contempla, no solo la conveniencia de reconocer una renta básica universal a este colectivo, sino que además ofrece distintos ámbitos de mejora en las relaciones laborales. En concreto, centrándonos en el ámbito del Derecho del Trabajo, el

¹²⁵ Si durante la celebración en 2018 de la reunión del Foro Económico Mundial la protagonista fue la IA y su efecto en el mercado laboral, en el evento celebrado en 2019 en Davos se han abordado otros aspectos como la confianza digital, previsiones estratégicas de la economía digital o los mercados emergentes digitales y la necesidad de desarrollar un modelo de digitalización digital inclusiva.

¹²⁶ En defensa de la renta universal se han manifestado distintos responsables de la industria tecnológica entre los que se encuentran, Bill Gates, co-fundador de Microsoft, Elon Musk, director de Tesla, Mark Zuckerberg, fundador de Facebook, así como el expresidente estadounidense Obama.

¹²⁷ La Resolución del Parlamento, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, (2015/2103 INL) atiende a los informes de informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y las opiniones de la Comisión de Transportes y Turismo, de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, de la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria, de la Comisión de Industria, Investigación y Energía, y de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html [consulta: 3 julio 2018]

¹²⁸ La IFR estima que para el año 2020, se habrán instalado más de 3 millones de robots industriales, definidos como máquinas de manipulación multifuncionales, automáticas y reprogramables, que pueden ejecutar distintos tipos de trabajos en las diferentes etapas de la producción industrial.

legislador europeo avanza un grupo de líneas de trabajo, sobre las que conviene adaptar la normativa a los cambios tecnológicos. Junto a lo cual, concreta una serie de principios generales sobre los que debe girar el desarrollo de la robótica y la IA. De los cuales, interesa advertir al lector sobre los siguientes aspectos:

En primer lugar, se parte del expreso reconocimiento del valor de garantizar el “flujo de datos”, para alcanzar el correcto desarrollo de la economía digital, de la robótica y de la IA. Sin embargo, recomienda, a la Comisión y a los Estados miembros, que velen por que la legislación civil en el sector de la robótica se ajuste al RGPD, y concretamente a los principios de necesidad y proporcionalidad. Motivo por el cual, recomienda la creación de mecanismos transparentes de control preventivo, para minimizar la obtención de datos y la limitar su finalidad¹²⁹.

Unido a lo cual, considera indispensable garantizar la seguridad de los sistemas, para la adecuada utilización de la robótica y la IA (incluidos sus sistemas internos de datos y flujos de datos). Por lo cual, el Parlamento europeo recomienda que se apoye e incentive el desarrollo de la tecnología necesaria que garantice tal seguridad. Adicionalmente a ello conmina a fortalecer también la seguridad en las redes de robots y sistemas de IA interconectados, impulsando productos seguros, fiables y que cumplan su función, sin producir vulneraciones sistemáticas de los derechos de los ciudadanos en general (y de los trabajadores en particular)¹³⁰. Debe llamarse la atención del lector sobre que en el punto 59 de la citada Resolución, el parlamento insta a la Comisión a que explore, analice y considere las implicaciones de la creación a largo plazo de una personalidad jurídica “específica” para los robots, de forma que estos puedan ser considerados “personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar”, en singular, en los supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente¹³¹.

¹²⁹ Vid las recomendaciones reflejadas en los Párrafos 19 y 20 de la Resolución del parlamento europeo, 2015/2103 INL.

¹³⁰ Vid apartado núm. 21 de la Resolución del Parlamento europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103, INL).

¹³¹ En la recomendación número 59 de la Resolución de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103, INL), el Parlamento pide a la Comisión que, “cuando realice una evaluación de impacto de su futuro instrumento legislativo, explore, analice y considere las implicaciones de todas las posibles soluciones jurídicas, tales como:

a) establecer un régimen de seguro obligatorio en los casos en que sea pertinente y necesario para categorías específicas de robots, similar al existente para los automóviles, en el que los fabricantes o los propietarios de robots estarían obligados a suscribir un contrato de seguro por los posibles daños y perjuicios causados por sus robots.

b) establecer un fondo de compensación que no solo garantice la reparación de los daños o perjuicios causados por un robot ante la ausencia de un seguro;

Como no podía ser de otra manera, la Resolución también alude dentro de los principios éticos que deben ser atendidos, el derecho a la protección de la vida privada, y a la protección de los datos personales, consagrados en los art. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), y art. 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), remarcando el Parlamento la aplicabilidad de los derechos de intimidad y protección de datos a todos los ámbitos de la robótica, e incidiendo en el deber de garantizar estos derechos desde la fase inicial de cualquier diseño tecnológico.

Y en lo que a políticas sociales en materia de educación y empleo se refiere, el Parlamento europeo apuesta por su impulso, al elevar a 825.000 personas, la estimación de demanda de profesionales (solo en Europa y hasta el año 2020), que cuenten con capacidades digitales. Junto a ello, fija en el 90 %, el volumen de los puestos de trabajo existentes que van a requerir al menos unas capacidades digitales básicas. Motivos por los cuales, resulta de gran trascendencia el plan de trabajo que acometa la Comisión, para revisar el marco de competencias digitales. De hecho, como ya se ha anunciado, la planificación ha de prestar una especial atención a las mujeres, con el fin de mejorar su capacitación. Si bien, por otra parte, debe profundizarse en el análisis de los descriptores de tales competencias para todos los niveles de aprendizaje. Lo que implicaría contar con sistemas de formación y educación más flexibles que los que disponemos en la actualidad, si se pretende garantizar que las estrategias relativas al desarrollo de las capacidades se ajusten a las necesidades de la economía digital y, como no, a la economía de los robots¹³².

c) permitir que el fabricante, el programador, el propietario o el usuario puedan beneficiarse de un régimen de responsabilidad limitada si contribuyen a un fondo de compensación o bien si suscriben conjuntamente un seguro que garantice la compensación de daños o perjuicios causados por un robot;

d) decidir si conviene crear un fondo general para todos los robots autónomos inteligentes o crear un fondo individual para cada categoría de robot, así como la elección entre un canon único al introducir el robot en el mercado o pagos periódicos durante la vida del robot;

e) crear un número de matrícula individual que figure en un registro específico de la Unión que asegure la asociación entre el robot y el fondo del que depende y que permita que cualquier persona que interactúe con el robot esté al corriente de la naturaleza del fondo, los límites de su responsabilidad en caso de daños materiales, los nombres y las funciones de los participantes y otros datos pertinentes;

f) crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente.”

¹³² Vid para más detalle los Párrafos 41 a 45 de la citada resolución del parlamento europeo. Además, téngase en cuenta que el Gobierno de España incluye, en el plan de choque por el empleo joven, dentro de sus objetivos la promoción de las nuevas oportunidades laborales que ofrecen la economía digital y las distintas fórmulas de la economía de las plataformas digitales. (BOE núm. 296, de 8 de diciembre de 2018).

En particular, respecto al empleo, el Parlamento europeo reconoce la conveniencia de analizar y supervisar la evolución del impacto sobre el empleo a medio y largo plazo. De manera que se pueda conocer donde se crean puestos de trabajo (y donde se pierden) a consecuencia de la utilización de la IA, lo que incluye conocer donde se focaliza el riesgo de deslocalización. Y todo ello con el objetivo de poder diseñar estrategias de empleo preventivas, que adecuen la oferta de trabajo a la demanda real, cuestión que exige, además de inmediatez suficiente en la toma de decisiones, fortalecer la formación en competencias y habilidades sociales, creativas y digitales de los trabajadores, integrando los conocimientos tecnológicos en todos los currículos, para que los trabajadores dispongan de recursos suficientes antes de acceder al mercado de trabajo. Momento a partir del cual, habrán de continuar especializándose a lo largo de toda la vida laboral.

En este escenario, la Resolución del Parlamento europeo también propone la necesidad de preservar uno de los pilares básicos del Estado del bienestar en Europa, concretamente la viabilidad de los sistemas de seguridad social en los Estados miembros¹³³. Es conveniente recordar que, el vigente modelo europeo, desde sus orígenes, ha respondido a un esfuerzo por garantizar la sociedad del bienestar. De manera que desde los inicios del ambicioso programa de reformas sociales impulsado por Bismark en el año 1884, y posteriormente la transformación del plan Beveridge de los seguros sociales en un sistema unitario e ilusionante de protección social¹³⁴, tales políticas socio-laborales terminaron extendiéndose a escala mundial, a través de la Declaración de Derechos Humanos de 1948. Debiendo a tal iniciativa que, actualmente, podamos afirmar que la protección social se encuentra fuertemente imbricada en las raíces de la UE. Sin embargo, no debe olvidarse un factor determinante, como es el hecho de que en España la esperanza de vida ha aumentado sustancialmente en las últimas

Asimismo, en el Plan Reincorpora-t, se acuerda en la vigésimo primera de sus medidas la formación en competencias digitales. Acción que pretende mejorar la empleabilidad de los parados de Larga Duración. Fijándose el objetivo en que al menos un 10% de este colectivo mejore su empleabilidad tras la adquisición de competencias digitales, y que un 15% lo consiga mediante la mejora de sus competencias básicas, obteniendo, al menos, un certificado profesional de Nivel 1.

¹³³ Vid apartado núm. 44 de la Resolución de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103, INL), en el que se destaca la importancia que reviste la previsión de los cambios sociales, habida cuenta de los efectos que podrían tener el desarrollo y la implantación de la robótica y la inteligencia artificial. Motivo por el que pide a la Comisión que analice los diferentes posibles escenarios y sus consecuencias para la viabilidad de los sistemas de seguridad social en los Estados miembros.

¹³⁴ Los documentos de 1941 "Social Insurance and Allied Services" y de 1944, "Full Employment in a Free Society", inspirados, por un lado, en la necesidad de no abandonar a su suerte a un sector de la población en situación de exclusión, así como de ofrecer tanto ayuda económica para subsistir, como asistencia sanitaria gratuita. Por otro lado, perseguía garantizar a los asalariados unas rentas de sustitución de las rentas de trabajo, frente determinadas contingencias.

décadas. Concretamente, si en 1965 se encuentra en la edad de 70,8 años, en 1975, en pleno proceso de transición hacia la democracia, se concreta en 73,3 años, para pasar a elevarse a los 82,83 años en la actualidad¹³⁵. Con lo cual resulta muy acertado, a mi juicio, que el diseño del modelo europeo de economía digital se base en el respeto del Estado del bienestar, para lo que es preciso contar con administraciones equilibradas y sostenibles, con crecimiento económico y cotización suficiente al sistema de la Seguridad Social.

En línea con lo expuesto, resulta imprescindible predecir adecuadamente los posibles escenarios de gradación de la digitalización de la economía y sus consecuencias. Por cuanto es preciso abordar de forma adecuada los cambios sociales derivados del desarrollo e implantación de las tecnologías, y expresamente de la robótica y la IA, acometiendo un debate integrador sobre los nuevos modelos de empleo.

Coinciden en estas conclusiones, tanto el Parlamento Europeo, como distintos expertos¹³⁶, a la hora de vincular el desarrollo de la economía digital al Estado del bienestar, y paralelamente a la sostenibilidad del sistema tributario y social. Si bien parece claro que es preciso disponer, como punto de partida, de financiación suficiente para el desarrollo de políticas públicas adecuadas. Además, resulta imprescindible también, acometer los ajustes necesarios en el marco jurídico, para dar encaje a las nuevas formas de trabajo basadas en las TIC. Dado que, solo así será posible dar una respuesta reequilibradora a determinadas formulas precarias de prestación de trabajo, así como a la planificación de la renta básica mínima mencionada. Aspectos, todos ellos, indispensables para poder ofrecer soluciones viables para aquel sector de la población que pase a situarse en riesgo de exclusión digital. Sin embargo, paralelamente, también sería conveniente realizar esfuerzos en inversión en políticas activas, mediante las cuales reducir, al máximo posible, el número de trabajadores que puedan verse desplazados del mercado de trabajo, por la falta de conocimientos digitales, o por su inadaptación al cambio social y tecnológico. Y es que, a largo plazo, la inversión en políticas activas siempre resultará más rentable y eficiente que el gasto en políticas pasivas.

¹³⁵ Solo por detrás de países como Japón, Hong Kong, Macao y Suiza, según datos del Banco Mundial. Disponible en: https://datos.bancomundial.org/indicador/sp.dyn.le00.in?most_recent_value_desc=true

¹³⁶ En este sentido se expresan las conclusiones del World Economic Forum celebrado en Davos, en enero de 2017.

1.6.2 La humanización de la tecnología: IA y robótica vs. Siniestralidad laboral.

Adicionalmente a las propuestas del Parlamento Europeo, incluida su Resolución de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica¹³⁷ o del Foro Mundial, conviene también reparar en el potencial que ofrece la IA y la robótica en la reducción de la siniestralidad laboral. Lo que nos lleva a considerar que las TIC constituyen una herramienta a explorar, dado que la introducción de robots en el proceso de trabajo permitiría mejorar la seguridad en el entorno laboral¹³⁸. De tal manera, podrían asumir, progresivamente, las tareas más peligrosas y con más riesgo para la salud, que actualmente están desempeñando los seres humanos. Sin duda, poner el foco en la prevención de riesgos laborales, la seguridad y la salud laboral constituye otro de los grandes retos de futuro de las TIC.

Y es que resulta claro que, una nueva organización de trabajo exige también planificación y prevención frente a los nuevos riesgos laborales, como consecuencia de la interacción en el puesto de trabajo entre los seres humanos y los robots. Y por ello esta interacción deberá garantizar la seguridad intrínseca (también denominada “riesgo cero”), para que un robot nunca comporte riesgos para el trabajador con el que comparte espacio en el centro de trabajo.

En conclusión, los nuevos diseños de organización de trabajo con integración de robots se enfrentan a desafíos técnicos (la seguridad, o reducir la siniestralidad), además del reto de mejorar la competitividad. Pero también afronta otras demandas de carácter no técnico referidas a la necesidad de humanizar la tecnología. Lo que también requiere formación y equipos multidisciplinares para que las tecnologías den respuesta a las necesidades actuales de los trabajadores, atendiendo a aspectos éticos, sociales, legales, e incluso económicos. En esta misma línea se muestra el Dictamen exploratorio del Comité Económico y Social Europeo *“Asignación y desarrollo de capacidades, incluidas competencias digitales, en el contexto de las nuevas formas de trabajo: nuevas políticas y evolución de los papeles y responsabilidades”*, de 20 de septiembre de 2017 (apartado 4.6).

¹³⁷ La Resolución del Parlamento Europeo sugiere que la integración cada vez mayor de la robótica en los sistemas humanos requiere una fuerte orientación normativa dirigida a maximizar las ventajas y de reducir los riesgos para la sociedad, así como a garantizar un desarrollo seguro y equitativo de la IA, considerando que la IA y la robótica deben desarrollarse y desplegarse siguiendo un enfoque centrado en el ser humano, con el fin de apoyar a las personas en su trabajo y en su hogar; además de para evitar que las personas tengan que realizar trabajos peligrosos. Disponible en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2019-0081+0+DOC+XML+V0//ES> [consulta: 09 marzo 2019]

¹³⁸ Ya lo avanza, MERCADER UGUINA, J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, (cit. supra, notas núm. 9 y 20), Pág. 224.

Con lo cual, la disciplina del Derecho del Trabajo debería asumir la responsabilidad de dar respuesta a la demanda de un nuevo marco de relaciones laborales, caracterizado por ser radicalmente distinto al que existía en el año 1980, fecha en la que se aprueba el ET. Y ello porque la tecnología disruptiva ha dado paso a la economía digital del siglo XXI, caracterizada por ofrecer un mercado brutalmente competitivo y, sin embargo, plagado de grandes oportunidades. En definitiva, habrá que sentar las bases del nuevo entorno productivo, marcado por la revolución tecnológica global, que afecta a todos los países, empresas y trabajadores. Con lo cual, la solución jurídica que se acuerde para nuestro país debería impedir que se produzca una brecha entre empresas y empleados preparados y no aptos para competir. Y junto a ello, además, el marco jurídico cuenta con la responsabilidad de garantizar de forma efectiva el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores como ciudadanos de un Estado social y democrático de derecho¹³⁹.

1.7 El derecho de conexión, desconexión y el IoT

La automatización e información en la sociedad tecnológica arroja, año tras año, unas cifras sobre el número de usuarios que accede a Internet, que no dejan de crecer. Se estima que el fenómeno denominado Internet de las cosas (IoT)¹⁴⁰, definido como la interconexión virtual de dispositivos inteligentes, permitirá que en el año 2020 más de 20.400 millones de dispositivos estén interconectados en todo el mundo y 25.000 millones en el año 2025¹⁴¹. Este hecho constituye una pieza clave en la transformación digital en las relaciones laborales. Como si del efecto dominó se tratase, otro de los ámbitos que se ha visto más afectado por este fenómeno se centra en las cadenas de suministro. Tal transformación impacta directamente en el proceso de elaboración del producto, movilizándolo a través de la gestión de almacenes interconectados. A lo cual hay que añadir un nivel o capa de servicios adicionales, diferenciándolo de los sistemas tradicionales de producción, consistente en la aplicación del transporte inteligente. Finalmente, estos

¹³⁹ Sintetiza el debate de un sector de la doctrina científica entre los partidarios y detractores del fin del trabajo asalariado del siglo XX, MOLINA NAVARRETE, C., "Esencia" y "existencia" de las relaciones de trabajo y de su derecho en la "era digital": ¿y si el "futuro" estuviera en "lo clásico"? : Al maestro J. Vida Soria, "in memoriam", RTSS, CEF, Núm. 432, 2019, Pág. 6-7.

¹⁴⁰ IoT (por sus siglas en inglés, Internet of Things, Internet de las cosas) se refiere a una interconexión digital de objetos cotidianos a través de internet, de manera que, a través de sensores, los objetos de la vida cotidiana se identifican y gestionan por otros equipos, en lugar de hacerse a través de los seres humanos.

¹⁴¹ Vid informe GSMA "The Mobile Economy 2019, que prevé unas cifras de conexiones en el IoT que alcanzarán los 25.000 millones de conexiones para el año 2025. (cit. supra, nota núm. 4) Pág. 11.

cambios culminan con la reorganización de los procesos, mediante la introducción de Plataformas virtuales¹⁴².

Centrándonos en el mundo del derecho laboral, el IoT¹⁴³ permite el control inteligente de la empresa, además de la optimización de sus activos. Lo que facilita, de forma simultánea, un control empresarial, a tiempo real, sobre los dispositivos que utilizan los trabajadores, y sobre sus datos. En tal sentido, si bien es cierto que este avance permite mejorar la eficiencia de las empresas, al reducir los tiempos de procesamiento, y con ello, los costes de administración, no debemos olvidar la necesidad de establecer filtros que garanticen un adecuado tiempo de descanso para los trabajadores y su intimidad. Y ello porque la dificultad de poner coto al IoT está dando lugar a formas de autoorganización del trabajo, en las que el trabajador autónomo, convencido de ser su propio jefe, desempeña funciones de “semi-esclavitud”. Lo que ha elevado el número de enfermedades laborales neuronales como el estrés, el síndrome *burn out* o la depresión. En tales casos, el trabajador, como señala BYUNG-CHUL HAN, corre el riesgo de convertirse en un “*animal laborans* que se explota a sí mismo”, en la creencia de ser dueño y soberano de sí mismo, haciendo que la libre obligación maximice el rendimiento¹⁴⁴.

Es por ello por lo que emerge la necesidad de proteger los derechos vinculados a la seguridad y salud del trabajador frente a los riesgos que la tecnología provoca. Conforme a lo cual, el derecho al uso de las tecnologías precisa llevar implícita la facultad de desconexión digital del trabajador fuera de la jornada, de forma que se garantice su derecho al descanso, en atención a la protección de su salud. De tal manera, el ordenamiento debería impedir, expresamente, la posibilidad de que el empresario aplicase algún tipo de sanción, en caso de hacer uso del derecho a desconectar, o por no atender en situación de alerta permanente las comunicaciones virtuales en el formato denominado “24 x 365”¹⁴⁵. Lo que incluiría también la prohibición de adoptar otras

¹⁴² Vid el informe del World Economic Forum de octubre de 2017, *Impact of the Fourth Industrial Revolution on Supply Chains*, (*Impacto de la Cuarta Revolución industrial en las cadenas de suministro*). Pág. 5. Disponible en:

http://www3.weforum.org/docs/WEF_Impact_of_the_Fourth_Industrial_Revolution_on_Supply_Chains_.pdf [consulta: 14 julio 2018]

¹⁴³ Al respecto, DEL REY GUANTER, S. *Internet of things y su impacto en los Recursos Humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales*, Proyecto *TECHNOS*, Madrid, La Ley, 2017.

¹⁴⁴ Vid sobre el Síndrome de desgaste ocupacional que se padece en la actual “sociedad de rendimiento” producido por el dopaje cerebral orientado a la mejora laboral, en un modelo de trabajo en el que la autoexigencia del individuo supera los niveles de explotación tradicional de los orígenes de las relaciones de trabajo en la industrialización, HAN, B, *la sociedad del cansancio*, Herder, Barcelona, 2012.

¹⁴⁵ En alusión a las 24 horas al día y los 365 días del año.

medidas en perjuicio del trabajador, tales como la limitación de la promoción profesional, u otras represalias en el ámbito laboral. Al mismo tiempo, el ordenamiento debería ocuparse de incardinar de forma adecuada las nuevas formas de trabajo, en previsión de futuras contingencias¹⁴⁶, evitando como señala MOLINA NAVARRETE reductivos debates en torno al régimen de las relaciones laborales en la economía de las plataformas¹⁴⁷.

Lo cierto es que ha habido que esperar hasta diciembre del año 2018 para que el “Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral” se reconozca, expresamente, por primera vez en España, para trabajadores por cuenta ajena y empleados de las administraciones públicas. Tal previsión se contiene en el art 88 LOPDPyGDD, con rango de ley ordinaria¹⁴⁸, como garantía del derecho al descanso y de su intimidad personal y familiar. De manera que el presupuesto que hace nacer tal derecho reside en la protección de la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar, conforme a lo que pueda establecerse en la “política interna de la empresa” acordada con la representación de los trabajadores, o en la negociación colectiva. En este sentido, la norma cumple con una misión protectora especial para el trabajo, realizado total o parcialmente a distancia, a través del uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Sin embargo, de lo exiguo de la redacción se desprende una evidente necesidad de desarrollo, en especial para concretar las consecuencias del incumplimiento de tal derecho.

En este caso, a pesar de la criticable técnica legislativa utilizada, que remite el reconocimiento del derecho a una situación futura, *“Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital”*, que, condiciona a la elaboración de la política interna por parte de la empresa, no se puede negar su aportación al marco jurídico, al haberse reconocido por primera vez en el ordenamiento español el derecho a la desconexión, ampliándose así la exigua regulación preexistente sobre el derecho de acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad¹⁴⁹. La realidad demanda, por ende, ante la parca referencia constitucional del apartado 4 del art. 18 de la CE, con relación al uso de la informática (para cuya regulación existe reserva de ley) que se protejan los derechos fundamentales.

¹⁴⁶ Al respecto VILA TIerno, F. "Emprendimiento y trabajo autónomo como formas de huida del estándar de trabajo decente", RTSS, CEF, Núm. 421, 2018, Pág. 73-74

¹⁴⁷ MOLINA NAVARRETE, C., "Esencia" y "existencia" de las relaciones de trabajo y de su derecho en la "era digital" "¿y si el "futuro" estuviera en "lo clásico"? : Al maestro J. Vida Soria, "in memoriam"", RTSS, CEF, Núm. 432, 2019, Pág. 9 (cit. supra, nota núm. 139)

¹⁴⁸ Vid Disposición final primera sobre la naturaleza de la LOPDPyGDD, en la que se determina entre los preceptos de la Ley Orgánica que tienen carácter de ley ordinaria, se encuentran los Art. 79, 80, 81, 82, 88, 95, 96 y 97 del Título X.

¹⁴⁹ La regulación se incluyó en el art. 3 del Real Decreto Ley 726/2011, por el que se modifica la Ley de Telecomunicaciones por trasposición del bloque de directivas comunitarias

Sin embargo, aun considerando escaso y confuso, el Título X de la nueva Ley de protección de datos, no se puede negar que supone un primer paso en la adaptación de la regulación laboral.

Conviene asimismo resaltar que, de lo que se desprende de la LOPDPyGDD, finalmente el legislador español se ha decantado por vincular el derecho de desconexión digital con la histórica conquista de la limitación de la jornada laboral, y el derecho al descanso. Conforme a lo cual se afirma que trabajadores y empleados públicos tendrán 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 familiar”*. Designándose para el desarrollo de la implantación del derecho a la desconexión dos instrumentos jurídicos, que convivirán y deberán coordinarse, como son la negociación colectiva y la *“política interna de la empresa”*, a lo que ha de unirse la reforma realizada por el RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, por la que se modifica el artículo 34 ET, añadiendo un nuevo apartado 9 ¹⁵⁰.

A partir de ahí, inicialmente, el art. 88 LOPDPyGDD opta por encauzar a través de la negociación colectiva (o de los acuerdos de empresa) el procedimiento para ejercer el derecho a la desconexión, atendiendo a aspectos como la naturaleza y el objeto de la relación laboral. Sin embargo, seguidamente enmarca el ejercicio del derecho dentro del objetivo de potenciar, a través de la negociación colectiva, el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar.

Sin embargo, al margen de atribuir inicialmente a la negociación colectiva la concreción del procedimiento para ejercer el derecho a la desconexión, (*“Las modalidades de ejercicio de este derecho 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”*), posteriormente, de forma contradictoria (*“El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión”* -

¹⁵⁰ El nuevo párrafo 9 del art. 34 ET determina que: *“La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada. La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.”*

apartado 3 del art. 88 LOPDPyGDD) se atribuye al empleador la obligación de elaborar su propia política interna de utilización de las herramientas tecnológicas. A este respecto, debe advertirse que la política interna de la empresa extiende sus efectos no solo a los tradicionales destinatarios de un convenio colectivo (trabajadores), sino también a los que ocupen puestos directivos, normalmente excluidos del ámbito de la negociación colectiva laboral.

Además, tal instrumento jurídico, debe incluir un contenido mínimo, que abarca: a) el procedimiento para ejercer el derecho; b) la prevención de riesgos laborales, exigiendo detallar fórmulas de formación y sensibilización; y c) la concreción del concepto jurídico indeterminado de “uso razonable” de las herramientas tecnológicas, mediante el cual, se pretende evitar el riesgo de fatiga informática. Debiendo señalar que, a diferencia de los acuerdos adoptados mediante la negociación colectiva, que deben ser negociados con la activa participación de la representación de los trabajadores, atendiendo al principio de la buena fe, la política interna de la empresa, no se negocia con la representación de los trabajadores, quedando limitado en tal caso, el derecho de los representantes laborales a su audiencia previa a la decisión empresarial.

Finalmente, la norma exige garantizar, de forma singular, los derechos laborales al colectivo de empleados que prestan sus servicios mediante teletrabajo (ya se trate de realización total o parcial del trabajo a distancia). Con lo que la política interna de empresa deberá preservar, igualmente, el derecho a la desconexión digital de tales trabajadores.

De esta manera, se inicia por primera vez en España el camino hacia la configuración del derecho a la desconexión digital. Lo que constituye un elemento clave para reducir los efectos de la hiperconectividad que provoca internet, en general, y las redes sociales, o sistemas de mensajería instantánea, en particular. Son muchas las voces de profesionales que alertan de la multiplicación de entornos de conexión permanente a la información. Llegándose a afirmar por la doctrina laboral que los escenarios de “infoxicación y contaminación tecnológica”¹⁵¹ a nivel funcional, locativo y en el medio ambiente laboral, justifican la regulación de la desconexión. Así se avanza en el informe del principal operador de internet en nuestro país, *La Sociedad de la Información en España 2017*, según el cual, los últimos datos registrados muestran una realidad en la que cada vez más

¹⁵¹ ALEMÁN PÁEZ, F., “El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail Núm. 2016-1088”” Pág. 16-17

usuarios se conectan a internet¹⁵², haciendo imparable la implantación del IoT en la economía digital nacional.

Téngase en cuenta además que, como también ha señalado la doctrina, *“una cosa es reconocer un derecho y disponer garantías, y otra cosa es contar con políticas eficaces que lo hagan efectivo, protegiéndolo no ya solo de los incumplimientos consumados, sino cuando apenas es un riesgo de incumplimiento”*¹⁵³. Motivo por el cual, desde mi punto de vista, el desarrollo que se haga del ejercicio del derecho individual a la desconexión debe partir de la consideración de internet como medio para la prestación de un trabajo. Entre tanto, adicionalmente a lo expuesto, a través del art. 91 de la LOPDPyGDD, se viene a reforzar la negociación colectiva como vía para regular garantías adicionales de los derechos y libertades, relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral.

¹⁵² Las cifras del informe reflejan un incremento de 4 puntos respecto a 2016, del conjunto de usuarios de Internet, de los que el 81,5% se conecta a diario, (cerca de 24 millones de personas), el 64% de la población de esta franja de población de edades comprendidas entre los dieciséis y los setenta y cuatro años. Junto a ello, el 94,5% son usuarios frecuentes, lo que supone 27,5 millones de personas, que representan al 80% de la población de edades comprendidas entre los dieciséis y los setenta y cuatro años. Destaca también el estudio el nivel educativo como determinante de la brecha digital, de forma que estadísticamente, las personas sin estudios son las que menos utilizan Internet (26%), 10 puntos más que en 2016, mientras que acceden casi la totalidad de los individuos con estudios superiores (99,4%).

¹⁵³ VALLECILLO GAMEZ, M.R., “El derecho a la desconexión digital: ¿Novedad digital o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?” Revista Trabajo y Seguridad Social, Núm. 408, 2017, Pág. 175.

2 LAS TIC EN EL SISTEMA DE FUENTES.

2.1 Implicaciones constitucionales de las tecnologías en el trabajo.

Cuatro décadas de constitucionalización del Derecho del Trabajo han arraigado con profundidad en el sistema jurídico español. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha definido la Constitución como *“un marco de coincidencias lo suficientemente amplio como para permitir el diálogo y el desarrollo dinámico de la sociedad y lo suficientemente flexible como para evitar su petrificación”*¹⁵⁴. Siendo este el motivo por lo que se afirma que la CE desempeña un papel de primer orden, al tratarse de una norma efectiva directamente invocable ante los tribunales, que, por su carácter de norma suprema, y en aplicación del principio de jerarquía normativa, condiciona la validez del resto de normas.

El texto fundamental dispensa, en sus distintos bloques, un tratamiento privilegiado y detallado al trabajo por cuenta ajena. De hecho, de entre los distintos derechos laborales, el constituyente ha reflejado entre sus preceptos diferentes niveles de protección y garantías de efectividad, abarcando derechos fundamentales, derechos simplemente constitucionales, así como principios rectores de la política social y económica. Con lo que, precisamente, su ambigua redacción ha permitido una flexible interpretación del texto constitucional a lo largo de este tiempo, que ha facilitado, en numerosas ocasiones, su adaptación a la evolución de las relaciones laborales, de la sociedad y de la economía.

2.1.1 La tecnología en la vertiente individual y colectiva del Derecho del Trabajo

Atendiendo a estos niveles de reconocimiento constitucional, la disciplina laboral distingue dos grandes órdenes de imputación normativa. El primero de ellos abarca el derecho individual del trabajo, centrado en los derechos y obligaciones del empleado, que como se verá a lo largo de esta tesis, se ve afectado especialmente por la integración de las TIC. Junto a lo cual, el derecho colectivo, tampoco queda al margen de los grandes cambios tecnológicos, quedando afectados determinados derechos como la huelga, la libertad sindical o la negociación colectiva.

¹⁵⁴ Vid la STC 11/1981, de 8 de Abril, extensamente comentada por la doctrina laboralista, que pasa por el tamiz constitucional el RDLRT. Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/11#complete_resolucion&completa [consulta: 18 marzo 2016]

En este sentido, la transversalidad de las TIC en las relaciones laborales y la aplicación de los derechos constitucionales plantean distintos retos. De tal manera, queda comprendida la consolidación del empleo respecto a los puestos de trabajo existentes, mereciendo además ser protegidos, de forma efectiva, los derechos fundamentales del trabajador. Y junto a ello, es preciso asumir el reto social de la mejor transformación para adaptar los recursos humanos a las demandas tecnológicas, evitando la adopción de medidas dirigidas a la regulación de empleo, y compensando de forma adecuada el esfuerzo realizado por el trabajador en su adaptación a los cambios tecnológicos en la negociación colectiva, conforme a la mayor competitividad que ofrecen las tecnologías.

Partiendo del régimen constitucional aplicable, a lo largo de los distintos preceptos se arbitran distintas fórmulas, que permiten garantizar la efectividad de los diferentes derechos y libertades laborales¹⁵⁵. De entre ellos, cobran especial relevancia el tratamiento de los derechos fundamentales. Los cuales han sido objeto de interpretación jurídica por la jurisdicción social, así como, especialmente por el TC, cuya doctrina ha ido evolucionando y adaptándose, en ocasiones con singulares avances y en otros momentos con claros retrocesos. Lo que se ha traducido en una oscilante doctrina desde posiciones interpretativas de mayor blindaje de los derechos fundamentales de los trabajadores a otras de mayor liberalidad en los límites de la utilización de las TIC. Por lo demás, ha sido la doctrina constitucional la que ha venido abordando, a falta de regulación expresa, la interpretación de los efectos de las TIC y los requisitos generales y restricciones a las facultades de control del empresario, exigiendo la protocolización de procedimientos y el establecimiento de cautelas para acceder legítimamente a las herramientas informáticas puestas a disposición del empleado.

Junto a la interpretación de los derechos individuales del trabajador en una economía digital, destaca también el tratamiento constitucional del uso de las TIC por las organizaciones sindicales y empresariales. En efecto, como puede apreciarse del análisis de la CE, ésta enuncia y positiviza en su parte programática valores y principios constitucionales, que determinan las líneas maestras del sistema constitucional español, en el que encuentran un especial tales instituciones, como actores principales del

¹⁵⁵ Recuerda los orígenes de la ampliación de los contenidos de las Constituciones, a lo largo del siglo XX, con una amplia y extensa parte dogmática que abarcaba todas las facetas de la vida humana, condicionando el sistema político y a la sociedad civil. Es en el inicio de este proceso de la constitucionalización del Derecho del Trabajo, cuando se inicia una nueva fase de la evolución histórica del Derecho del Trabajo, destacando el hito que supuso la Constitución de Weimar. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., en "Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo", Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, 1996; Núm.: 1; pág. 107-116.

Derecho del Trabajo. Esta redacción pone de manifiesto, el reconocimiento de la relevancia de las organizaciones que representan a trabajadores y empresarios, al incluirlos en su Título Preliminar, junto a otras instituciones de máximo nivel, como los partidos políticos y a las Fuerzas Armadas. Con lo cual, las citadas organizaciones institucionales quedan obligadas a garantizar la protección de los derechos de sus afiliados y asociados, por la especial materia objetiva que representan, como es la libertad sindical y la libertad de asociación. Respecto a lo cual, debe advertirse que, la digitalización de la economía ha puesto sobre la mesa la necesidad de preservar un tratamiento adecuado de la ingente cantidad de datos sensibles, frente al riesgo de su procesamiento automatizado, por sindicatos y organizaciones empresariales, al afectar a datos de carácter personal.

Por lo demás, la CE recoge en su parte dogmática un detallado elenco de derechos específicamente laborales, destacando entre los derechos fundamentales, la libertad sindical o el derecho a la huelga (art. 28 CE). Advirtiendo que la práctica ha evidenciado las amenazas del tratamiento de ciertos datos almacenados, relativos al ejercicio de estos derechos fundamentales. De forma tal que la gestión de aquella información sensible disponible por el empresario, como los datos de afiliación, en los casos en los que se realice el pago de la cuota sindical a través del procedimiento de descuento en nómina, la relativa a la participación en huelgas, o el ejercicio de acciones judiciales contra el empresario, en ocasiones, ha dado lugar a la elaboración y difusión de las denominadas “listas negras”.

En tal sentido, la facilidad que ofrecen las tecnologías para almacenar datos, su tratamiento y posterior cesión, puede perjudicar notablemente a los trabajadores afiliados. Lo cual exige que el ejercicio del derecho al tratamiento de datos por los sindicatos, asociaciones y empresarios se desempeñe dentro los límites de otros derechos constitucionales de los trabajadores. Por otra parte, la comunicación mantenida con el sindicato a través de programas informáticos, o la información sobre la participación en procesos de elección a representantes de los trabajadores, entre otros, merece también especial atención. De tal manera que, debe ser objeto de especial tutela el tratamiento de la información a la que tiene acceso el sindicato, tal y como se detallará más adelante en el capítulo relativo a la protección datos de carácter personal.

Por este motivo, dedicamos, en este trabajo de tesis doctoral, un capítulo específico a la protección de datos que, no olvidemos, cuenta con la máxima protección constitucional, al estar ubicado en la Sección 1ª del Capítulo II, del Título I de la CE. Téngase en cuenta, no obstante, que no se trata del único derecho fundamental que podría encontrarse afectado por el uso de las tecnologías, sino que, en la esfera de su ejercicio concurre con

otros derechos, como la intimidad personal y familiar, el derecho a las comunicaciones o el derecho al honor de los sujetos implicados en el derecho laboral.

Abundado en la vertiente colectiva de los derechos constitucionales, las TIC penetran en otros ámbitos que merecen igualmente ser protegidos. Tal es el caso del ejercicio de la libertad sindical, así como del derecho de huelga. Encontrando ejemplos de la necesaria tutela aquellos procedimientos de recopilación y tratamiento de la información vinculada a la huelga o a la libertad sindical. Ya que, en tales casos, se deberá responder a unos requisitos especiales, de forma que sea posible garantizar que tal información no va a ser utilizada para realizar actos discriminatorios, en perjuicio del trabajador.

Con lo cual, no solo los derechos fundamentales específicos también merecen protección, al encontrarse afectados por el impacto tecnológico, sino que también han de serlo los derechos laborales inespecíficos¹⁵⁶. En cuyo caso los derechos de los ciudadanos también han de ser aplicados al trabajador en el marco de la relación laboral. Tal es el caso del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁵⁷, a la intimidad personal, la protección de datos, la libertad de expresión o cualquier otro derecho fundamental de los ciudadanos que resulte de aplicación en el marco de las relaciones laborales. Repárese que, en este nuevo contexto, surge también el debate sobre los límites de la libertad de expresión de los trabajadores a través de instrumentos tecnológicos como redes sociales o el correo electrónico¹⁵⁸. Siendo que la doctrina judicial viene reconociendo

¹⁵⁶ Para un mayor detalle de la clasificación de los derechos laborales específicos e inespecíficos Vid PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos” en *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ed. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Pág. 230 y ss.

¹⁵⁷ Vid la Resolución de la Agencia de Protección de datos, de 15/03/2018, sobre incidente sufrido por la aplicación LexNET, la plataforma de intercambio seguro de información entre los órganos judiciales y múltiples operadores jurídicos, para intercambiar documentos judiciales. La intervención de la AEPD se produjo como consecuencia de la denuncia por un fallo en la aplicación que afectó al buzón de correo de los usuarios. El defecto de seguridad permitía acceder al buzón de cualquier usuario, simplemente modificando deliberadamente los dígitos de identificación en la dirección URL del navegador. Así según consta en el hecho probado decimotercero, que el acceso a un buzón ajeno permitía realizar acciones como las siguientes: “a) Acceder a las notificaciones practicadas, traslado de escritos, demandas, notificaciones, partes hospitalarios, etc.; b) También permitía entrar a las notificaciones ya aceptadas, así como a los acuses de recibo de los escritos presentados previamente por el usuario; c) era posible conocer las notificaciones no practicadas en caso de buzones de procuradores. Este fallo ha sido calificado por la AEPD, como una infracción por parte de la Subdirección General de Nuevas Tecnologías de la Justicia, del Ministerio de Justicia, del Art. 9.1 de la LOPD, tipificada como grave en el Art. 44.3.h de la LOPD. Número Sentencia: R/00433/2018 (Núm. Recurso: AP/00066/2017).

¹⁵⁸ Al respecto, PÉREZ REY, J., “Facebook como causa de despido o las difusas fronteras entre lo virtual y lo laboral: Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de enero de 2017, rec. núm. 6712/2016”, RTSS, CEF, Núm. 415, 2017, Págs. 182 y ss.

expresamente la posibilidad de que la empresa puede adoptar las medidas disciplinarias oportunas, aun cuando el trabajador no se encuentre ni en tiempo ni en lugar de trabajo, al indicar que durante el tiempo en el que el empleado se encuentra fuera de jornada laboral, el empleado no dispone de bula absoluta para realizar actuaciones que vayan en perjuicio de la empresa, pues hay que considerar que todas ellas están, de alguna forma, vinculadas a la relación laboral en cuanto redundan directa o indirectamente en la reputación de la empresa¹⁵⁹. Tal circunstancia tampoco implica un reconocimiento ilimitado al derecho de reputación de las empresas, con lo que, habrá de ser a través de la negociación colectiva donde se fijen los códigos de conducta exigidos¹⁶⁰.

Efectivamente, el constituyente español quiso reconocer a estos derechos inespecíficos un especial tratamiento, por lo que se enmarcan, junto al derecho a la libertad sindical, o la huelga, en la sección 1ª, del Título 1, Capítulo II, que lleva por rubrica “*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”. A este respecto, el hecho de simplificar las TIC el acceso a cualquier tipo de información requiere, también, poder detectar posibles amenazas, y adoptar medidas frente a ellas. Encontrándose entre tales peligros, la difusión indiscriminada de información sensible de las personas que integran la relación laboral, posibles contingencias en las aplicaciones almacenadas en la nube, o el temor de difusión incontrolada a destinos no consentidos de información personal, ante fenómenos como el *big data*. Unido a lo cual, emerge una realidad saturadora, consistente en la vertiginosa velocidad de evolución de las comunicaciones, y el incremento de las interrelaciones entre trabajadores y empresas.

Y es que, todas estas reflexiones, obligan a cuestionarse, desde mi punto de vista, hasta qué punto está preservada la privacidad de los trabajadores en la economía digital, y en su caso que medidas deberían abordarse. Es por este motivo por el que consideramos inaplazable el desarrollo de una regulación específica de las normas de utilización de TIC

La Sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca, 74/2018, de 28 de febrero de 2018, Recurso Núm. 531/2017, ECLI: ES:JSO:2018:835, confirma la procedencia del despido producido como consecuencia de los comentarios vertidos en una red social. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/3e4d28b394789c14/20180508>

[consulta: 12 junio 2018]

¹⁵⁹ Al respecto, SERRANO GARCÍA, J.M., “El derecho a la libertad de expresión del trabajador a través de las nuevas tecnologías y el derecho a la reputación de la empresa”, REDT, Núm. 217, (ed dig.), 2019.

¹⁶⁰ Al respecto, la Sentencia de 16 de junio de 2015, dictada por la Gran Sala del TEDH en el caso Delfi As contra Estonia, en el recurso contra la Sentencia de 10 de octubre de 2013, dictada por la Sección primera del TJUE, en el que se confirma la compatibilidad de la facultad de restringir la libertad de expresión, con el CEDH, en caso de comentarios realizados en una web de noticias, cuando se persigue el objetivo legítimo de proteger la reputación y los derechos de los demás. Considerando además responsables de los mismos a los autores reales de los comentarios, así como de la empresa titular de la web, por los daños a la reputación y los derechos de los demás. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155105> [consulta 10 abril 2018]

en el marco de trabajo, de forma que queden garantizados los derechos de los trabajadores. Y si bien es cierto que la LOPDPyGDD ha supuesto un primer paso en el reconocimiento expreso, es preciso un impulso de las garantías adecuadas a través de la negociación colectiva.

De otra parte, ya en un segundo nivel, dentro de la sección 2ª del citado Título 1, Capítulo II, se encuadran los *“Derechos y deberes de los ciudadanos”*, continuando con la doble vertiente deber-derecho al trabajo, prevista en el texto del art. 35 CE. En tal sentido, el modelo de relaciones laborales, que inspiró al legislador del año 1980 para desarrollar el precepto constitucional, se ha visto superado por la realidad tecnológica. Lo que invita a una profunda reflexión sobre la adaptación del marco regulatorio.

En lo que al Derecho del Trabajo afecta, cuestiones como el espacio o el tiempo de trabajo, han sufrido una metamorfosis por las nuevas tendencias de las TIC, y también por los avances en el teletrabajo. Por lo que sería preciso acomodar al ET las novedades aportadas por la economía digital (en desarrollo del art. 35 CE), recogiendo las diferentes opciones que ofrecen las tecnologías, dado que, al tratarse de un ámbito de relaciones recíprocas, en cualquiera de los derechos del trabajador subyace la correspondiente obligación del empresario. Habiéndose constatado que la realidad evidencia formas de trabajar que no encuentran reflejo en el derecho sustantivo, pero que merecen, igualmente, el reconocimiento del respeto a la dignidad, la igualdad, la intimidad, o el derecho a la protección de datos de la persona del trabajador.

Adviértase además a este respecto, que algunos de estos trabajos se enfrentan a un claro riesgo de precariedad en las condiciones pactadas. Es por este motivo por el que algunas modalidades de trabajo, como el *“contrato de cero horas”* (en el que ni empresario está obligado a ofrecer al empleado un número mínimo de horas de trabajo a la semana, ni el trabajador está obligado a aceptar ninguna de las horas ofrecidas), a pesar de carecer de encaje jurídico en el ordenamiento jurídico español, hacen que resulte indispensable contar con una norma que ponga freno a determinadas prácticas, más próximas a sistemas de explotación laboral, que al reto social al que ha de enfrentarse la economía digital. A ello se une la problemática de la difícil detección de trabajos por cuenta ajena comprometidos a través de las plataformas digitales, para los que se debería articular un sistema ágil que facilitase el alta en la Seguridad Social. Lo que contribuiría, de esta manera, al sostenimiento del maltrecho sistema público de pensiones, evitando situaciones de fraude y garantizando la estabilidad del sistema ex art. 41 CE.

2.1.2 El tratamiento de la tecnología en la Constitución Española

Avanzada ya hasta aquí la trascendencia de las tecnologías en la interpretación de los derechos constitucionales de los trabajadores, procede, ahora, aludir a la referencia que, en el apartado 4 del art. 18 de la CE, se hace las tecnologías, donde se determina que *“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”*. De manera que, atendiendo al momento en el que se redacta la CE, parece razonable justificar que, por tan obvias cuestiones temporales, no exista más referencia expresa en la CE, que este precepto. Resulta comprensible, que el constituyente no fuera capaz de predecir, en el año 1.978, la progresión de los cambios tecnológicos que tendrían lugar cuarenta años después de su entrada en vigor.

Sin embargo, es destacable la previsión de la incidencia de la materia, al incluirse una reserva de ley en el precepto, para la regulación posterior del uso de la informática. Sugiriendo, por lo demás, de una lectura integral del precepto en su conjunto, que el constituyente sí que pudo atisbar la interacción de la informática en un futuro con la protección de los derechos fundamentales.

Esta predicción del constituyente paso a convertirse en realidad, a partir del momento en el que se generalizó la utilización de ordenadores en las empresas. Y es que, este hito constituye el momento a partir del cual se inicia la senda hacia la posterior extensión de la conectividad a través de internet, que ha terminado convertido en un fenómeno de masas. En cualquier caso, el camino recorrido nos sitúa ante la evidencia indubitada de la capacidad limitadora de las TIC sobre determinados derechos fundamentales de los trabajadores.

En consecuencia, podemos afirmar que, la formulación que se hizo en 1978 de los derechos laborales en el texto constitucional, así como su posterior desarrollo a través, fundamentalmente del ET responde al momento de evolución del modelo económico de la época, donde tanto la empresa, como el centro de trabajo, se consideraban como el espacio habitual ordinario en el que se ejercita el poder de dirección y el control sobre los trabajadores. Quedando asimismo definida la jornada, como el número de horas durante las que se presta el trabajo, en la unidad productiva con organización específica¹⁶¹.

¹⁶¹ P. ej.: El centro de trabajo se define como el espacio físico en el que el trabajador lleva a cabo la prestación laboral. Esta idea está presente en el Art. 1.5 ET, que lo califica como “unidad productiva con organización específica”. En este sentido el RD 486/1997, por el que se establecen las disposiciones

Por lo cual, la delimitación de nuevos espacios en los que se presta el trabajo, ya se trate del domicilio del empleado u otros espacios en los supuestos de teletrabajo, o bien la posibilidad de disponer de un puesto de trabajo virtual, invita a redefinir y a hacer una interpretación extensiva de conceptos como la determinación de la prestación de servicios, el poder de dirección y control de la actividad laboral, la adscripción al lugar de trabajo, o el tiempo de la prestación de trabajo. Por lo cual, a lo largo de este estudio de tesis, se analizará cómo la evolución de las tecnologías permite la extensión de la prestación de trabajo en nuevos espacios, más allá de los tradicionales, y en diferentes tiempos a las jornadas habituales debido a la utilización de Las TIC. Cuestiones todas ellas que invitan a un nuevo desarrollo normativo de los preceptos constitucionales.

2.1.3 Principios rectores constitucionales y tecnología

Asimismo, entre la relación de preceptos constitucionales con impacto tecnológico laboral, debe hacerse, también, referencia a lo dispuesto en el Capítulo III del Título I, en el que se detallan los distintos principios rectores de la política social y económica española. Efectivamente entre tales materias, queda comprendido, con un valor hermenéutico, el deber de los poderes públicos de realizar una *“política orientada al pleno empleo”* (art. 40.1), que constituye objeto de inspiración de cualquier política socio-laboral. Junto a lo cual se consagra el deber de *“fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales”* determinantes para alcanzar la cualificación digital necesaria; además de, finalmente reflejar el deber de los poderes públicos de velar por la *“seguridad e higiene en el trabajo”* (art. 40.2 CE).

Pues bien, de estos principios rectores cabe obtener tres grandes conclusiones. En primer lugar, que los poderes públicos, dentro del mandato general de realizar una política orientada al pleno empleo, deberán adoptar todas las decisiones que sean precisas para facilitar una adecuada integración tecnológica en las empresas, de forma que se impulse la creación de nuevos puestos de trabajo. En este ámbito, quedan incluidas, tanto aquellas decisiones dirigidas a atraer inversiones de infraestructuras tecnológicas, como las políticas que persiguen abonar el terreno para que se desarrolle un modelo de tejido empresarial tecnológicamente cualificado. En coherencia con lo anterior, el

mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, lo vincula con un deber de permanencia, calificándolos como *“áreas del centro de trabajo, edificadas o no, en las que los trabajadores deban permanecer o las que se puedan acceder en razón de su trabajo.”* Por otra parte, el ET establece, de forma tasada, la posibilidad de la modificación de la adscripción inicial de un trabajador a un lugar de trabajo, pudiendo implicar, o no, un cambio de residencia (Art. 40 ET).

reconocimiento constitucional de la libertad de empresa (art. 38 CE), en el marco de la economía de mercado, exige a los poderes públicos su garantía y protección, además de la defensa de la productividad de las empresas, de acuerdo con las exigencias de la economía general. Por lo cual, podríamos afirmar que, tras el análisis constitucional de tales preceptos, la transformación digital y la innovación general, no constituyen una opción, ni para los poderes públicos, ni tampoco para el mercado de trabajo, sino una verdadera obligación de impulsar una economía de mercado global, basada en la tecnología.

La segunda conclusión a la que, en mi opinión, podemos llegar, con fundamento en los principios rectores citados, es que se precisan políticas públicas sensibles a las necesidades de cualificación digital de trabajadores. De manera tal que ofrezcan una respuesta adecuada a la oferta de puestos de trabajo, así como a un reciclaje permanente del trabajador, que facilite su adaptación a las exigencias de los cambios tecnológicos. Contemplando tal formación los distintos planes, programas o estrategias (nacionales y europeos) como un condicionante inexcusable de esta cuarta revolución industrial. Por resultar evidente, además, que solo con capital humano cualificado se podrán conseguir las bases de una sólida integración de un modelo de economía digital.

En tal sentido, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, reconoce de forma explícita el derecho individual a la formación de los trabajadores, dotando a la tecnología de un carácter prioritario en las acciones formativas. Espíritu que se refleja asimismo en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, al incluir dentro de los principios que rigen el sistema de formación profesional para el empleo, el ejercicio del derecho individual a la formación (art. 3 a) de la Ley 30/2015).

En tercer lugar, deseamos destacar el enfoque del deber de los poderes públicos de velar por la seguridad y salud en el trabajo. Es desde este punto de vista, donde podemos encontrar nuevos ámbitos del impacto de las TIC. De forma que será preciso analizar los nuevos riesgos profesionales derivados de la utilización de las tecnologías. A título meramente ejemplificativo, cabe señalar que particularmente se concentran en riesgos psicosociales¹⁶², como el tecnoestrés, el riesgo de adicción, además de los riesgos

¹⁶² El informe del Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos “Protecting the Health of Eighty Million Workers. A National Goal for Occupational Health”, definía ya en noviembre de 1966 el estrés psicológico, como una realidad cada vez más frecuente en el lugar de trabajo, con consecuencias de trastornos somáticos, como enfermedades cardiovasculares. El documento focalizaba entre los factores que contribuían a esa situación, el cambio tecnológico y las crecientes exigencias psicológicas del trabajo, y detallaba una relación de “problemas urgentes” a abordar como la salud mental en el trabajo y los factores del lugar de trabajo. Disponible en:

ergonómicos¹⁶³, argumentos suficientes que justifican la decisión del legislador español, que finalmente ha optado por regular el derecho a la desconexión digital en la LOPDPyGDD. Constituye, por otro lado, la IA y más concretamente la robótica, potentes herramientas a explotar intensivamente en el desempeño de aquellos trabajos que impliquen los mayores riesgos de accidente de trabajo, sustituyendo al ser humano por la máquina.

2.1.4 El derecho a las tecnologías como derecho humano de cuarta generación.

La crisis económica, social, institucional, política y de valores de la última década ha dado lugar a la aparición de nuevas demandas de ampliación en el reconocimiento de derechos para los ciudadanos. De forma que, atendiendo a un análisis histórico de la evolución social, el reconocimiento de los derechos humanos surge paralelamente al progreso y consolidación de la democracia. Motivo por el cual, los derechos humanos se clasifican, por la doctrina constitucionalista, en función del momento histórico en el que han sido conquistados. Y es que, a medida que avanza el tiempo, se produce un progresivo perfeccionamiento y consolidación de los derechos, a la vez que surgen nuevas reclamaciones de reconocimiento. En este sentido, quedan agrupados los derechos humanos como de primera, segunda, tercera o cuarta generación, que no por haberse conseguido pueden quedar relegados al olvido.

El reconocimiento inicial de los derechos de primera generación tiene como fundamento la defensa de los derechos personales, derechos civiles de los ciudadanos, también denominados derechos de libertad. Se trata del reconocimiento de derechos que afectan a la esfera individual del individuo frente a los poderes del Estado¹⁶⁴. Entre ellos se

<https://archive.org/details/ProtectingTheHealthOfEightyMillionAmericansANationalGoalForOccupationalHealthNov19662ndPrinting> [consulta: 12 marzo 2018]

Por su parte, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSH), también reflejaba en 1996, las investigaciones sobre el riesgo del estrés y su prevención, por la utilización de las aplicaciones informáticas. El estudio detalla su contribución al desarrollo de enfermedades cardíacas, cerebrovasculares, hipertensión, úlceras pépticas, inflamaciones intestinales, problemas musculares y de huesos, así como alteraciones de las funciones inmunológicas, incluso facilitando la aparición de cáncer. *La prevención de estrés en el trabajo*. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid, 1996, Pág. 29.

¹⁶³ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: “Nuevas tecnologías y riesgos psicosociales”, Nueva revista española de Derecho del Trabajo, Núm. 184, 2016, Pág. 151.

¹⁶⁴ La manifestación de los derechos de primera generación se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en cuyo Art. 1 se establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, así como, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Con posterioridad, y con una clara

encuentra el derecho a la vida, a la seguridad jurídica, el derecho a la dignidad, el derecho a la libertad, a los derechos y libertades fundamentales sin discriminación por razón de sexo, raza, posición social o económica, la prohibición de la tortura, así como de la persecución política, la libertad de pensamiento, opinión o religión, o la libertad de reunión y asociación pacífica.

De forma que, a medida que el estado liberal evoluciona, y una vez superado el primer nivel de conquista de derechos humanos, tales derechos individuales pasan a complementarse con los derechos públicos o políticos ¹⁶⁵. Tal es el caso del derecho al sufragio. Siendo posteriormente cuando comienza a reconocerse un nuevo abanico de derechos de inspiración humanista, al extenderse el reconocimiento a los derechos de carácter económico, social y cultural¹⁶⁶, quedando progresivamente reflejados en los distintos textos constitucionales europeos. Con lo cual, tales derechos responden a la transformación del estado liberal en un modelo de estado social.

En este caso, nos estamos refiriendo a los denominados derechos de segunda generación, que encuentran entre sus máximos exponentes, algunos derechos vinculados a las relaciones laborales. Dando lugar a la inclusión en los textos constitucionales de nuevas materias como la libertad de empresa, junto al reconocimiento del derecho a plantear medidas de conflicto como instrumento de presión colectiva. De tal manera, se abre camino a una filosofía basada en el tratamiento desigual, en beneficio del trabajador, como parte más débil de la relación laboral. Así pues, los derechos de ámbito social encuentran su fundamento en la necesidad de ofrecer un tratamiento diferente por el Estado a los sujetos desiguales, para conseguir la igualdad y la justicia social.

Posteriormente, ya a finales del siglo XX, esta tendencia expansiva del reconocimiento de derechos da paso a los denominados derechos de tercera generación o de la solidaridad. Pretendiéndose alcanzar, a través de este grupo de demandas sociales, una nueva actualización de la Declaración Universal de 1948, centrada especialmente en la necesidad de consolidar los pilares del Estado del bienestar, al igual que la calidad de vida de las personas, al margen de otros derechos vinculados a la protección del medio ambiente en un escenario de desarrollo sostenible. Habiendo encontrado su máximo

voluntad de adaptación a la realidad social, se demandaron nuevos derechos no contemplados en la Declaración Universal, por ello se habla de derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación.

¹⁶⁵ Vid el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución de 16 de diciembre de 1966.

¹⁶⁶ Vid el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Naciones Unidas, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución, de 16 de diciembre de 1966.

apogeo durante la época dorada de crecimiento en Europa, tras superar la Segunda Guerra Mundial y hasta la crisis provocada por la quiebra de Lehman Brothers en septiembre de 2008, de la que todavía se resiente la economía global.

Cierto es que formalmente, la consagración constitucional de las declaraciones de derechos se ha ido generalizando desde el siglo XIX en los distintos países, a través del reconocimiento expreso en los textos constitucionales. Así pues, se advierte que, a lo largo del trascurso de dos siglos, se han garantizado diferentes derechos, ensanchando su contenido, y dando cabida a valores de libertad, de democracia y de solidaridad. Hasta el surgimiento en la actualidad de nuevas demandas sociales de reclamación de derechos de cuarta generación, por más que no se trate de un fenómeno exclusivo de España, y se haya producido en otros países, además de en ámbitos internacionales.

Como decíamos al inicio de este apartado, hoy en día, cuatro décadas después de iniciarse los trabajos de elaboración del texto constitucional español, la movilización social surgida a raíz de la crisis, que estalló en el año 2007, también ha suscitado el debate sobre la necesidad de reformar la CE¹⁶⁷. Quienes lo proponen, más allá de aspectos relacionados con la organización territorial de Estado, sugieren adaptar el texto constitucional a las demandas de la sociedad actual, ampliando el reconocimiento jurídico de determinados derechos, que avancen en la inclusión de los derechos humanos de cuarta generación, dando así respuesta a las nuevas reclamaciones sociales. Entre ellos, está el derecho colectivo a internet, como un derecho supraindividual que marca una nueva forma de vida y de organización social¹⁶⁸. En este sentido, no es extraño que se equipare el derecho a internet, a otros derechos humanos como el derecho a la comunicación, o el derecho a la información, ya que, el acceso a esta tecnología, que condiciona la posibilidad de utilizar redes sociales, ha pasado a considerarse un servicio

¹⁶⁷El PSOE llegó a avanzar en el documento “Nuevos derechos para un nuevo pacto constitucional”, reconoce la necesidad de “profundizar y fortalecer el derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen, reconociendo el derecho al olvido en el contexto de internet, nuevas tecnologías y redes sociales, constituye una exigencia propia de nuestro tiempo” así como “reforzar el derecho al trabajo y la negociación, en un momento de profundos cambios en materia de relaciones laborales, vinculados a la robotización y la nueva economía”. Disponible en:

<http://www.psoe.es/media-content/2017/12/NUEVOS-DERECHOS-PARA-UN-NUEVO-PACTO-CONSTITUCIONAL.pdf> [consulta: 12 enero 2018]

¹⁶⁸ Reconociendo la dificultad de concretar la naturaleza jurídica de internet, que sitúa a medio camino entre el derecho privado y el derecho público, insertándose en ámbito social, también se posiciona a favor de reconocerlo como derecho de cuarta generación, ACATA ÁGUILA, I. J.: “Internet, un derecho humano de cuarta generación”, Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales, Volumen 4, Núm. 4, 2011, Pág. 45. Disponible en:

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-InternetUnDerechoHumanoDeCuartaGeneracion5167589.pdf>[consulta: 22 mayo 2017]

indispensable en la sociedad moderna global, constituyendo la falta de disponibilidad de internet un indicador de situación de pobreza o de riesgo de exclusión social¹⁶⁹.

Adviértase en este sentido el fuerte movimiento global a favor del reconocimiento del derecho a internet como un derecho humano impulsado por la WWW Foundation, que propone que gobiernos, empresas y ciudadanos de todo el mundo ayuden a proteger la web abierta como un bien público y un derecho básico para todos.

2.2 Incidencia de la tecnología en el marco normativo internacional y supranacional: necesidad de un liderazgo

Como señala la doctrina científica laboral¹⁷⁰, la evolución del ordenamiento laboral español, especialmente en el último tercio del siglo XX, está marcada por tres hitos que se han complementado en el tiempo. El primero de ellos coincide con la constitucionalización del Derecho del Trabajo, al que nos acabamos de referir en el apartado anterior. Produciéndose a raíz de este, una segunda fase marcada por su proceso de internacionalización. En tal caso, destaca de forma especial la integración en el ordenamiento jurídico español de diversos compromisos internacionales, entre los que se incluyen los distintos convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España. Y junto a ello, aunque no se trata propiamente de derecho internacional, también debe considerarse la repercusión que ha tenido el derecho comunitario en la normativa nacional, a raíz de la integración de España en la UE, como Estado miembro desde 1986¹⁷¹.

¹⁶⁹ En similares términos, Alix Aguirre Andrade, Nelly Manasía Fernández, concluyen con la trascendencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación, las redes sociales, las comunidades virtuales y el ciberespacio como poderosos instrumentos para la inclusión, y para la preservación, tutela y garantía de los derechos humanos, "Derechos humanos de cuarta generación, inclusión social y democratización del conocimiento", *Télématique: Revista Electrónica de Estudios Telemáticos*, Volumen 14, Núm. 1, 2015, Pág. 2-16. Disponible en:

<http://publicaciones.urbe.edu/index.php/telematique/article/view/3483/pdf>[consulta: 16 mayo 2017]

BUSTAMANTE DONAS, J.: "Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos", *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, Núm. 1, 2001 (Ejemplar dedicado a: La sociedad de la información), Pág. 3. Disponible en:

<http://www.oei.es/historico/revistactsi/numero1/bustamante.htm>[consulta: 16 mayo 2017]

¹⁷⁰ MARTÍN VALVERDE, A. "Contrato de trabajo y derechos fundamentales", *Revista de derecho social*, 1999, Núm. 6, Pág. 12

¹⁷¹ La firma el 12 de junio de 1985 del Tratado de Adhesión en Madrid y la integración efectiva en la Comunidad Económica a partir del 1 de enero de 1986, dio una nueva dimensión al sistema de fuentes español en general y específicamente en el orden social.

A partir de lo cual, se aprecia la existencia de una tercera etapa en el proceso evolutivo del Derecho del Trabajo, que destaca por la demanda de flexibilización del marco normativo laboral. Un fenómeno extendido a partir de las propuestas contenidas en el Libro Verde de la Comisión Europea “*Modernizar el Derecho del Trabajo para afrontar los retos del Siglo XXI*” de 22 de noviembre de 2006.

Adicionalmente a los distintos momentos expuestos, se podría añadir un cuarto estadio más. Concretamente, con la globalización de la economía y del empleo, aparecen nuevas formas de organización del trabajo, se generaliza el uso de internet y las TIC, y los marcos jurídicos deben adaptarse a la nueva realidad. Por lo cual, el elemento determinante de esta última etapa se encuentra en la digitalización o tecnologización de las relaciones laborales.

Y es que, si bien el proceso de internacionalización del derecho supuso una quiebra en el concepto de soberanía nacional tradicional del racionalismo político, entendido como soberanía absoluta, y encarnada en la doctrina de sus principales valedores, JEAN BODIN inicialmente, y posteriormente perfeccionándose por THOMAS HOBBS¹⁷², las TIC llegan a alterar las tradicionales formas de trabajar, dando lugar a experiencias impensables hasta entonces, llegando con ello a superar el concepto de soberanía nacional en el trabajo.

Lo cierto es que el modelo europeo, que comenzó a gestarse en La Haya en 1948, estableció en sus bases la idea de una soberanía divisible, con fundamento en el desplazamiento de cuotas de poder de los estados, concluyendo el diseño de Europa como región en una institución que ha afectado al ordenamiento jurídico nacional, además de a las fuentes de producción del derecho.

En este contexto, la elaboración del entramado jurídico laboral ha pasado de estar condicionada, mayoritariamente, por factores internos y externos. Como muestra, cabe señalar, la cada vez mayor, interdependencia entre los Estados, así como el progresivo incremento de las relaciones internacionales. Este fenómeno ha dado lugar a un generoso crecimiento de acuerdos internacionales bilaterales, además de a la suscripción de nuevos tratados y acuerdos adoptados dentro del ámbito de actuación de los

¹⁷² Vid Jean Bodin a la sombra de Thomas Hobbes. En los orígenes de la teoría de la soberanía, Ricardo Calleja Rovira, IESE, Universidad de Navarra, Revista de Estudios Políticos (nueva época), Núm. 166, Madrid, octubre-diciembre (2014), Pág. 13. Disponible en:

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-JeanBodinALaSombraDeThomasHobbesEnLosOrigenesDeLaT-4934188.pdf> [Consulta: 12 abril 2017]

organismos internacionales. Motivo por el que algún sector de la doctrina recomienda la codificación de tales normas¹⁷³.

2.2.1 La aplicación de los tratados internacionales a los derechos digitales

Conviene reparar al respecto en que, en el sistema jurídico español, los tratados y acuerdos internacionales se adoptan conforme a la competencia, atribuida al poder ejecutivo, en materia de política exterior, por el procedimiento establecido en el art. 97 CE. Quedando atribuida tal competencia, de forma exclusiva, al Estado ex art. 149.1. 3º CE, mediante el procedimiento de participación de las Cortes Generales, conforme a lo previsto en los art. 93 y 94¹⁷⁴ de la CE. De esta forma, queda sujeta a este proceso la ratificación de cualquier tratado o acuerdo internacional. Por lo demás, distintas materias de orden social se han visto afectadas, a lo largo de las últimas décadas, por un variado repertorio de convenios, acuerdos y tratados con incidencia en este orden, pudiendo encontrarse ejemplares exponentes en organismos como la ONU, OIT, o el CdE.

Bajo esta perspectiva, la redacción de los art. 93 C.E. y 96.1 C.E. condicionan la integración de los tratados internacionales, válidamente celebrados, al ordenamiento interno, al acto de publicación en el Boletín oficial, limitando la derogación, modificación o suspensión de sus disposiciones, al procedimiento previsto para tal efecto en el convenio, en su caso. Resultando aplicables las normas del Derecho internacional.

A la luz de lo analizado hasta ahora, se puede afirmar que la fuerza vinculante un Tratado internacional, conlleva la prevalencia de la norma internacional sobre la norma interna, lo que implica una verdadera primacía de los Tratados frente a disposiciones anteriores o posteriores al mismo, que resulten contrarias a él¹⁷⁵. Por lo que una vez incorporado al

¹⁷³ Al respecto, OJEDA AVILÉS, A., “Del mundialismo a la globalización, un balance de los convenios de la OIT y su proyección futura”, RTSS, CEF, Núm. 434, 2019, Pág. 26.

¹⁷⁴ El procedimiento regulado en la CE determina que “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”. Así como que “La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I”. Estableciendo un último requisito formal en el Art. 94.2. CE al determinar que “El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.”

¹⁷⁵ Vid los comentarios sobre el principio atributivo o principio de competencias de atribución como fundamento del sistema de competencias de las Comunidades Europeas de MIRANDA BOTO, J.M., *Las competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*, ARANZADI, 2009, Pág. 29.

ordenamiento jurídico español un convenio internacional, este desplegará todos sus efectos desde la ratificación y publicación en el BOE, prevaleciendo jerárquicamente, incluso, en caso de colisión entre un Tratado y una Ley nacional, el Tratado internacional.

A este respecto, atendiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional, hay que destacar el valor interpretativo, dentro del sistema de fuentes, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como de los tratados y acuerdos internacionales sobre materia laboral ratificados por España, que en aplicación delo dispuesto en el art. 10.2 CE, constituyen valiosos criterios hermenéuticos, del sentido y alcance de específicos derechos fundamentales de los trabajadores. En tal sentido, el reconocimiento y la interpretación del contenido de determinados derechos fundamentales (derecho a la intimidad o la protección de datos personales), que puedan resultar afectados por el uso de las tecnologías,¹⁷⁶ quedarán condicionados por los tratados y acuerdos que regulan estas materias.

Esta misma idea ha sido esbozada por el legislador español en el art 79 de la LOPDPyGDD, al tratar los derechos en la era digital, dentro del Título X¹⁷⁷, bajo el epígrafe “Garantía de los derechos digitales”. En el que se extiende al ámbito de internet el reconocimiento de derechos y libertades, establecido en la CE, además de en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte. Mandatando además a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, así como a proveedores de Internet, a alinearse en garantizar la aplicación de estos derechos.

Adicionalmente a lo expuesto, es conveniente también recordar que la participación de la UE en distintas instituciones internacionales, como en la OIT (donde la UE goza de estatuto de observador) trasciende, en última instancia, sobre el legislador nacional. Es por este motivo, por el que no resultan extrañas las Recomendaciones o Decisiones del Consejo de la UE autorizando a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Comunidad Europea Convenios internacionales¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Fundamento jurídico 8 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre. (Cit. supra, nota núm. 123).

¹⁷⁷ Eleva el título X de la LOPDPyGDD a la categoría de Carta de derechos digitales MIÑARRO YANINI, M., “La «Carta de derechos digitales» de los trabajadores ya es Ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación”, Madrid, RTSS, CEF, Núm. 430, enero 2019, Pág. 5.

¹⁷⁸ Entre otras, el Consejo adoptó la decisión de 7 de junio de 2010, por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Convenio Núm. 188 sobre el Trabajo en la Pesca de 2007 de la Organización Internacional del Trabajo. El convenio no ha sido ratificado por España todavía. Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2010/145/L00012-00012.pdf> [consulta: 12 mayo 2017]

2.2.2 Liderazgos internacionales en materia de protección de datos.

Las reacciones en Europa, ante el fenómeno de las tecnologías, se orientan principalmente a la protección de los derechos de los ciudadanos. Encontrando entre sus mayores aportaciones la articulación de distintos instrumentos jurídicos, inicialmente por el Consejo de Europa y con posterioridad por la UE.

La regulación desarrollada por ambas instituciones exige el análisis de la protección a la privacidad y a la protección de datos contemplada en el CEDH, de 4 de noviembre de 1950 (art. 8), así como en lo que se refiere al Convenio para la Protección de Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, de 28 de enero de 1981, (Convenio 108)¹⁷⁹.

Téngase en cuenta que el derecho a la protección de datos también ha sido reconocido por la UE como derecho fundamental ex art. 8 de la CDFUE¹⁸⁰, de 18 de diciembre de 2000. Así, aunque en el derecho primario de la UE se atribuye la competencia general de la Unión Europea para legislar sobre cuestiones de protección de datos (art. 16 TFUE)¹⁸¹, no puede ignorarse el impacto que el CdE ha tenido sobre el reconocimiento de la protección de datos o la intimidad en los distintos Estados Miembros.

Se observa, en este sentido, el claro reflejo de los intereses compartidos por ambas instituciones, del que resulta la unidad de acción institucional entre la UE y del CdE. Tal actividad responde al mandato recogido en el Tratado de Roma, que incluye entre sus objetivos el establecimiento de todo tipo de cooperación adecuada, entre el CdE y la UE.

¹⁷⁹ El Convenio 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, fue aprobado y ratificado por España el 27 de enero de 1984, y se encuentra publicado en B.O.E. Núm.274, de 15 de noviembre de 1985. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1985/11/15/pdfs/A36000-36004.pdf> [consulta: 14 abril 2017]

¹⁸⁰ Reza el precepto, que, *“Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente”*.

¹⁸¹ Reconoce en primer lugar el art. 16, que *“toda persona”* tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. Reservando al Parlamento Europeo y al Consejo la facultad de establecer, conforme al procedimiento legislativo ordinario, *“las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos”*. Además, somete el respeto de dichas normas al control de autoridades independientes, aclarando que las normas que se adopten se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el artículo 39 del Tratado de la Unión Europea.”

Ahora bien, se debe señalar que, paradójicamente, y en contra de toda lógica de unificación y coordinación política, la materialización de la adhesión de la UE a determinados pactos internacionales, como el CEDH se ha resistido durante largo tiempo. Concretamente, analizando la historia de ambas instituciones, debemos recordar el Dictamen 2/94 emitido por el Tribunal de Justicia¹⁸², sobre la compatibilidad (o no compatibilidad) entre el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y la adhesión de la Comunidad Europea al CEDH de 4 de noviembre de 1950. Ya que, en tal caso, se dictamina el Tribunal en contra de la competencia de la UE para legislar sobre derechos fundamentales, más allá de la mención genérica a la “defensa de la paz y la libertad”¹⁸³. Lo que podría interpretarse, desde mi punto de vista, como una falta de confianza entre instituciones, además de un celo desmedido en la UE por preservar las competencias del TJUE. Tal informe supuso la anulación temporal, de facto, en la colaboración entre la Comisión y el CdE, a pesar de posicionarse expresamente el Parlamento de Europa a favor de la adhesión al CEDH y a la Carta Social Europea¹⁸⁴. Provocando una situación de impasse que se mantuvo hasta que se produce la aprobación definitiva del Tratado de Lisboa. A través del cual, se reconocen los derechos, libertades y principios enunciados en la CDFUE (diciembre de 2007), y se produce la adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Pasando a formar parte del Derecho de la Unión como principios generales, los derechos fundamentales garantizados en el CEDH, y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (Art. 6 Tratado de Lisboa (2007/C 306/01)).

¹⁸² Vid el dictamen 2/94 que, en contestación al Gobierno Español y Reino unido, en el que se argumenta que, en caso de adhesión, el Tribunal de Justicia renunciaría a su autoridad última de intérprete del Derecho comunitario, en el ámbito de aplicación del Convenio. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se limitaría a interpretar y aplicar un acuerdo internacional, sino que interferiría en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario, y se vería obligado a pronunciarse sobre las competencias del Tribunal de Justicia y de los Estados miembros, (Pág. 20). Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d56b60eca09d4840d387c9e862e2806e9f.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OahqPe0?text=&docid=99501&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1108409> [consulta: 12 junio 2017]

¹⁸³ Profundiza sobre os principios de atribución, de subsidiariedad y de proporcionalidad, en relación a la materia de protección de datos, LÓPEZ PARADA, R.A., “Una crítica de la base jurídica del Reglamento General de Protección de Datos”, Ciudad del trabajo, Núm. 12, 2018, Pág. 56 y ss. Disponible en: <https://editorialbomarzo.es/wp-content/uploads/La-Ciudad-del-Trabajo-NU%CC%81MERO-12.pdf> [consulta: 12 enero 2019]

¹⁸⁴ *El marco normativo de la competencia comunitaria en materia social*, MIRANDA BOTO, J.M., en *Las competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*, ARANZADI, 2009, Pág. 143 a 148.

2.2.2.1 *El Protocolo de modificación del Convenio 108 del CdE*

Adicionalmente a lo ya expuesto anteriormente, también merece expresa mención, dentro del sistema de fuentes internacionales, el Convenio núm. 108 aprobado por el CdE, el 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, cuya nueva versión fue objeto de aprobación mediante instrumento de 10 de octubre de 2018. Lo cierto es que se trata de un Convenio pionero en Europa en el momento de su aprobación, que incide directamente en el ordenamiento jurídico español, al vincularse la protección de datos con la vida privada, consagrada en el art. 8 del CEDH. Junto al Convenio, resulta obligada la referencia al Protocolo adicional al Convenio para la protección de las personas, con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, relativo a transferencias de datos, publicado el 8 de noviembre de 2001¹⁸⁵, por ser el único tratado internacional legalmente vinculante con relevancia mundial, al que también se refiere el RGPD respecto al tratamiento de datos en el contexto de flujos transfronterizos.

Entre otras cuestiones, ambas disposiciones han obligado a España, tras su ratificación, a incorporar en el Derecho interno la creación de la figura de la “Autoridad responsable” que asegure el cumplimiento de los principios contenidos en los Capítulos II y III del Convenio, así como en el Protocolo. Complementando lo anterior, se establece un deber de vigilancia de la Autoridad nacional, al igual que la necesidad de garantizar la adecuada protección de datos. Precisamente para conseguir este objetivo, el CdE exige a los distintos Estados el aseguramiento de un adecuado nivel de protección, para aquellos supuestos en los que la transferencia de datos personales se dirija a un destinatario, sometido a la competencia de otro Estado u organización que no sea Parte del Convenio.

Repárese también en que desde el año 2011, el Convenio 108 ha sido objeto de un intenso proceso de revisión, habiéndose finalmente aprobado su actualización el 10 de octubre de 2018¹⁸⁶. Habiéndose advertido, durante la negociación del protocolo dos

¹⁸⁵ El Instrumento de ratificación fue depositado el 3 de junio de 2010 y se encuentra publicado en el BOE Núm. 228, de 20 de septiembre de 2010, pág. 79619 a 79624 (6 Pág.). La ratificación se hizo con una declaración en relación al territorio local, y no autónomo de Gibraltar, dependiente del Reino Unido. Contempla que en el supuesto de que sea extendido por el Reino Unido a Gibraltar, la participación de las autoridades gibraltareñas en la aplicación del Protocolo “se entenderá realizada exclusivamente en el marco de las competencias internas de Gibraltar y no podrá considerarse que produce cambio alguno” respecto de la responsabilidad del Reino Unido en las relaciones exteriores, ni en relación competencias exclusivamente internas de Gibraltar, que tienen su origen y fundamento en la distribución y atribución de competencias efectuadas por el Reino Unido. Disponible en:

<https://www.boe.es/boe/dias/2010/09/20/pdfs/BOE-A-2010-14380.pdf> [consulta: 22 abril 2017]

¹⁸⁶ Vid “Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data”. Disponible en:

problemas fundamentales. Por un lado, el riesgo cierto de perder protagonismo el CdE, como institución de máxima relevancia, en el campo de la protección de datos personales, en caso de inacción. Quedando patente, en segundo lugar, la preocupación que suscitó la dificultad de los poderes legislativos para adaptarse a la velocidad a la que evolucionan ciencia y tecnologías. Muestra de ello lo encontramos en que la aprobación del protocolo de reforma del Convenio 108 se ha demorado durante 8 años.

Por lo que respecta a tal Protocolo, su objetivo es modernizar y mejorar el Convenio número 108 del CdE, atendiendo a los nuevos desafíos a los que se enfrenta la protección de las personas, con motivo de los avances tecnológicos que han dejado obsoleto el modelo que inspiró la adopción del Convenio 108, hace ya, casi, cuatro décadas.

De esta manera, el Protocolo de reforma del Convenio 108 introduce diversas novedades, entre las que se encuentra la limitación de la obtención de datos, exigiéndose proporcionalidad con el propósito legítimo perseguido (art. 5). Para lo cual mandata a quienes traten datos, que se refleje, en cada etapa del procesamiento de datos, un equilibrio justo entre todos los intereses, derechos y libertades en juego (sean públicos o privados).

Asimismo, la nueva redacción del art. 6 del Convenio, limita el procesamiento de los datos genéticos, datos personales relacionados con infracciones, datos biométricos que identifican de manera única a una persona, así como aquellos datos personales que revelen el origen racial o étnico, opiniones políticas, afiliación sindical, creencias religiosas u otras, salud o vida sexual, a los supuestos en los que exista salvaguardia legal adecuada apropiadas estén consagradas en la legislación interna.

Complementariamente a lo anterior, se extiende la obligación de declarar las violaciones de datos (art. 7), así como una mayor transparencia en su procesamiento (art. 8). Unido a lo cual reconoce un nuevo haz de derechos respecto a la toma de decisiones en base a algoritmos mediante el procesamiento automatizado de datos (art. 9)

Además, para abordar los nuevos desafíos con implicación mundial, se mejora la base legal para la cooperación internacional. De forma que contempla la asistencia mutua de las Autoridades de control, intercambiando información relevante y útil y cooperando entre sí por disposición obligatoria del Convenio. Previendo también la coordinación de investigaciones o intervenciones, así como la planificación de acciones conjuntas de las

autoridades, para lograr un ejercicio más eficiente de sus funciones. Disponiendo, para el cumplimiento de tales objetivos, la creación de una red entre las autoridades de supervisión (nuevo art. 17).

2.2.2.2 *Las iniciativas de la OCDE*

La importancia de contar con un marco jurídico seguro, que permita salvaguardar la dignidad humana en la sociedad del siglo XXI, fue la que llevó a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE), a aprobar una serie de recomendaciones dirigidas a las empresas multinacionales, que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos. El documento, denominado “*Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*”, contiene una serie de principios, normas, y valores compartidos por los gobiernos de los países miembros, que cuentan con mayor capacidad de inversión en el extranjero. Con lo que, centrándose el objeto de la iniciativa en la promoción en el ámbito empresarial, de una contribución positiva al progreso económico, medioambiental y social en todo el mundo, constituye un código de conducta empresarial, responsable y exhaustivo, que cuenta con el valor añadido de haber sido acordado multilateralmente¹⁸⁷, por más que no goce el documento de fuerza vinculante.

Ciertamente, llama la atención en el análisis del citado documento, la referencia a la utilización de las tecnologías, a valores compartidos y prioridades comunes, en las actividades basadas en el conocimiento y la expansión de la economía por Internet. Reconociéndose por otra parte el papel, de progresiva importancia, de las empresas tecnológicas en el mercado internacional, además de alentar a las empresas para que apoyen conjuntamente la libertad en Internet, como requisito para respetar la libertad de expresión, reunión y de asociación por vía tecnológica¹⁸⁸.

En definitiva, desde un primer momento, este documento ha demostrado ir más allá de una mera declaración de intenciones, constituyendo un buen punto de partida, tanto para el desenvolvimiento de las tecnologías en las relaciones laborales, como para avanzar en la digitalización de los sistemas de producción y gestión.

¹⁸⁷ OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es> [consulta: 29 mayo 2017]

¹⁸⁸ *Ibid.* Informe OCDE Pág. 15 y 23

2.2.3 Apuntes sobre la Organización Internacional del Trabajo

Dentro del sistema de fuentes internacionales, constituye referencia obligada al menos unas pinceladas sobre actividad de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), que conmemora en el año 2019 su centenario. A través de la acción política desarrollada por este organismo internacional se ha sugerido la necesidad de alcanzar un proceso de integración de las TIC respetuoso con los derechos de los trabajadores. Buena muestra de ello se refleja en las conclusiones alcanzadas en el marco del Simposio Iberoamericano *“El Futuro del Trabajo. Un escenario de cambios tecnológicos y transformaciones productivas”*¹⁸⁹. Además, la *Agenda 2030*¹⁹⁰ de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, da fiel reflejo de los desafíos a los que se enfrenta el Derecho del Trabajo, entre los que se encuentra la clasificación jurídica de las modalidades de trabajo atípicas, el desdibujamiento de la tradicional relación de trabajo, así como, la reformulación de los indicios de laboralidad.

En tal sentido, aun compartiendo las críticas de un sector de la doctrina que acusan a la institución de una falta de renovación¹⁹¹, y reivindicando el necesario impulso de la actividad política de la OIT, debe reconocerse el trascendente papel de este organismo internacional como facilitador de la extensión de los beneficios de las sucesivas revoluciones tecnológicas para alcanzar un mayor desarrollo de la producción, en armonía con el respeto de los derechos de los trabajadores y el mantenimiento del empleo a largo plazo. Es por ello por lo que ha dedicado una parte importante de sus esfuerzos a promover un desarrollo de innovación tecnológica coherente con las conquistas sociales de los trabajadores. Por tanto, al margen de los inevitables trastornos que pueda provocar la tecnología, la OIT viene reconociendo un balance final positivo a las revoluciones industriales, dado que, a largo plazo, todas ellas han reportado más

¹⁸⁹ Para el contenido íntegro de las 30 conclusiones generales alcanzadas en octubre de 2018 véase el documento. Disponible en: https://gallery.mailchimp.com/58a0da19df827df1f41098067/files/1dbad40b-a867-428d-af16-c6fcfc64f1d0/Documento_de_conclusiones_Simposio_Iberoamericano_OIT_La_Palma_1_1_1_.pdf

[consulta: 29 enero 2019]

¹⁹⁰ El texto completo de la Agenda 2030 se encuentra disponible en: https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf [consulta: 4 septiembre 2017]

¹⁹¹ Crítica, de forma constructiva, el aire vetusto, de dejà vue, de anticuado, en los convenios y recomendaciones aprobados por la Conferencia Internacional de Trabajo, OJEDA AVILÉS, A., “Del mundialismo a la globalización. Un balance de los convenios OIT y su proyección futura”, RTSS, CEF, Núm. 434, 2019, (cit. supra, nota núm. 173), Pág. 26.

También destaca el “enflaquecimiento normativo” por el descenso de producción normativa de la OIT, desde mediados del siglo pasado, y la ausencia de firmeza en la institución, MIÑARRO YANINI, M., “Cien años de política normativa de la OIT: una vigorosa historia con futuro incierto”, RTSS, CEF, Núm. 434, 2019, Pág. 6-9.

empleos y oportunidades de los que han destruido, permitiendo con ello una constante mejora del nivel general de vida de los ciudadanos¹⁹².

Partiendo pues de este argumento, tras cien años de vida de la OIT, nadie cuestiona la evidencia del impacto de la tecnología, ni la condición imparable de los avances. Con lo cual cualquier manifestación de resistencia a la innovación es considerada, no tanto un error, sino “*simplemente una guerra perdida*”, como así ha reconocido el director general de la OIT¹⁹³. Motivo por el cual, entre las herramientas propuestas por este organismo internacional, destaca la adecuación del marco normativo a la nueva realidad marcada por las TIC, atendiendo a los rápidos y profundos cambios derivados de la evolución tecnológica, así como por la globalización de la economía. Además, subraya la necesidad de adquisición por los trabajadores de nuevas destrezas que permitan alcanzar los retos que faciliten el crecimiento de la competitividad de las empresas, sin perjuicio de la necesidad de analizar el impacto planificado que tendrá la tecnología sobre los trabajadores. Para ello, la OIT recomienda gestionar de forma adecuada los cambios, resultando muy conveniente extender a cualquier ciudadano los beneficios que aportan las tecnologías basadas en conocimientos y capacidades avanzadas.

Por lo cual, haciéndose eco del debate global surgido en relación con el impacto de las TIC en la organización de trabajo y producción, la OIT ha enunciado diferentes consecuencias del desarrollo tecnológico, que abarcan aspectos como la proliferación de las formas “atípicas” de organización del trabajo, la inseguridad de los ingresos económicos, la pérdida de empleos, e incluso la problemática de la conciliación entre las necesidades de las empresas y los intereses de los trabajadores en el marco de la flexibilidad. Aspectos, todos ellos, a los que habrá de ofrecerse una adecuada solución para evitar una economía digital sin reglas, que debilitaría las instituciones políticas y jurídicas.

De manera que los retos reconocidos por la OIT en la sociedad del siglo XXI exigen un impulso por esta institución, dirigido a analizar las debilidades y amenazas que conlleva esta nueva revolución industrial, y planificar las soluciones para impulsar un modelo de economía digital, que garantice el mejor equilibrio de intereses posible. Transformando tales amenazas en oportunidades y la debilidad en fortaleza. Concretamente las TIC

¹⁹² Vid en este sentido el Informe del Director General de la OIT denominado “Iniciativa del centenario relativa al Futuro del trabajo”, presentado ante la Conferencia internacional del Trabajo en Ginebra en el año 2015, en el que se afirma no haber ninguna manera creíble de ofrecer resistencia a la tecnología.

¹⁹³ El documento “El futuro del trabajo que queremos”, de la Conferencia Nacional Tripartita en España se encuentra disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/publication/wcms_615486.pdf
[consulta: 4 diciembre 2017]

pueden aportar grandes beneficios a sectores de la población tradicionalmente marginados (jóvenes, mujeres, discapacitados)¹⁹⁴. Siendo por lo cual precisa una reorientación de las políticas activas de empleo, si se pretenden conseguir tales objetivos, así como los compromisos de la Agenda 2030.

Se avanza, en este sentido, en el informe presentado por el director general de la OIT, ante la Conferencia General de 2015, con motivo de la iniciativa del centenario del organismo, un análisis de las consecuencias positivas y negativas de la tecnología. Citándose entre los riesgos (o desventajas) el reto de la desaparición de las fronteras espaciales y temporales del trabajador, además de desdibujarse los límites de las esferas laboral y privada¹⁹⁵. Situación ésta que, a pesar de no encontrarse exenta de amenazas para los trabajadores, también comprende extraordinarias oportunidades¹⁹⁶. Efectivamente, a nadie resulta ajena la perversa invasión de la tecnología en la vida privada de los trabajadores, que evoca, según el informe, a formas de organización del trabajo del período preindustrial. Junto a lo que debe advertirse sobre la aparición de nuevos tipos de enfermedades laborales vinculadas a las tecnologías, como la dependencia tecnológica o el *Technostress* por el trabajo, las cuales generan elevados costes humanos y económicos a las empresas, a los trabajadores y a la sociedad.

Ciertamente, las tecnologías permiten al individuo extender su actividad desde otros espacios, más allá del puesto físico de trabajo, pero como contrapartida pueden llegar a difuminar los límites temporales de la tradicional jornada laboral. En tal caso, existe el riesgo cierto de prolongación, indeterminada, del tiempo de trabajo, como consecuencia de la fácil accesibilidad al entorno laboral. Lo que lleva a rebasar la duración máxima de la jornada fijada legal o convencionalmente, produciendo un efecto perverso en algunas formas de organización del trabajo¹⁹⁷. Así pues, la necesidad de poner límites a esta invasión tecnológica ha suscitado la demanda dirigida a reconocer el derecho a la

¹⁹⁴ La sugerencia se desarrolla en el punto 60 de la memoria del director general Informe I. Conferencia Internacional del Trabajo, 104.ª reunión, 2015. Disponible en: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/tic%20rrll/iniciativa%20trabajo%202015%20oit.pdf> [Consulta 12 junio 2017]

¹⁹⁵ El argumento se desarrolla en el punto 70 de la Memoria del director general. Informe I. Conferencia Internacional del Trabajo, 104.ª reunión, 2015. Disponible en: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/tic%20rrll/iniciativa%20trabajo%202015%20oit.pdf> [Consulta: 12 junio 2017]

¹⁹⁶ Sobre el empleo débil y la precariedad sistémica, vid MERCADER UGUINA, J.R. “Disrupción tecnológica, robótica y nuevas formas de trabajo”, Madrid, Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, Núm. 2, 2017, Pág. 101

¹⁹⁷ para mayor detalle Vid Memoria del Director General. Informe I. Conferencia Internacional del Trabajo, 104.ª reunión, 2015, puntos 56-59, 62 y 70. Pág. 12 y 13.

desconexión tecnológica, facultad que, finalmente, ha sido asumida por el legislador español, a través de su inclusión en el art. 88, del Título X de la LOPDyDGD.

En este escenario, siendo el tiempo de trabajo un elemento estratégico en la prestación de trabajo¹⁹⁸, es conveniente hacer un rápido recorrido por los 133 convenios de la OIT ratificados por España hasta la fecha,¹⁹⁹ con el fin de señalar los antecedentes, la evolución de la organización del tiempo de trabajo, y la reducción del número de horas trabajadas durante el último siglo, conquistas que no deben quedar relegadas por los desafíos de la digitalización, y que deben ponerse en valor.

A título meramente ejemplificativo, destaca la fijación del límite máximo de jornada, ya en el año 1919, en ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales, tal y como se desprende del Convenio número 1 relativo a las horas de trabajo en la Industria²⁰⁰, junto al cual y en los mismos límites, el Convenio número 30, sobre las horas de trabajo en el comercio y oficinas de 1930, logra fijar la jornada máxima en este sector²⁰¹.

Como complemento a lo anterior, también es conveniente recordar la aprobación de otros convenios que determinan los periodos de descanso, en los que se protege el derecho al descanso semanal, entre los que se encuentran el Convenio número 14 del año 1921 para el sector de la Industria²⁰², el Convenio número 106 del año 1957, relativo al descanso semanal en el sector de comercio y oficinas²⁰³, el Convenio número 153 de 1979²⁰⁴, centrado en la duración del trabajo y períodos de descanso en el transportes por

¹⁹⁸ Ofrece un análisis de los convenios sobre tiempo de trabajo, jornada laboral y descansos mínimos, MELLA MENDEZ, L., "El impacto de los convenios de la OIT sobre retribución, tiempo de trabajo, seguridad y salud y terminación del contrato en el derecho español: puntos críticos", RTSS, CEF, 434, Pág. 68-83.

¹⁹⁹ La OIT dispone de cuadros informativos ordenados por países de la relación de convenios ratificados y sin ratificar. Disponible en:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102847

[Consulta: 9 mayo 2017]

²⁰⁰ El Convenio número 1 de 1919, por el que se limitaron las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales se encuentra disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312146:NO [consulta: 14 mayo 2017]

²⁰¹ El Convenio número 30 determina que no podrán exceder de cuarenta y ocho por semana y ocho por día, pudiendo ser distribuidas de suerte que el trabajo diario no exceda de diez horas. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C030

[consulta: 14 mayo 2017]

²⁰² El Convenio Núm. 14 de 1921 se encuentra disponible en:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312159:NO [consulta: 14 mayo 2017]

²⁰³ Vid Convenio Núm. 106 de 1957. Disponible en:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312251:NO [consulta: 14 mayo 2017]

²⁰⁴ Vid Convenio Núm. 153 de 1979. Disponible en:

carretera; o el más reciente del año 1996, Convenio número 180 que concreta las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques²⁰⁵, modificado por el MLC, Convenio de trabajo marítimo de 2006, que fija en su pauta B.2.2.2, el sistema de cálculo y pago de la jornada laboral determinando que las horas normales de trabajo en el mar y en el puerto no deberían exceder de ocho horas diarias, así como que las horas extraordinarias no deberían exceder de 48 horas por semana²⁰⁶. Con lo cual, a la vista de este panorama normativo, resulta innegable que la duración del tiempo de trabajo o jornada máxima constituye uno de los hitos históricos alcanzados que no debería verse comprometido por la tecnología.

Y junto a ello, otro de los grandes logros reconocidos, merecedor de especial tutela es la protección de datos de los trabajadores. También en esta materia, la OIT ha mostrado su especial sensibilidad, ya que, aunque obsoleto, elaboró un *Repertorio de Recomendaciones Prácticas* sobre protección de los datos personales de los trabajadores en 1997²⁰⁷. El documento es reflejo de las malas prácticas detectadas a finales de siglo XX, con lo que, si bien supuso un importante avance, en su momento, resulta incuestionable la necesidad de su actualización, a la luz de la evolución tecnológica, del derecho internacional y de la interpretación sobre la materia en los distintos tribunales internacionales de justicia, impulsada por los avances tecnológicos.

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:31_2298:NO [consulta: 2 abril 2017]

²⁰⁵ Vid Convenio Núm. 180 de 1996. Disponible en:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:31_2325:NO [consulta: 2 abril 2017]

²⁰⁶ El apartado 3 de la Pauta B. 2.2.2. del MLC se remite a la legislación nacional o a la negociación colectiva para determinar el sistema de compensación de las horas extraordinarias o el trabajo realizado durante el día de descanso semanal y durante los días festivos oficiales, con un período por lo menos equivalente de exención de servicio y presencia a bordo, o con vacaciones adicionales en lugar de la remuneración o de cualquier otra forma de compensación. Disponible en:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:92:0:::P92_SECTION:MLC_A2 [consulta: 2 abril 2017]

²⁰⁷ Vid el Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre protección de los datos personales de los trabajadores. Disponible en: https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09_118_span.pdf [consulta: 2 abril 2017]

Estas recomendaciones genéricas se complementan con las acordadas en relación con el consumo de alcohol y drogas en el lugar de trabajo, estableciendo para el caso de exámenes toxicológicos el carácter confidencial de toda la información comunicada, así como el deber de informar a los trabajadores de las excepciones a la citada confidencialidad debida. Disponible en:

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms_112634.pdf [consulta: 2 abril 2017]

Como muestra, véase que resulta claramente insuficiente, en la actualidad, la recomendación 6.5.1) dirigida a que los empleadores “*no deberían hacer acopio de datos personales*” sobre la vida sexual del trabajador o sus ideas políticas, religiosas o de otro tipo. Debe advertirse de la obsolescencia de la redacción bajo la actual perspectiva, ya que se trata de una conducta que, en sí misma, merece recibir el máximo reproche en el ordenamiento español y europeo. Habiéndose consagrado una tajante prohibición de una recopilación de tales datos con el fin de perjudicar a los derechos de los trabajadores.

Asimismo, puede resultar polémica la recomendación 6.14. 1) en relación con los supuestos en los que la empresa establezca medidas de vigilancia a sus trabajadores. En tal caso la OIT justifica la excepción del deber de información previa a los trabajadores en los supuestos previstos en la legislación nacional; o cuando existan sospechas suficientes de la comisión de un delito u otras infracciones graves, dando cabida incluso a la legitimidad de la vigilancia continua para la protección de los bienes del empresario. Recomendaciones que habrían de ser matizadas, al haber sido superadas por la jurisprudencia del TEDH, que en ningún caso admite la vigilancia permanente en el trabajo. Motivo por el que sería aconsejable que tales documentos ofrezcan mayor seguridad jurídica, respaldando una interpretación más acorde con los derechos fundamentales del trabajador, así como de los bienes y derechos del empresario.

Por último, como conclusión a este apartado, atendiendo a la dimensión global de las tecnologías, convendría impulsar un nuevo Convenio de la OIT que contemplase los derechos individuales y colectivos de los trabajadores en la economía digital, dando cabida a los derechos de protección de datos, la gestión del cambio, la jornada laboral y el derecho a la desconexión, hasta el derecho a contar con un modelo de implantación de las TIC no intrusivo de los derechos de los trabajadores. Lo que permitiría profundizar en el debate, ya iniciado en el seno de la OIT, sobre el impacto de las TIC en las relaciones laborales, desde una perspectiva global, junto con sus retos y oportunidades²⁰⁸, para preservar los estándares de condiciones de trabajo alcanzados hasta la fecha en las sociedades más desarrolladas, reforzaría el liderazgo de la OIT y facilitaría una estrategia global respetuosa con un escenario de relaciones de trabajo digno.

²⁰⁸ Al respecto, AGUILERA IZQUIERDO, R. CRISTOBAL RONCERO, R. “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica”. El futuro del Trabajo que Queremos. Conferencia Nacional Tripartita 28 de marzo de 2017, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Pág. 331 y ss. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/publication/wcms_615487.pdf [consulta: 12 abril 2017]

2.2.4 Marco normativo europeo

A la hora de abordar el estudio del sistema de fuentes internacionales, conviene realizar una mención diferenciada al derecho comunitario, de origen inequívocamente internacional, pero con unas singularidades que lo diferencian de otros tratados y acuerdos. En concreto, en lo relativo al derecho de la UE, debe adelantarse que, forma parte de un singular bloque normativo, un ordenamiento propio, bien diferenciado del conjunto de los tratados y acuerdos internacionales referidos anteriormente.

De esta manera, el derecho comunitario queda integrado en el sistema jurídico de los estados miembros, con la singularidad de que la UE no es una organización internacional, sino que se trata de una entidad jurídico-política de nuevo cuño en permanente proceso de transformación. En tal sentido, atendiendo a la definición ofrecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁰⁹, con motivo de la interpretación debida sobre la aplicación obligada del Juez de la ley interna (art. 177 del Tratado de la Comunidad Europea). A este respecto, se señala que, a diferencia de lo ocurrido con los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la Comunidad Económica Europea vino a crear un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, desde el momento mismo de la entrada en vigor del Tratado, vinculando desde entonces a sus órganos jurisdiccionales. Esta misma afirmación ha sido apuntada por el TC en su línea interpretativa sobre la primacía del Derecho comunitario sobre el interno nacional infra constitucional, reconociendo expresamente la vinculación del Derecho español al Derecho de las Comunidades Europeas originario y derivado²¹⁰.

Con lo cual, la influencia ejercida por la normativa comunitaria ha dado lugar a una progresiva coordinación y adaptación de diversas normas nacionales en el orden social. En concreto, téngase en cuenta que, a diferencia del proceso descrito de ratificación de tratados y acuerdos internacionales, el derecho comunitario pasa a integrarse en el

²⁰⁹ Vid la Sentencia del Tribunal de Justicia 15 de julio de 1964, sobre una decisión prejudicial destinada a obtener, la interpretación de los Art. 102, 93, 53 y 37 del Tratado de la CEE. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87399&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=843016> [consulta: 17 abril 2017]

²¹⁰ El Tribunal Constitucional Español se había pronunciado previamente en las sentencias 153/1989 y 165/1994 sobre el derecho de la Unión Europea considerándolas un ámbito diferenciado y excluyendo la materia del derecho comunitario del ámbito de aplicación del Art. 149.1.3. Vid También la STC 28/1991, de 14 de febrero, ECLI:ES:TC:1991:28, en su FJ4, en relación con la resolución del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, para la regulación de las elecciones al Parlamento Europeo, destacando el carácter del derecho comunitario como ordenamiento jurídico propio. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/1667> [consulta: 18 mayo 2017]

ordenamiento jurídico español, a consecuencia de la previa y sucesiva cesión de competencias a la UE iniciada desde el momento de la integración de España en el proyecto europeo. Con lo que el conjunto de iniciativas que se han adoptado a nivel de la UE ha obligado a modificar el marco normativo de los Estados miembros, encontrándose el último gran exponente sobre la materia en la aprobación del Reglamento comunitario de protección de datos, (objeto de estudio en el siguiente capítulo de esta tesis).

De forma que el derecho comunitario está conformado por un conjunto estructurado de reglas de derecho, escritas y no escritas, principios generales, además de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, junto al derecho que surge con motivo de las relaciones exteriores de la Unión, y por el derecho complementario.

En conclusión, todo este entramado de fuentes se ordena en dos grandes bloques de imputación normativa denominado por la doctrina derecho originario y derecho derivado. Disponiendo para su elaboración la UE una serie de órganos propios de producción normativa (el Parlamento y el Consejo de forma conjunta, mediante el sistema de codecisión, o separada, a través la aprobación del Consejo o del Parlamento, existiendo cierto control del otro). Y como complemento a ello, la UE también cuenta, asimismo, con órganos judiciales propios para dirimir los conflictos en su ámbito de competencias (el TJUE y el Tribunal de Instancia).

2.2.4.1 *Los precedentes en Derecho Comunitario.*

Como se viene apuntando, uno de los derechos más sensibles de los trabajadores que puede verse afectado por el uso de las tecnologías se centra en la protección de datos, reconociéndose en el art. 16 del TFUE 25 de marzo de 1957 (antiguo art. 286 TCE)²¹¹, el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. Atribuyéndose a sus órganos legislativos (Parlamento Europeo y al Consejo) la responsabilidad de establecer las normas adecuadas dirigidas a proteger a personas físicas del tratamiento de datos de carácter personal, consagrando, paralelamente, el derecho de libre circulación de estos datos. De esta forma, quedan obligados a respetar la protección de datos, no solo las instituciones, órganos y organismos de la Unión, sino también los Estados miembros, en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, atribuyendo la función de control a las

²¹¹Vid versión consolidada del TFUE. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf> [consulta: 8 junio 2017]

distintas autoridades independientes nacionales, responsables de velar por el respeto de tales mandatos.

Junto al citado Tratado de Funcionamiento, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010²¹² también reconoce en el art. 7 como derecho fundamental, el derecho al respeto a la vida privada, familiar, y a las comunicaciones. Unido a lo cual, se contempla también en el art. 8, el derecho a la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales. De esta manera, bajo el epígrafe “Protección de datos de carácter personal”, se incluye el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, entre cuyos requisitos se encuentra que los datos se traten de modo leal, que el tratamiento sea para fin concreto y que el tratamiento cuente con el consentimiento de la persona afectada. Con lo que solo, excepcionalmente, podrían relajarse estos requisitos, siempre y cuando exista otro fundamento legítimo, que esté previsto en norma con rango legal. Además de ello, también quedan garantizados los derechos de acceso y rectificación de los datos recogidos de cualquier persona, siempre que le conciernan. Motivo por el cual, compromete la labor de vigilancia del cumplimiento de estas normas, al control de una autoridad independiente.

Así, realizando un análisis de la evolución histórica de la regulación de la protección de datos en el derecho comunitario, se concentra, inicialmente, el tratamiento de las TIC en un conjunto de disposiciones denominadas “Directiva marco y Directivas específicas”, que integran el marco regulador de redes en la UE, servicio de comunicación electrónica y protección de datos. Disposiciones que han sido objeto de revisiones y modificaciones periódicas por la Comisión, atendiendo a la cambiante realidad y a la constante evolución de la tecnología y el mercado.

Téngase en cuenta que el entramado normativo en el seno de la UE comenzó a desarrollarse inicialmente con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre 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, que ha sido valorada como el texto de referencia en materia de protección de datos en la Unión Europea.

En una segunda fase, se aprueba un bloque de directivas que comprenden la Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y

²¹² La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02) se encuentra disponible en: <http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf> [consulta: 9 junio 2017]

los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco)²¹³, siendo complementada por un segundo grupo de directivas, integradas por la Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de acceso)²¹⁴; la Directiva 2002/20/CE, de 7 de marzo de 2002 sobre autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de autorización)²¹⁵; siendo complementadas por la Directiva 2002/22/CE, de 7 de marzo de 2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de servicio universal)²¹⁶; aprobándose, finalmente, junto a este haz de primeras normas de esta etapa preliminar, la Directiva 2002/58/CE²¹⁷ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, que tiene por objeto regular tanto la privacidad, como las comunicaciones electrónicas.

Es a partir del año 2006 cuando el legislador europeo inicia una nueva etapa de actualización de la normativa esta materia mediante tres nuevas Directivas, entre las que se encuentra la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados, en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, de acceso público, o de redes públicas de comunicaciones (que modifica la Directiva 2002/58/CE)²¹⁸. Aprobándose, además, durante el año 2009, la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009²¹⁹, la cual modifica las mencionadas Directivas 2002/22/CE, 2002/58/CE, y el Reglamento (CE) número 2006/2004, sobre cooperación

²¹³ Directiva marco 2002/21/CE. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32002L0021> [Consulta: 2 junio 2017]

²¹⁴ Directiva sobre acceso 2002/19/CE. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A124108i> [consulta: 2 junio 2017]

²¹⁵ Directiva sobre autorización de redes 2002/20/CE, de 7 de marzo de 2002. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0020&from=FR> [consulta: 3 junio 2017]

²¹⁶ Directiva 2002/22/CE Servicios de telecomunicaciones asequibles: derechos de los usuarios sobre servicio universal. Disponible en: ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/22/oj> [consulta: 4 junio 2017]

²¹⁷ Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. Disponible en: ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/58/oj> [consulta: 3 junio 2017]

²¹⁸ Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE. Disponible en: ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/24/oj> [consulta: 3 junio 2017]

²¹⁹ Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores. Disponible en: ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/136/oj> [consulta: 3 junio 2017]

en materia de consumidores²²⁰; Procediéndose, por último en esta fase, a la adaptación y rectificación de las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE y 2002/21/CE, a través de la Directiva 2009/140/CE²²¹, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009.

Volviendo a la denominada “Directiva marco” 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, repárese en que profundiza en un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Para lo cual se establece una serie de procedimientos, dirigidos a garantizar la aplicación armonizada en toda la UE un marco jurídico de servicios de comunicaciones electrónicas, redes de comunicaciones electrónicas, recursos y servicios asociados, además de determinados aspectos de los equipos terminales, advirtiendo singularmente de la obligación de facilitar la accesibilidad al colectivo de usuarios con discapacidad. Con lo cual, la Directiva concreta la función de las autoridades nacionales de garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, además de velar por los principios generales del Derecho comunitario.

En este marco, se advierte de que, sin perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva en una sociedad democrática, las únicas posibles medidas limitadoras o restrictivas del derecho al acceso o al uso, por parte de los usuarios finales, de los servicios y aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas, que resultan admisibles por el derecho comunitario, se restringen a los supuestos y requisitos exigidos legalmente. En definitiva, de ello se deduce que, una medida limitadora o restrictiva de considerarse adecuada, proporcionada, y necesaria, para lograr el fin perseguido. Adviértase, además, que la salvaguarda de estos derechos viene garantizada, tanto por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, como por los principios generales del Derecho comunitario. Lo que incluye una protección judicial efectiva y un procedimiento con las debidas garantías, en los que debe garantizarse la presunción de inocencia, y el derecho a la vida privada.

²²⁰ Reglamento (CE) Núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores («Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores»). Disponible en: ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/2006/oj> [consulta: 3 junio 2017]

²²¹ Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Disponible en: ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/140/oj> [consulta: 3 junio 2017]

2.2.4.2 La Directiva 2009/126: Nuevo hito en la protección de datos en Europa.

El vertiginoso avance de las tecnologías ya presagiaba, a los pocos años de vigencia de la directiva marco y las directivas complementarias, la inminente necesidad de actualización del marco normativo europeo. Es por ello por lo que en noviembre de 2009 se aprueban en el seno de la UE dos directivas que modifican el régimen jurídico del año 2002. De tal manera, las modificaciones operadas a través de la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, suponen, en sí mismas, un claro avance en distintos aspectos del marco regulatorio, al impulsar la armonización de las leyes nacionales. Para ello, la disposición expone como objetivo, además de la libre circulación de datos, equipos y servicios de comunicaciones electrónicas en la UE, garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales en todos los Estados miembros, incluido el derecho a la intimidad, confidencialidad, al tratamiento de los datos personales, en el sector de las comunicaciones electrónicas, ex art. 1.1 de la Directiva.

Recuérdese también la interpretación restrictiva del TJUE en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016²²² en relación con la nueva redacción del art. 15, apartado 1, de la citada Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, en concordancia con los art. 7, 8, 11 y 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En la mencionada sentencia señala el Tribunal que la Directiva no ampara una conservación generalizada e indiferenciada de todo tipo de datos por la normativa nacional (ya sea de tráfico, localización de abonados y usuarios registrados), en relación con todos los medios de comunicación electrónica, Incluso, aun cuando el pretexto sea el argumento de luchar contra la delincuencia.

La anterior afirmación del Tribunal de Justicia de la UE se acompaña de la opinión *obiter dicta* del Tribunal, considerando que contravendría el espíritu de la Directiva, que una normativa nacional no limitase el acceso, en el marco de la lucha contra la delincuencia, a los supuestos de delincuencia grave; así como que no supeditase dicho acceso a un

²²²La sentencia del Tribunal de Justicia 2017/C 53/13 (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 ha resuelto unas peticiones de decisión prejudicial en relación con las comunicaciones electrónicas y el tratamiento de datos personales y la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas regulados en la Directiva 2002/58/CE y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2017.053.01.0011.01.SPA&toc=OJ:C:2017:053:FULL [consulta: 9 junio 2018]

control previo, por un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa independiente; además de ello, tampoco respetaría la finalidad perseguida por la directiva, que una legislación nacional no exigiese que los datos de tráfico y de localización deban estar conservados en el territorio de la Unión.

Repárese también sobre el hecho de que la Directiva 2009/140/CE²²³, de 25 de noviembre de 2009, modifica, a su vez, las Directivas 19, 20 y 21 del año 2002, concretándose su reforma en tres grandes objetivos, fundamentados en la vulnerabilidad detectada del sistema de comunicaciones. Entre tales debilidades se encuentra la fragmentación de la regulación, o las discrepantes actividades de las autoridades nacionales. De esta forma, para superar tales flaquezas, la norma apuesta por impulsar un mercado interior de las comunicaciones electrónicas, mejorar la competitividad del sector TIC, e incrementar los beneficios para el consumidor como consecuencia de la competencia transfronteriza. Y finalmente reforzar la singular posición de los usuarios con discapacidad, avanzando en un diseño de cohesión digital de la sociedad de la información. Con lo que, a fin de cuentas, la Directiva justifica la reforma del marco regulador de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas en la UE, llevando a término el mercado interior de las comunicaciones electrónicas, además de reforzando el mecanismo comunitario de regulación de los operadores, con peso significativo en los mercados clave.

Para implementar tales objetivos, la Directiva 2009/140/CE se complementa con el Reglamento (CE) Núm. 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por el que se crea el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE), y la Oficina. En ambos instrumentos jurídicos se pone en valor Internet como herramienta de impulso y extensión de la educación, para el ejercicio práctico de la libertad de expresión o para el acceso a la información. Es por ello por lo que la posibilidad de restringir el ejercicio de derechos fundamentales, en relación con las comunicaciones electrónicas, se condiciona a un adecuado acomodo de la medida limitativa a las disposiciones del CEDH.

Por todo lo cual, constituyendo uno de los grandes objetivos declarados sobre los que se asienta la citada Directiva 2009/140/CE, el buen funcionamiento del mercado interior europeo, su logro va a quedar supeditado a la garantía efectiva de la libertad de circulación de los datos personales en todos los Estados miembros de la Unión. En la misma línea, podemos afirmar que la evolución normativa de esta materia en la UE ha

²²³ Vid La Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/2009/337/L00037-00069.pdf>

permitido culminar con la regulación del marco de libertad de circulación de datos en el Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, (en adelante RGPD) relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales²²⁴, así como a la libre circulación de estos datos. Este reglamento, de eficacia general, deroga la citada Directiva 95/46/CE²²⁵. A partir de aquí, los otros grandes objetivos sobre los que se asienta la Directiva 2009/140/CE, entre los que se encuentra la mejora de la competitividad del sector, el incremento de los beneficios para el consumidor, como consecuencia de la competencia transfronteriza, así como el refuerzo de las disposiciones relativas a los usuarios con discapacidad en una “sociedad de la información para todos”, quedan subordinados a la exigencia, previa e indispensable, del funcionamiento del mercado interior.

Debe llamarse la atención del lector de los efectos en el ordenamiento jurídico español de tal fuente normativa, ya que la fecha límite de trasposición de la Directiva 2009/140/CE, se encuentra fijada en el día 25 de mayo de 2011. Lo que da lugar, en su día, a la aprobación, en el ordenamiento jurídico español, de distintas disposiciones, entre las que se encuentra el Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, por el que se modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, y posteriormente al Real Decreto 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transpone la directiva en materia de comunicaciones electrónicas.

Es así como a través de sendos Reales Decretos se introducen las nuevas condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en España, el servicio universal y la protección de los usuarios, modificándose junto a ello la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por la que se amplía sus objetivos y principios, dentro de un marco de libre competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones, para la explotación de las redes, prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y suministro de los recursos asociados a ellos, incluida la transmisión de contenidos (R.D. 13/2012).

²²⁴Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Disponible en: ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> [Consulta: 14 junio 2017]

²²⁵ Analiza el cambio de cultura en materia de protección de datos a partir del RGPD, MERCADER UGUINA, J.R., “Protección de datos y relaciones laborales: apuntes prácticos sobre la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679”, Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, Ed. Wolters Kluwer (Ed. Dig.), Núm. 41, 2018, Pág. 1 y 2

En este proceso, el Real Decreto Ley 726/2011, además de abordar la defensa de los intereses de los usuarios, reconoce el derecho de acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad. Promoviendo, además, la capacidad de los usuarios finales de acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección, y contemplando, finalmente, la obligación de respetar derechos constitucionales con carácter general para todos los ciudadanos, como el de no discriminación, el derecho al honor, a la intimidad, a la protección de los datos personales y al secreto en las comunicaciones.

En este contexto, la norma prevé la necesidad de adoptar atenciones especiales para defender, en condiciones de igualdad, los derechos constitucionales en determinados colectivos, especialmente aquellos más sensibles, como el de la juventud o la infancia. Llámese la atención de que, junto a ello, se contempla una prohibición expresa de la discriminación de discapacitados, personas mayores, dependientes, o usuarios con necesidades sociales especiales. Y como refuerzo de esta preceptiva de protección de derechos, el texto no se limita a realizar una simple enumeración de supuestos merecedores de protección, sino que abre la puerta a la imposición de obligaciones a los prestadores de los servicios, como garantía de cumplimiento de este abanico de derechos.

A mayor abundamiento, a través de la redacción del art. 5 de la Ley General de Telecomunicaciones²²⁶, se incluye un apartado tercero en el que se especifica la obligación de respetar aquellos derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, que han quedado blindados por su reconocimiento en determinadas fuentes internacionales como el CEDH, o la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en los casos en que se adopten medidas limitativas del acceso, a los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones, a través de redes de comunicaciones electrónicas.

En coherencia con lo expuesto, la ley española de Telecomunicaciones, por la que se lleva a cabo el proceso interno de transposición de las directivas comunitarias, establece el

²²⁶ Vid Art. 3 del Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo, en cuyo Título II, se introdujeron las modificaciones relativas a la trasposición de las Directivas en materia de Telecomunicaciones y sociedad de la información, así como la redacción del Art. 5 de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre, ya derogada por la Ley 9/2014 de Telecomunicaciones, que pretende dar respuesta al permanente proceso de innovación tecnológica, así como a las demandas de un nuevo marco normativo acorde a la Agenda Digital española, la Agenda Digital para Europa, y los objetivos de la Estrategia Europa 2020, que concreta en que todos los europeos tengan la posibilidad de acceder a conexiones de banda ancha a una velocidad como mínimo de 30 Mbps, así como que, al menos, un 50 % de los hogares europeos dispongan de conexiones de banda ancha superiores a 100 Mbps. Para el año 2020.

principio de causalidad, para aplicar cualquier limitación de los derechos reconocidos en la ley. Motivo por el cual, solo se admite la restricción del derecho, cuando concurren los requisitos de justificación, adecuación, proporcionalidad y necesidad en una sociedad democrática. Unido a ello, en atención al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la norma exige la garantía de que, en cualquier caso, sea posible el control judicial a posteriori de cualquier decisión, resultandos aplicables ante la jurisdicción ordinaria los principios generales de presunción de inocencia, así como el derecho a la vida privada. Al margen de los anteriores, la Ley de Telecomunicaciones también exige unos requisitos procedimentales, que condicionan cualquier limitación de estos derechos y libertades fundamentales. A tal efecto, se exige la articulación de un procedimiento previo, justo e imparcial, que incluya el derecho de audiencia del interesado. Exigencias estas, que se mantienen en la redacción de la Ley 9/2014 de Telecomunicaciones, por la que deroga a la Ley 32/2003, así como a las modificaciones posteriores de esta última.

2.2.4.3 La necesidad de un marco normativo armonizado en la UE

El crecimiento exponencial de las TIC y el diferente tratamiento jurídico que se produce en cada país ha llevado a la Comisión Europea a expresar en diversas ocasiones, especialmente en estos últimos años, la necesidad de abordar de forma homogénea, en todos los países de la UE, el reto tecnológico.

Para ello, recientemente, con motivo del sexagésimo aniversario de la UE, la Comisión, ha abierto un debate sobre el futuro de Europa, a través del libro blanco sobre el futuro de Europa de 2015, en el que se dibujan cinco posibles escenarios de la Europa del año 2025, atendiendo a los objetivos que se prioricen por el conjunto de los Estados miembros.

Es precisamente en este documento donde reconoce a las TIC como uno de los factores impulsores clave de Europa. Atendiendo a ello, se considera preciso afrontar, desde una visión colectiva europea, el reto de una profunda digitalización de la sociedad, que ya empieza a desdibujar las diferencias entre los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia. Para ello, es preciso asumir los retos que plantea el uso intensivo de la tecnología y la automatización, aprovechando al máximo las nuevas oportunidades, así como atenuando, al mismo tiempo, cualquier efecto adverso de las mismas, lo que favorece el despliegue de los nuevos derechos sociales²²⁷, acomodados a la evolución del mundo

²²⁷ Sobre el establecimiento de un Pilar Europeo de Derechos Sociales, téngase en cuenta la propuesta de proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales reconociendo la igualdad de

laboral. Pues bien, esta misma línea interpretativa se desprende de la proclamación interinstitucional relativa al pilar europeo de derechos sociales, comprensivo de los principios y derechos esenciales para el buen y justo funcionamiento de los mercados laborales y de los sistemas de bienestar de la Europa del siglo XXI. Mediante el cual se reafirman distintos derechos ya reconocidos en el acervo comunitario, añadiendo otros nuevos que pretenden dar respuesta a los desafíos derivados de los cambios económicos, tecnológicos y sociales.

En este sentido, entre los cinco escenarios posibles propuestos por la Comisión, si la estabilidad económica y política lo permiten, sería deseable, a mi juicio, que prosperase la denominada “quinta opción” como modelo óptimo de desarrollo conjunto en Europa. Esta opción parte de un diagnóstico cierto, centrado en la gran debilidad que representa para los trabajadores europeos trabajar en un mundo globalizado, en el que los salarios, la legislación social y los niveles impositivos siguen siendo muy diferentes en toda Europa. Partiendo de esta base, esta alternativa propone transformar la debilidad en fortaleza, mediante el refuerzo del mercado único a través de la armonización normativa en los distintos países de la UE. Por lo cual, y aun siendo consciente del desapego social en España y el resto de los países europeos, hacia las instituciones políticas y jurídicas, considero preciso el impulso de tal vía, a fin de que puedan retomar el liderazgo y el pulso del desarrollo económico y social equilibrado.

Tal debate también es abordado en el “*Libro Blanco sobre el Futuro de Europa*” de la Comisión Europea, el cual se desarrolla mediante interesantes documentos de reflexión, en los que se avanzan diferentes previsiones sobre la dimensión social de Europa. De entre sus distintas reflexiones se reconoce como indispensable profundizar en la unión económica y monetaria (según el Informe de los cinco presidentes, de junio de 2015²²⁸). Se sugiere, por otra parte, como complemento a lo anterior, en el documento sobre el *aprovechamiento de la globalización*, alcanzar diversos hitos en relación el futuro de la

oportunidades y de acceso al mercado de trabajo, condiciones de trabajo justas, y el derecho a la protección e inclusión social. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2017:251:FIN> [consulta 30 junio 2017]

Profundiza sobre las recomendaciones de protección a todos los trabajadores, MONEREO PÉREZ, J.L., “Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de seguridad social, Lex social: revista de los derechos sociales, Núm. 2, 2018, pág. 261.

²²⁸ En julio de 2015 los cinco presidentes de los distintos órganos de la UE, el presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, el presidente de la Cumbre del Euro, Donald Tusk, el presidente del Eurogrupo, Jeroen Dijsselbloem, el presidente del Banco Central Europeo, Mario Draghi, y el presidente del Parlamento Europeo, Martin Schulz, anunciaron las prioridades de la UE y el plan para profundizar en la Unión Económica y Monetaria (UEM) en distintas etapas, con el límite temporal de cumplimentación en el año 2025. Las áreas políticas, al margen de la unión económica, fiscal, financiera y política, se basan en la consolidación del pilar europeo de los derechos sociales. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union_en

digitalización de la economía y del trabajo. Todo lo expuesto da reflejo del interés de la UE por liderar el impulso de la economía digital, no solo a través de la aprobación de distintas disposiciones con eficacia jurídica, sino mediante otros documentos que forman parte del denominado *soft law* o derecho indicativo²²⁹ y los *policy documents* emanados de la UE, los cuales deben ser tenidos en cuenta por su valor informativo. Debe destacarse de ellos, la imperiosa manifestación de necesidad de coordinación de los Estados miembros.

Con esta perspectiva, se desarrolla el Libro Blanco sobre el futuro de Europa mediante el documento de reflexión *La dimensión social de Europa*²³⁰, en el cual se analizan tendencias y retos a los que se enfrenta Europa, ofreciendo, en coherencia con las distintas estrategias de análisis, sus cinco posibles alternativas para convertir, un periodo mayor o menor de tiempo, las aspiraciones de los ciudadanos europeos en una realidad. Siendo para ello indispensable un proceso de armonización normativa.

Se trata, en definitiva, de hacer uso de una de las escasas, pero más poderosas armas, de que dispone la UE para homogeneizar los derechos de los ciudadanos en el futuro. Partiendo, tal itinerario hacia la unificación normativa, de un diagnóstico incontestable, que se concreta en el carácter global de internet, y con ello, el hecho de que en todos los Estados miembros se vean afectados por rápidos y profundos cambios a consecuencia de la celeridad del proceso de digitalización. Entre tales cambios, destacan las nuevas formas de trabajo basadas en esquemas diferentes de los tradicionales, motivo por lo que, atendiendo al derecho a la libertad de circulación de los trabajadores en Europa, resulta aconsejable el mismo tratamiento jurídico, con independencia del ámbito territorial.

Refuerza también esta opinión, sobre cómo debe ser diseñada una economía digital basada en la dimensión social europea, el documento denominado *El Encauzamiento de la Globalización*²³¹. Siendo consciente la Comisión de que el momento en el que nos encontramos constituye la fase inicial del proceso de transformación tecnológica, que está revolucionando nuestra manera de producir, trabajar, desplazarnos y consumir.

²²⁹ A pesar de tratarse de instrumentos jurídicamente no vinculantes, son directrices útiles desde un punto de vista práctico y orientador sobre los objetivos de las normas comunitarias.

²³⁰ Vid *Reflexión sobre la dimensión social de Europa*, aprobado por la Comisión el 26 de abril de 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-social-dimension-europe_es.pdf [consulta: 12 junio 2018]

²³¹ Vid Pág. 10 del documento de la Comisión *El encauzamiento de la Globalización* de 25 de marzo de 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-globalisation_es.pdf [consulta: 20 junio 2018]

Y en el telón de fondo de los diversos documentos analizados emergen las significativas lagunas en el código normativo mundial. Motivo por el que, la falta de reglas que rigen la economía digital ha forzado a la Comisión a actuar en defensa de políticas que garanticen un crecimiento fuerte, sostenible, equilibrado e inclusivo, así como que la UE adopte una posición de liderazgo, mediante la difusión de sus valores e intereses, fomentando una igualación de derechos al alza en los Estados miembros.

Con la misma filosofía armonizadora, de actualización y homogeneización de la normativa de los Estados miembros de la UE, se manifiesta la Estrategia para el *Mercado Único Digital en Europa*²³². En este caso, la propuesta europea gira en torno a tres, trascendentes a mi juicio, "pilares" políticos que se resumen en convertir el mundo digital de la UE en un mercado uniforme y sin fisuras para la compraventa, la actualización de las normas al ritmo de la tecnología y el apoyo al desarrollo tecnológico, y finalmente, garantizar que la economía, la industria y el empleo de Europa se beneficien plenamente de la digitalización.

Podríamos citar otros muchos documentos en los que se refleja el trascendente momento que estamos viviendo, desde *la Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, Europa 2020*, donde se incide en la necesidad de adaptación de la normativa comunitaria y de los Estados miembros al proceso de digitalización, hasta emblemáticas iniciativas comunitarias, como la *Agenda Digital para Europa*, la *Agenda para Nuevas Cualificaciones y Empleos*, o *El desafío digital de Europa*. En cualquiera de ellas, las TIC, y expresamente la economía digital, se definen como herramientas indispensables para el progreso económico y social europeo.²³³

Por último, debemos incidir en la trascendencia de los mencionados documentos, estrategias, agendas o planes de acción la UE, también conocidos como *policy documents* que, a pesar de carecer de valor jurídico y por tanto no ser vinculantes, se erigen como un recurso cada vez más habitual de la Comisión, que suele ser el antecedente inmediato de una futura regulación formal.

²³² Vid la Agenda Europa 2020 en materia de empleo (cit. supra, nota núm. 6).

²³³ Vid la decisión de la Comisión de 24 de julio de 2018 sobre el programa de trabajo 2018-2020 en materia de tecnologías de la comunicación y de la información. Disponible en:

http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/wp/2018-2020/main/h2020-wp1820-leit-ict_en.pdf [consulta: 24 agosto 2018]

2.2.4.4 *La consolidación de la protección de datos en la Unión Europea a través del Reglamento General de Protección de Datos, 2016/679*

El RGPD, al que se dedica un apartado específico en el capítulo tercero de esta tesis, ha marcado un nuevo hito en la regulación de la materia de protección de datos, dado que la norma constituye la culminación del esfuerzo unificador y de adaptación en la UE, a pesar de haberse visto empañado, inicialmente, por la notificación de la intención del Reino Unido de abandonar la UE, de conformidad con el art. 50 TUE.

Partiendo de este hecho, las posibles repercusiones legales de la polémica retirada del Reino Unido de la UE, unido a la inaplicación de la normativa europea sobre protección de datos, ofrecieron inicialmente un panorama disonante con la filosofía defendida en la UE los últimos años sobre esta materia. Sin embargo, con el fin de evitar que se produzca inseguridad jurídica, dado que todas las leyes primarias y secundarias de la Unión dejarían de aplicarse con el *Brexit* a partir de la fecha prevista de salida²³⁴, tanto la UE como el Reino Unido han avanzado sus propuestas para garantizar la aplicación del contenido del RGPD. Concretamente, el Reino Unido ha adaptado el contenido del RGPD al derecho británico, a fin de garantizar que el país se rija en materia de protección de datos por los mismos criterios que la UE tras el *Brexit*, y lo ha hecho a través de su nueva Ley de protección de datos, denominada *Data protection Bill* de 2018²³⁵, dentro del plazo fijado por el RGPD (25 de mayo de 2018), derogando así el marco anterior que data del año 1998. Con lo cual su legislación se encuentra alineada con la del resto de países de la UE, incluso con anterioridad a la fecha en la que se produzca la salida de la UE de forma efectiva.

En cualquier caso, resulta incuestionable que el RGPD culmina una nueva fase en el proceso de modernización de la normativa comunitaria, más ambicioso que el acometido hasta ahora a través de las directivas. A este respecto, la justificación de la elevación del rango de la norma reguladora de la protección de datos (a un Reglamento) se encuentra en la dispar trasposición de las directivas comunitarias. Lo que ha dado lugar a un abanico de derechos y obligaciones legales, no homogéneo, en los países de la UE, conforme a la

²³⁴ Téngase en cuenta que la decisión sobre el *Brexit* ha sido aplazada en diversas ocasiones, habiéndose anunciado, a fecha de cierre de esta tesis, la dimisión de la primera ministra, Sra. May, para el 7 de junio de 2018.

²³⁵ La Ley británica de protección de datos asume el marco regulatorio de la UE, cuenta con 7 títulos y 215 Art., incluso La seguridad nacional también está fuera del alcance de la legislación de la UE. Incluso recoge las obligaciones de los servicios de inteligencia a cumplir con las normas de protección de datos reconocidas internacionalmente en la Convención 108 sobre protección de datos del Consejo de Europa. Disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/pdfs/ukpga_20180012_en.pdf [consulta: 11 enero 2019]

opción legislativa acometida por cada Estado miembro. Unido a ello, además el Reglamento, obligatorio en todos sus elementos para los Estados miembros y de directa aplicación, desde el 25 de mayo de 2018, ofrece un nuevo marco normativo que garantiza una mayor privacidad en las comunicaciones electrónicas.

A través del RGPD, el impacto de las tecnologías y la exigencia de proteger los datos de carácter personal quedan reflejados a lo largo de los noventa y nueve artículos de la norma²³⁶, destacándose el intenso esfuerzo legislativo acometido en la segunda década de este siglo, a través de los ciento setenta y tres Considerandos del Reglamento. Entre los cuales, se destaca la vulnerabilidad de determinados derechos de carácter laborales. Tal es el caso de la problemática *big data*²³⁷ y la protección de datos²³⁸, sobre los que el Reglamento reconoce la potencialidad de los riesgos a que se enfrentan, a causa de la gran cantidad de datos personales recogidos, que posteriormente son intercambiados. Para lo cual, la tecnología facilita extraordinariamente la utilización de la información generada a través de los datos personales recabados, a una escala sin precedentes en la historia del ser humano. Una información que en ocasiones es difundida a escala mundial por el propio individuo (mediante redes sociales), lo que ha producido una intensa transformación de la economía y de la vida social. Es por ello por lo que el Reglamento comunitario refuerza, como no puede ser de otra manera, la apuesta por la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando un elevado nivel de protección.

Además de la explosión de tratamiento y difusión de datos, se destaca la necesidad de supranacionalidad del marco jurídico²³⁹, dada la eficacia limitada de la legislación nacional, y las decisiones judiciales o administrativas. Con lo que resulta indispensable una buena coordinación entre los estados miembros junto a la de la UE.

²³⁶Los 99 artículos del Reglamento (UE) 2016/679 de protección de datos se agrupan en once capítulos, con la siguiente estructura: Capítulo I . Disposiciones generales; Capítulo II . Principios; Capítulo III . Derechos del interesado; Capítulo IV . Responsable del tratamiento y encargado del tratamiento; Capítulo V . Transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales; Capítulo VI . Autoridades de control independientes; Capítulo VII . Cooperación y coherencia; Capítulo VIII . Recursos, responsabilidad y sanciones; Capítulo IX . Disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento; Capítulo X . Actos delegados y actos de ejecución; Capítulo XI . Disposiciones finales.

²³⁷ Profundiza sobre el *big data* y el nuevo oro de la economía digital MERCADER UGUINA, J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, (cit. supra, notas 9, 20 y 138).

²³⁸ Vid Considerando (6) del RGPD

²³⁹ Vid Considerando 115 del RGPD, en el que se destaca que en ocasiones la aplicación extraterritorial de las leyes, reglamentaciones y otros actos jurídicos judiciales o extrajudiciales nacionales pueden ser contrarios al Derecho internacional, o incluso al RGPD.

Por último, debiendo el tratamiento de datos personales respetar los principios de lealtad y transparencia, el RGPD se encarga de proteger a los ciudadanos especialmente vulnerables²⁴⁰. Para lo cual se reconoce el derecho de acceder en cualquier momento a la información, con el fin de que esta responda a la realidad, estableciendo límites a los responsables del tratamiento en la utilización de procedimientos matemáticos o estadísticos. Unas herramientas informáticas que deben garantizar que se corrigen los factores que introducen inexactitudes en los datos personales, reduciendo al máximo el riesgo de error. Todo ello, con el fin de asegurar que se tenga en cuenta cualquier riesgo para los intereses y derechos del interesado, para lo que debe impedirse cualquier efecto discriminatorio por motivos de raza u origen étnico, opiniones políticas, religión o creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud u orientación sexual.

En resumen, como se ha avanzado, el RGPD se configura como una norma directamente aplicable que garantiza un tratamiento homogéneo de derechos y obligaciones en la UE, superando con ello el problema de las discrepancias de derechos y obligaciones entre los Estados miembros. Mientras que, el texto final, viene a ser el resultado de un intenso debate en el seno de la UE, que tiene como elemento determinante el respeto por los derechos fundamentales en una economía digital.

2.3 El Marco normativo español

Merece una crítica adversa la falta de voluntad política del legislador español para regular los cambios producidos en el mercado de trabajo a consecuencia de la digitalización de la economía. Sin embargo, resulta llamativo que todos los programas electorales de los partidos políticos con mayor representación en las Cortes Generales (PP, PSOE, C's y Unidos Podemos) reconocen la trascendencia de la adaptación del marco laboral a la economía digital²⁴¹. Con lo cual, nada en principio debería impedir que en la XIII

²⁴⁰ Vid el párrafo segundo del Considerando 71, en el que se determina que las decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles basados en categorías particulares de datos personales, solo deben permitirse en condiciones específicas.

²⁴¹ A pesar de la inclusión de diversas propuestas en los programas electorales, lo cierto es que la adaptación del Derecho del Trabajo a la economía digital todavía no se ha producido en España. Los partidos políticos con mayor presencia en el arco parlamentario (PP, PSOE, C's y Unidos Podemos) lo incluyen en sus programas. Tal es el caso del Programa del Partido Popular, que en sus apartados 3 sobre educación y 6" por *una economía moderna y avanzada*" desarrolla una propuesta de marco estable que garantice *"la libertad, la seguridad y la competencia evitando cualquier tipo de situación de monopolio o de trabas, especialmente a la transformación digital de la economía o a la unidad de mercado en el conjunto del territorio nacional"*. Para lo cual propone adaptar el mercado de trabajo a la Cuarta Revolución Industrial. Impulsando *"el equilibrio entre flexibilidad y seguridad de los trabajadores, asegurando su derecho a trabajar para varios empleadores, impulsando el derecho a la formación y a la previsibilidad de*

su trabajo, previniéndoles de prácticas abusivas e incrementando su protección ante períodos de inactividad”. Encontrándose gran parte de las alusiones la educación, que debería. Debiendo la educación responder “a los desafíos de una sociedad global y digital”. Para lo cual se propone impulsar “la oferta formativa del Sistema Nacional de Empleo en competencias digitales y en las nuevas tecnologías de la cuarta revolución industrial”. Atribuyéndose a la Formación Profesional la condición de instrumento fundamental para la modernización del tejido productivo. Motivo por el que propone promover “una adaptación continuada y flexible de estos estudios a las necesidades de un mercado laboral en plena transición tecnológica”. Para ello se pretende impulsar el Plan Nacional de Transformación Digital 2030 para “acelerar el proceso de digitalización en la sociedad, las empresas y la administración, elevando el índice de conectividad a las aplicaciones digitales, favoreciendo su acceso en zonas despobladas”. Tal plan abordaría “la formación para el empleo en la economía digital, identificación de la demanda de nuevos perfiles profesionales, el impulso a las materias STEM en la educación, el Re-skilling en habilidades digitales para mayores de 45 años, la ciberseguridad, el apoyo a la I+D+i, con especial atención a las tecnologías emergentes y a las KET, el fomento de la industria de contenidos digitales, en particular la del videojuego, el despliegue del 5G y una Administración 100% digital”. Junto a ello, se propone aplicar “medidas fiscales para la implantación en empresas de la industria 4.0 en España, y con especial énfasis en las áreas singulares de desarrollo digital”. Disponible en: <http://www.pp.es/sites/default/files/documentos/programa-electoral-elecciones-generales-2019.pdf> [consulta: 18 abril 2019]

Por su parte, el programa del PSOE se propone expresamente en su apartado “por un empleo digno” la elaboración de “un nuevo Estatuto de los Trabajadores para el Siglo XXI que se adapte a los cambios sociales, económicos y tecnológicos del mundo actual, y que compagine la competitividad empresarial con la defensa de los derechos laborales”. El cual incluiría “la protección de las nuevas formas de empleo atípico en la era digital, para que la ampliación de los derechos laborales y de protección social alcancen al mayor número de persona trabajadoras y a los diferentes tipos de empleo emergentes”, para lo cual se propone el impulso de “dos grandes acuerdos de país: el parlamentario entre las fuerzas políticas, y el social entre patronal y sindicatos, como base para la elaboración del nuevo Estatuto con vocación de durabilidad y permanencia”. Incluyendo la propuesta de “favorecer el talento futuro y la prospección de empleos en la economía digital e incluyendo planes específicos para las mujeres jóvenes para reducir la brecha de género digital”, así como “un Plan de choque por el empleo de las mujeres que impulse la incorporación y promoción de las mujeres en trabajos emergentes en el nuevo modelo productivo, en el marco de la economía digital y las tecnologías de la información y las comunicaciones”. Además, también sugiere la incorporación de los denominados “nuevos riesgos o riesgos emergentes provocados por la expansión de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, la automatización, la introducción de nuevas sustancias químicas con ignorados efectos para la salud y su lento estudio cuando ya están incorporadas en los procesos, el desarrollo de la industria 4.0 y el desconocimiento sobre sus posibles riesgos”. Disponible en: <https://www.psoe.es/media-content/2019/04/PSOE-programa-electoral-elecciones-generales-28-de-abril-de-2019.pdf> [consulta: 18 abril 2019]

Por lo que respecta al programa del Partido Ciudadanos, titula su apartado cuarto “Empleo del siglo XXI: un nuevo modelo laboral que ponga fin a la precariedad”, en el cual se prevé el compromiso de adaptar “la normativa laboral a las nuevas realidades de la economía digital para asegurar la protección social de los trabajadores”, reformando la legislación laboral vigente “para adaptarla a la realidad de la economía digital y asegurar la necesaria seguridad jurídica en estas actividades, garantizar la protección social del trabajo en las nuevas plataformas digitales e incorporar la flexibilidad que requiere la economía digital”. Además, también se propone “revolucionar” las “políticas de empleo y formación para que realmente ayuden a los desempleados a encontrar un trabajo. Dotaremos a los servicios públicos de empleo de un sistema de perfilado estadístico y orientación laboral individualizada para adecuar la formación a las necesidades de cada desempleado y no de los sindicatos. Usaremos todos los datos disponibles en las Administraciones Públicas y colaboraremos con el sector privado para desarrollar un sistema de matching nacional, utilizando Big Data, para que los trabajadores encuentren trabajo con más facilidad cruzando la oferta y demanda de empleo. Evaluaremos de forma sistemática todas las políticas de empleo para acabar con los cursos inútiles y mejorar su eficacia”. Disponible en: <https://www.ciudadanos-cs.org/programa-electoral> [consulta: 18 abril 2019]

legislatura, la adaptación del Derecho del Trabajo a la economía digital sea un hecho. Repárese que las reformas operadas en el marco normativo España, más allá de la inclusión en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral²⁴², o el reciente Título X de la LOPDPyGDD, bien pudiéramos calificarlos como medidas efectistas, más que de planteamientos firmes por abordar un marco adecuado de las tecnologías en las relaciones laborales. Con lo cual, el Derecho del Trabajo continua sin dar respuesta a muchos de los problemas a los que se enfrenta el mercado laboral. Habiéndose desplazado, por este motivo, al poder judicial y en ocasiones el TC, la responsabilidad de resolver las discrepancias generadas a consecuencia del uso de las tecnologías en el ámbito laboral. Lo que ha llevado a la creación de una doctrina judicial, que en ocasiones refleja interpretaciones contradictorias (como también se produce, por otra parte, entre la doctrina científica). Con lo cual, resulta claro que tales líneas interpretativas deben ser tenidas en cuenta, a falta de un marco jurídico adaptado a la economía digital.

Ciertamente, a través del RDL 3/2012, de 10 de febrero se acomete un tímido primer avance con la modificación del art. 13 ET²⁴³. A consecuencia del cual, la ordenación del

Por su parte el partido Unidas Podemos, contempla en el apartado 86 de su programa una Estrategia de Formación y Alfabetización Digital *“para que toda la ciudadanía disfrute, en igualdad de oportunidades, de los beneficios del proceso de digitalización”* ... con *“recursos en todos los niveles del sistema educativo, o de la formación para quien está en el mercado de trabajo, con especial atención para evitar la exclusión digital”*. Mientras que en el apartado 90 expresamente se propone *“Frenar la uberización de la economía”*, para lo que se comprometen a garantizar *“un marco justo para la nueva economía con el fin de evitar que los buitres aprovechen la tecnología para llevarnos a un pasado sin derechos laborales en una economía uberizada”* ... considerando *“que las personas que dependan de esas plataformas son trabajadoras y trabajadores por cuenta ajena”*. Para cuya inspección proponen crear *“unidades especiales para inspeccionar estos nuevos modelos de trabajo y, en especial, la utilización de falsos autónomos (al que dedica también el apartado 160 del programa) y el trabajo mediante horas extras sin cotizar. Asimismo, se creará una unidad dentro de la Agencia Tributaria especializada en controlar que estas empresas pagan en España los impuestos correspondientes a los beneficios que obtienen en nuestro país”*. Disponible en: https://podemos.info/wp-content/uploads/2019/04/Podemos_programa_28A_LF.pdf [consulta: 19 abril 2019]

Incluso el Partido político Vox, contempla en su programa la necesidad de evitar la desigualdad digital de infraestructuras en el territorio (punto 69), como la promoción de la conciliación vida familiar y laboral y el fomento del teletrabajo (punto 77). Disponible en: https://www.voxespana.es/biblioteca/espana/2018m/gal_c2d72e181103013447.pdf [consulta: 19 abril 2019]

²⁴² El RDL 3/2012 realiza en el apartado III de la Exposición de motivos una tímida referencia a la justificación de la modificación de la regulación del art. 13 ET ampliando su aplicación al trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías.

²⁴³ Ampliamente se ocupa de la reforma estatutaria LÓPEZ BALAGUER, M., “Artículo 13.Trabajo a distancia”, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, CRUZ VILLALÓN, J., GARCÍA-PERROTE ESTACRTÍN, I., GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA, J.R., (Dir.), Lex Nova, 4ª ed., 2016, pág. 208-213.

tradicional trabajo a domicilio pasa a denominarse trabajo a distancia²⁴⁴. El citado precepto reconoce la igualdad de derechos en materia salarial, de derechos colectivos, así como de formación continua de los trabajadores a distancia. De esta manera el ejecutivo y posteriormente el legislador garantizan, como se define en la exposición de motivos, una regulación equilibrada de derechos y obligaciones para los trabajadores que prestan sus servicios bajo la modalidad “a distancia” mediante el uso intensivo de las TIC, eliminando cualquier brecha entre derechos vinculados al puesto de trabajo físico, frente al puesto de trabajo virtual.

A pesar de la timidez de la reforma, no se debe restar trascendencia a la voluntad política perseguida con la misma. De esta manera, tal y como expresa la exposición de motivos de la norma, las TIC ofrecen oportunidades en el ámbito del trabajo, porque favorecen la flexibilidad en la organización del trabajo demandada por las empresas (de hecho, el teletrabajo se define en el RDL 3/2012 como una particular forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo perseguido con la reforma). Lo que, junto a la flexibilidad, también coadyuva a mejora de la productividad de las empresas, incrementando las oportunidades de empleo. Configurándose, además, como un instrumento de conciliación que permite optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familia.

Por otra parte, sucede también que la falta de tratamiento jurídico da lugar a la creación de figuras de origen jurisprudencial. Tal es el caso del esquirolaje tecnológico²⁴⁵. Téngase en cuenta, no obstante, que la regulación del derecho fundamental de huelga consagrado en el art. 28.2 de la CE, se encuentra lastrada por disponer de un marco regulatorio preconstitucional, que ha pasado por el tamiz del TC. Por otra parte tampoco podemos olvidar que la LOLS data del año 1985, con lo que también resulta susceptible de introducir distintos avances tecnológicos, además de proteger los derechos sindicales frente a las amenazas que pueden generar las TIC y la participación de los representantes sindicales en el proceso de transición tecnológica.

²⁴⁴ Conde Marín, E., “Una apuesta por el trabajo a distancia”, Las reformas del Derecho del Trabajo en el conflicto de la crisis económica : la reforma laboral de 2012: XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pág. 523-539.

²⁴⁵ Al respecto MIÑARRO YANINI, M. "Según el Tribunal Constitucional "si es tecnológico, no es esquirolaje": retos del derecho de huelga en la sociedad del trabajo digitalizado y externalizado", RTSS, CEF, Núm. 429, 2018, Pág. 214.

POQUET CATALÁ, R. “Esquirolaje tecnológico y derecho de huelga. Comentario a la STC 17/2017, de 2 de febrero”, Derecho de las relaciones laborales, Francis Lefebvre, Núm. 11, 2017, págs. 1115-1123.

TODOLÍ SIGNES, A. “Acerca del esquirolaje tecnológico”, Valencia, Jurisprudencia social a debate, Tirant lo Blanch, 2015 págs. 103-115.

En este escenario, ya en el RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo se avanza en el apartado VI de su Exposición de Motivos el compromiso del Gobierno de constituir antes del 30 de junio de 2019, un grupo de expertos a los que encargar la elaboración de una propuesta de nuevo Estatuto de los Trabajadores. En el cual se dé cabida a los distintos problemas estructurales del mercado de trabajo español, además de a las transformaciones que se están produciendo en el ámbito laboral como consecuencia, entre otros aspectos, de la digitalización y de la globalización. Con lo cual se pretende iniciar de forma inmediata los trabajos y estudios que sirvan de base para la elaboración de un nuevo Estatuto de los Trabajadores que adapte su contenido a los retos y desafíos del siglo XXI²⁴⁶. Sin embargo, el disperso arco parlamentario resultado de la convocatoria de Elecciones Generales, del día 28 de abril de 2019²⁴⁷, invita a pensar en la dificultad de cumplimiento de los plazos previstos para la constitución de tal Grupo de expertos, así como del incierto el camino que seguirá la reforma estatutaria.

Entre tanto, hay que destacar el papel, tanto del diálogo social como de la negociación colectiva para la implantación de las tecnologías, y garantizar los derechos de los trabajadores en la economía digital. Motivo por el que se analiza en este trabajo de tesis en un apartado específico la negociación colectiva, al tratarse de un nivel, dentro del sistema de fuentes, en el que se abre un destacable extenso espacio para la regulación de los derechos y obligaciones de los trabajadores, con motivo de la integración de las tecnologías en las relaciones laborales.

2.3.1 La pionera “Declaración de Derechos de Internet” del Senado de 1999

Una aproximación a los antecedentes de las Cortes Generales sobre la materia nos acerca a lo que constituye, dentro del sistema de fuentes, un pionero acuerdo adoptado por

²⁴⁶ El Proyecto de Ley de Presupuestos para el año 2019, que fue rechazado por el Congreso de los Diputados, también contemplaba en su Disposición adicional centésima octava la creación de este Grupo de expertos. Ante lo cual, se incluye en la Disposición adicional primera del RDL 8/2019, de 8 de marzo, (BOE Núm. 61, de 12 de marzo de 2019), bajo el epígrafe “Grupo de expertos y expertas para la propuesta de un nuevo Estatuto de los Trabajadores”, en el que se concreta el compromiso del Gobierno a constituir, con anterioridad al 30 de junio de 2019, un grupo de expertos para llevar a cabo los trabajos y estudios preparatorios para la elaboración de un nuevo Estatuto de los Trabajadores. Determinando que su composición y funciones se concretarán mediante Acuerdo del Consejo de Ministros y previa audiencia de los interlocutores sociales en la Mesa de Diálogo Social de Empleo y Relaciones Laborales constituida en el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

²⁴⁷ La incertidumbre política se desprende de un nuevo proceso de celebración anticipada de elecciones, mediante RD 129/2019, de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones.

unanimidad en el Senado, ya en febrero de 1998, durante la VI legislatura. Aparece así la Cámara Alta como primer observatorio de la repercusión de los avances tecnológicos en España. Este hecho supone un hito en nuestro país, al constituirse por primera vez en una Cámara legislativa española una Comisión Especial para estudiar y profundizar sobre los impactos sociales, económicos y educativos de las redes informáticas. Y como veremos, con el respaldo unánime hacia una batería de conclusiones, junto a una declaración final precursora, en su época, de entre los parlamentos de todo el mundo.

Esta Comisión Especial de Redes Informáticas del Senado aprueba el 9 de diciembre de 1999 la denominada “*Declaración de Derechos de Internet del Senado*”, integrada por un informe con sus conclusiones²⁴⁸, que posteriormente son elevadas al Pleno del Senado y ratificadas por unanimidad. Como se reconoce en el informe y en el acta de la sesión, las catorce conclusiones constituyen una “*declaración de principios y compromisos de un grupo de representantes democráticos de todos los españoles, ante este nuevo mundo que ya estamos viviendo*”.

Las dos primeras conclusiones se centran en el reconocimiento universal a todas las personas del derecho fundamental de acceder libremente a la Red, sin discriminación alguna, siendo la libertad una condición inherente a la misma. De las cuales se infiere que no resulta admisible, a juicio de la Comisión, atribuir la facultad de restricción de tal derecho a ningún poder, al entender que solo la Carta Universal de los Derechos Humanos puede establecer límites a la libertad de acceso, circulación, información y comunicación a través de la Red. Compartimos esta conclusión, que coincide con nuestra propuesta formulada *ut supra*, para que se incluya el derecho a internet entre los derechos de cuarta generación, en el caso de que finalmente se acometa un proceso de reforma de la CE en España.

La tercera de las conclusiones aprobada por el Senado apunta al importante desafío de los poderes públicos de diseñar políticas públicas, que permitan eliminar las barreras que impidan la libertad y la igualdad de los españoles en el disfrute de la Red.

²⁴⁸Vid la Declaración de Derechos de Internet del Senado y las conclusiones del Informe de la Comisión Especial sobre redes informáticas del Senado de 9 de diciembre de 1999. Disponible en: https://www.internautas.org/documentos/decla_dere.htm y acta de la sesión de aprobación en comisión el mismo día. Disponible en: <http://www.senado.es/legis6/publicaciones/pdf/senado/ds/CS0538.PDF> junto al debate reflejado en el diario de sesiones del Pleno de 17 de diciembre de 1999. Disponible en: <http://www.senado.es/legis6/publicaciones/pdf/senado/ds/PS0157.PDF>, quedando aprobada la declaración por asentimiento. [consulta: 12 julio 2017]

En este contexto, el informe también reconoce, en cuarto lugar, el privilegio de la inviolabilidad del ordenador personal como instrumento, equiparando *hardware* y *software* a un domicilio electrónico. Con lo que el secreto de las comunicaciones electrónicas, la privacidad de los datos en la nueva sociedad tecnológica o las diferentes formas de relacionarse, quedan garantizados ex art. 18 de la Constitución.

A mayor abundamiento, pone en valor (punto quinto de las conclusiones) los mecanismos de autorregulación e iniciativas, que contribuyan a la creación de códigos éticos y deontológicos que difundan los aspectos positivos de la Red. De forma que sugiere incrementar las dotaciones humanas y técnicas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para prevenir, servir, controlar y desvelar las prácticas ilícitas a través de la Red²⁴⁹. Y unido a ello, es necesario que la justicia, igualmente, se adapte a los cambios, resultando necesario la creación de una fiscalía especial para los delitos informáticos (conclusión sexta).

A estas alturas, nadie discute el vertiginoso progreso de la implantación de las TIC, tal y como se puede acreditar con los datos más recientes relativos al número de usuarios de internet, social Media y Móvil en España. Resultando que diecisiete años después de la aprobación de estas conclusiones, con una población de más de 46 millones de habitantes, la cifra de usuarios se eleva a 37,87 millones los usuarios de internet, con un grado de penetración del 82%, utilizándose más de 50 millones de números de teléfonos móviles. Unos datos que reflejan un número superior de teléfonos móviles al de habitantes en nuestro país²⁵⁰.

Asimismo, también debe reseñarse la trascendencia que otorga la Cámara alta a la educación tecnológica, configurando el principio básico de que todos los españoles tenemos derecho a la educación y formación en nuevas tecnologías, para lo que deberían desarrollarse planes de alfabetización digital dirigidos a escolares, jóvenes, mayores o discapacitados. Abunda el acuerdo en la necesidad de promover las tecnologías, facilitar el acceso gratuito a la Red en centros culturales, cívicos, docentes, bibliotecas, centros sanitarios, tanto en la ciudad como en el medio rural, animando a crear escuelas de formación permanente en TIC con la participación de las distintas administraciones (ya sea estatal, autonómica o local), además de proponer la creación de un Distrito

²⁴⁹ El documento contrasta el elevado número de usuarios internautas, que en la época se encuentran cifrados en casi tres millones de españoles, frente a apenas una docena los recursos humanos disponibles para el control de la ciberseguridad.

²⁵⁰ Cfr. Informe 2018 “Usuarios Internet, Social Media y Móvil en España y en el Mundo” publicado por *We are Social* y *Hootsuite* sobre la evolución de usuarios de Internet, Social Media y Móvil en España y en el Mundo. Disponible en: <https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018> [consulta: 8 junio 2018]

Universitario Virtual y Bibliotecas Digitales para que la enseñanza superior y la cultura estén al alcance de los españoles²⁵¹.

Al igual, se destaca la trascendencia del comercio electrónico en un mercado sin fronteras ni límites, para lo que se precisa explorar las posibilidades de las TIC como palanca para la generación de nuevas formas de empleo como el teletrabajo. De esta manera, surgiría la oportunidad de trabajar desde el propio domicilio particular, ofreciendo unas alternativas de crecimiento económico desorbitantes. De otro lado, ya se avanza en el informe que la implementación del comercio electrónico exige la incorporación de las empresas españolas a la Red, además de una implicación activa de los empresarios, como fórmula de economía abierta y competitiva generadora de nuevos yacimientos de empleo.

Paralelamente se reconoce que para conseguir los distintos objetivos es precisa una adecuada inversión en infraestructuras, lo que incluye la tecnología puntera en ese momento, individualizada en la extensión de fibra óptica y optimizar el aprovechamiento de redes. Y junto a ello, tampoco olvida el informe la necesidad de proteger los derechos de propiedad intelectual e industrial²⁵².

Finalmente, las últimas conclusiones del documento se dirigen a la modernización digital de las instituciones públicas. Entre las que la digitalización de las administraciones demanda disponer de vínculos electrónicos directos, rápidos, eficaces y baratos. Ya advierte también el documento el potencial que ofrece la Red como instrumento de comunicación para divulgar legislación, normas o cualquier otra información, dentro del respeto a los derechos o garantías fundamentales. Al mismo tiempo, las Instituciones parlamentarias de las que emana el acuerdo, dan fiel reflejo de un compromiso a futuro basado en la utilización de las redes electrónicas para aproximar las relaciones entre

²⁵¹ Vid conclusión séptima y octava de la Declaración. De cuya iniciativa surgen los proyectos denominados “cibertecas” que se extendieron por todo el territorio nacional para acercar las tecnologías al ciudadano. En otro orden, pero con esta filosofía, mención específica merece “Fundación Dialnet” creada en el año 2001 el ámbito de la Universidad de La Rioja, por constituir una de las principales fuentes de obtención de recursos para la investigación y docencia universitaria. Disponible en: <http://www.fundaciondialnet.es/dialnet/descripcion/> [consulta: 3 junio 2018]

²⁵² El asunto es de máxima actualidad a la vista de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE en el asunto C-161/17, de 7 de agosto de 2018, caso Renckhoff, en el que el Tribunal de Justicia distingue entre las obras de acceso libre, que permiten su descarga, a pesar de no tener permiso para ello, y las obras de uso libre, en las que el autor da permiso para que cualquiera pueda utilizarla. Por otra parte, admite la legalidad de republicar un hipervínculo que enlaza con una foto publicada en una web que dispone de permiso del autor, porque en este caso se está contribuyendo a un “funcionamiento fluido de internet”.

representantes y representados²⁵³. Adviértase en este sentido, que a pesar de que los avances de la e-administración en España (eGovernment, en terminología de la UE) han sido notables, queda aún mucho camino por recorrer. Entre ellos, existen grandes desafíos en el impulso de una profunda reforma en materia de administración electrónica en materia de Seguridad Social, que facilite un sistema de comunicación más ágil y dinámico, en coherencia con las demandas de las nuevas formas de trabajo vinculadas a la economía colaborativa.

Lamentablemente, nos encontramos ante otra oportunidad de liderazgo perdida, ya que esta comisión no ha tenido continuidad en el tiempo, cuando hubiera sido una herramienta extraordinaria para el impulso coordinado de los avances digitales, atendiendo al principio de cohesión territorial, en todo el territorio nacional. De manera que, si esta comisión hubiese sido permanente en el tiempo, podría haber servido de constante vía para el impulso legislativo, lo que hubiese permitido avanzar en una materia en la que la realidad supera los tiempos del legislador.

2.3.2 Los antecedentes en la regulación de protección de datos de carácter personal

Siendo la protección de datos, como ya se ha avanzado, uno de los ámbitos más afectado por la digitalización de las empresas, su regulación en España ha superado distintos hitos desde su consagración como derecho fundamental en la Constitución Española. La especial ubicación del derecho a la protección de datos (art. 18.4 de la Constitución), dentro de la sección 1ª del capítulo segundo del Título I de la Constitución, lo configura como un derecho vinculante a todos los poderes públicos, con rango de derecho fundamental, que goza de reserva de Ley Orgánica. Unido a ello, se encuentra investido de una tutela judicial especialmente intensa, que comprende un proceso sumario, admitiendo el acceso hasta el TC, a través del recurso de amparo constitucional. Asimismo, se admiten la legitimación para su protección a otros sujetos, mediante el planteamiento de posibles cuestiones de constitucionalidad, en el supuesto de que alguna ley, disposición normativa y actos con fuerza de ley del Estado y de las Comunidades Autónomas pudieran contravenir el derecho fundamental.

²⁵³ Ibid. acta de aprobación de la Declaración de Derechos de Internet del Senado de 9 de diciembre de 1999. “Los correos electrónicos deberían estar abiertos permanentemente para que cada Senador, cada parlamentario, tenga una puerta abierta a la opinión de cualquier ciudadano. Ése debe ser uno de los grandes objetivos de esta Casa para la próxima legislatura.” (Pág. 4)

La constitucionalización de la protección de datos, parte de la posibilidad de que un tercero recabe y almacene información relevante de las personas, para ser posteriormente transferidas. De esta manera, el objetivo de la ley es garantizar un uso adecuado de la misma, prohibiendo un acceso injustificado a la información, además de un uso abusivo de la misma, protegiendo así los derechos fundamentales al honor, intimidad, y privacidad personal y familiar.

Inicialmente el desarrollo del precepto constitucional se llevó a cabo a través de Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD). Siendo posteriormente reemplazada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal (LOPD) que vino a trasponer al ordenamiento español la Directiva comunitaria 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, hasta la aprobación, extemporánea, de la Ley orgánica 3/2018, LOPDPyGDD²⁵⁴.

2.3.3 La accidentada tramitación de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales

Al margen de la ya referida demora en la aprobación por las Cortes Generales del texto, a través del cual, se actualiza y adapta la norma española al REPD, conviene hacer una aproximación a las novedades contenidas en la LOPDPyGDD²⁵⁵, ya que ofrece una nueva dimensión del derecho a la protección de datos. Concretamente, su disposición derogatoria única refiere expresamente la derogación de la LOPD 15/1999, de 13 de

²⁵⁴ Dado que el RGPD fija el 25 de mayo del año 2018 como fecha límite para la adaptación del derecho interno, ante la demora de la tramitación del proyecto de Ley Orgánica, se ha convalidado por el Congreso, el 6 de septiembre de 2018, el Decreto Ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, a efectos de inspección y sanción de la AEPD, actualizando (aunque solo en parte) el marco normativo, hasta la aprobación definitiva de la Ley orgánica 3/2018. Completa el entramado normativo Finalmente, y junto a la Ley Orgánica de Protección de datos debe tenerse en cuenta dentro del sistema de fuentes, otras disposiciones, no específicamente laborales, pero que vienen a complementar las anteriores. Tal es el caso de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN; la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones; o la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

²⁵⁵ Se ha trabajado desde el Proyecto de Ley, así como con las enmiendas presentadas por los distintos Grupos durante la tramitación parlamentaria, hasta la aprobación definitiva de la norma. Los hitos de la aprobación se encuentran disponibles en:

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu12&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-12-A-13-1.CODI.%29#\(P%C3%A1gina1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu12&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-12-A-13-1.CODI.%29#(P%C3%A1gina1)) [consulta: 6 junio 2018]

diciembre, incluyendo una cláusula de derogación tácita respecto a cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en el REPD 2016/679 y la LOPDPyGDD.

Sin embargo, se mantiene, por otra parte, según dispone la disposición transitoria cuarta, la vigencia de las disposiciones dictadas en aplicación del art. 13 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, concretamente el art. 22 de la LOPD 15/1999, relativo a los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una vigencia que persiste mientras no sea expresamente modificada, derogadas o sustituidas por la trasposición de la Directiva comunitaria. Además de ello, en la disposición transitoria quinta, se mantiene también la vigencia de otros artículos de la LOPD de 1999 respecto al tratamiento de datos sometidos a la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento y del Consejo para la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, hasta que no se produzca la efectiva trasposición al ordenamiento jurídico español de la citada Directiva.

Téngase en cuenta, no obstante, que existe en este caso un nuevo incumplimiento, ya que según dispone el art. 63 de la Directiva 2016/680, la fecha límite de trasposición está fijada antes del día 6 de mayo de 2018, plazo que también fue incumplido, aun cuando se admite en la Directiva la posibilidad de que los Estados Miembros se acojan a la prórroga prevista en el párrafo segundo del art. 63, que permite ampliar el plazo de trasposición hasta antes del 6 de mayo de 2023, prevista para los casos en los que la exigencia de que los sistemas de tratamiento automatizado ex art. 25, apartado 1²⁵⁶, supongan un esfuerzo desproporcionado.

Con lo cual, la LOPDPyGDD, que desarrolla el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos de carácter personal, tiene por objeto su adaptación al marco comunitario, al amparo del art. 18.4 de la Constitución. La ley consta de noventa y siete artículos (frente a los setenta y ocho artículos del proyecto inicial) ordenados en diez títulos, veintidós disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y catorce disposiciones finales. Adviértase que parte del contenido del proyecto en tramitación, ya ha sido regulado mediante el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de

²⁵⁶ El Art. 25.1 de la Directiva (UE) 2016/680, regula, con carácter de mínimos, un Registro de operaciones, a través del cual, los Estados miembros deben velar por que se conserven registros de, al menos, las siguientes operaciones de tratamiento en sistemas de tratamiento automatizados, así como su trazabilidad: *“recogida, alteración, consulta, comunicación incluidas las transferencias, combinación o supresión. Los registros de consulta y comunicación harán posible determinar la justificación, la fecha y la hora de tales operaciones además de, en la medida de lo posible, el nombre de la persona que consultó o comunicó datos personales, así como la identidad de los destinatarios de dichos datos personales.”*

la Unión Europea en materia de protección de datos. Con lo que el Decreto Ley, una vez convalidado por las Cortes generales, resulta plenamente aplicable en la regulación de las materias referentes a la inspección y régimen sancionador de la AEPD, que no precisan de rango orgánico²⁵⁷, con lo que el DRL complementa a la Ley Orgánica.

2.3.4 Breves notas sobre la adaptación normativa extemporánea al RGPD en la LOPDPyGDD: La antesala del escenario que se avecina.

El 1 de junio de 2018, prosperó por primera vez en la historia de la democracia reciente, una moción de censura en el Congreso de los Diputados, lo que ha provocado un cambio de Gobierno y finalmente una convocatoria de elecciones anticipadas. Este hecho abre ciertos interrogantes sobre la posibilidad de acometer una reforma laboral integral, adaptada a las demandas de la economía digital, ante el fragmentado escenario de la política española. Inicialmente se trata de una necesidad reconocida por los partidos políticos con mayor representación en las Cortes Generales, sin embargo, la atomización política en la composición de las Cortes parece anunciar un panorama de grandes dificultades en la obtención de acuerdos. Fundamentalmente a la vista del largo retraso producido en la aprobación de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter personal (tras superar la fase de enmiendas a la totalidad y enmiendas parciales²⁵⁸). Concretamente, tras el debate en la Ponencia de la Comisión de justicia, la aceptación de diversas enmiendas y la transacción de otras ha culminado finalmente en diciembre de 2018 el proceso de tramitación, sustituyéndose la denominación inicial del proyecto del texto por LOPDPyGDD. De forma que la redacción final de la ley ha quedado incluida la

²⁵⁷ Cfr. El contenido del Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, se aplica junto a los Títulos VII y VIII de la LOPDPyGDD.

²⁵⁸ la enmienda a la totalidad presentada por el Partit Demòcrata Català, integrado en el Grupo Parlamentario Mixto, basada en un conflicto de competencias fundamentado en el Art. 156 del Estatuto de Autonomía de Catalunya que atribuye la competencia exclusiva a la Generalitat en materia de protección de datos, atribuida a la Autoritat catalana de Protecció de Dades como organismo de control por la Ley 32/2010, de 1 de octubre, de la Autoritat catalana de Protecció de Dades. La enmienda a la totalidad defendida por el Grupo estaba basada en que el texto tiene un carácter claramente regresivo al limitar el ejercicio de las competencias de las Autoridades autonómicas de protección de datos, como es el caso de la catalana, por lo que habrá que atender a las posibles alteraciones que puedan tener lugar durante los próximos días. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 13-2, de 18/04/2018. BOCG-12-A-13-2. Disponible en:

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu12&FMT=PUW TXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-12-A-13-2.CODI.%29#\(Página1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu12&FMT=PUW TXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-12-A-13-2.CODI.%29#(Página1) [consulta: 20 junio 2018]) [consulta: 20 junio 2018]

propuesta del Grupo Parlamentario Socialista de un nuevo Título X, bajo el epígrafe “*Garantía de los derechos digitales*”²⁵⁹.

Por otra parte, como ya se ha mencionado anteriormente en el apartado relativo al sistema de fuentes, debe advertirse que la falta de Adaptación en plazo de la Ley Orgánica al RGPD, da lugar a que en el mes de septiembre de 2018 se convalide el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos.

Con lo cual, la aprobación de la LOPDPyGDD 3/2018, de 5 de diciembre de 2018, debió haber tenido lugar antes del 25 de mayo de 2018, con lo que el plazo previsto en el RGPD ha quedado rebasado. Además, debe advertirse sobre las numerosas críticas recibidas por la mayoría de la doctrina, por la defectuosa técnica legislativa, así como por la falta de ambición del legislador²⁶⁰. Sin embargo, en su favor debe reconocerse el reconocimiento, por primera vez, de una pequeña parte de los derechos de los trabajadores, afectados por la economía digital. A pesar de haber recibido el reproche constitucional y la declaración de nulidad la disposición final tercera, apartado dos, de la LOPDPyGDD 3/2018, que modificaba el régimen electoral español para habilitar a los partidos políticos a rastrear las redes sociales para crear perfiles ideológicos de los ciudadanos.

Ante tales dificultades, no escapa a quien escribe, la dificultad que van a encontrar los Grupos Parlamentarios en las Cortes Generales, más allá de la defensa de sus intereses corporativos, para encontrar el consenso necesario en la articulación de un nuevo ET, y dar así respuesta adecuada y seguridad jurídica al desarrollo de la economía digital. Con lo que las expectativas prometen un escenario, no exento de dificultades, en el que solo cabe esperar y desear sentido común y visión de Estado para acometer la reforma necesaria. Petición nada baladí a la vista de los acontecimientos.

²⁵⁹ Vid Informe de la Ponencia sobre la Ley orgánica de protección de datos (BOCG de 9 de octubre de 2018). Disponible en:

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu12&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-12-A-13-3.CODI.%29#\(P%C3%A1gina1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu12&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-12-A-13-3.CODI.%29#(P%C3%A1gina1)) [consulta: 9 octubre 2018]

²⁶⁰ MIÑARRO YANINI, M., “La «Carta de derechos digitales... (cit. supra, notas núm. 177).”

2.3.4.1 Objetivo y principios generales de la LOPDPyGDD

Según reza la Exposición de motivos de la disposición, la Ley atiende a facilitar la eficacia directa del RGPD. De tal manera, la nueva regulación da respuesta a las exigencias del Reglamento comunitario, de homogeneizar las normas en los distintos países de la UE, colaborando así a superar los obstáculos que impidieron la finalidad armonizadora de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre 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 esos datos. Lo cierto es que la trasposición de la directiva en los distintos países ha culminado en un *“mosaico normativo con perfiles irregulares en el conjunto de la Unión Europea lo que, en último extremo, ha conducido a que existan diferencias apreciables en la protección de los derechos de los ciudadanos”*.

En coherencia con ello, el texto relaciona, en su Título II, una serie de principios generales que deben inspirar cualquier proceso en materia de protección de datos, entre los que se encuentran los criterios sobre la responsabilidad por la Inexactitud de los datos tratados, así como los supuestos en los que queda exento el responsable de la protección de datos ex art. 4 LOPDPyGDD.

Seguidamente a lo cual, el art. 5 LOPDPyGDD detalla la extensión del **deber de confidencialidad**, afectando a cualquier persona que intervenga en el proceso de tratamiento de datos. Configurándose, por otra parte, este deber de confidencialidad, como una responsabilidad adicional al deber de secreto profesional. De esta manera, se fija la vigencia temporal de dichas obligaciones, de forma indefinida en el tiempo, llegando a prolongarse, incluso, en el supuesto de que haya finalizado la relación, entre el obligado por la confidencialidad y el responsable o encargado del tratamiento de datos.

Junto a ello, destaca el principio general sobre el que se asienta el fundamento del tratamiento de datos, cual es **el preceptivo consentimiento del particular** regulado en el art. 6, un principio que se refuerza especialmente en caso de afectar a menores de edad (art. 7). De manera que define el consentimiento del afectado, conforme a unas notas singulares que lo caracterizan, como *“toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que éste acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”*. Debiendo obtenerse tal consentimiento para todas y cada una de las finalidades pretendidas con el tratamiento de datos, no resultando admisible una petición de prestación del

consentimiento genérica, ni el tradicional “consentimiento tácito”²⁶¹. De la misma manera que tampoco será válido supeditar la ejecución de un contrato al consentimiento del afectado para tratar sus datos personales, para fines que ninguna relación tenga con “el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual”.

Concretamente, respecto a los menores de edad, la edad para prestar válidamente consentimiento se fija en los catorce años²⁶². Todo ello, sin perjuicio de aquellos supuestos en los que la normativa exija otra edad para formalizar un contrato, como es el caso del contrato de trabajo. Desde esta perspectiva, con carácter general solo podrán consentir la cesión de sus datos los trabajadores mayores de dieciocho años, los menores emancipados ya sea por vía de hecho, al poder acreditar vida independiente, además de los emancipados “de derecho”, previo expediente tramitado al efecto, así como los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años que hayan sido autorizados para trabajar por su tutor. Entendiéndose que, formalizada la autorización, quedarían válidamente habilitados para tomar decisiones sobre sus datos personales en el ámbito laboral.

Para el resto de los supuestos referidos a trabajadores menores de 16 años, que la legislación española limita a intervenciones en espectáculos públicos, parece razonable hacer una distinción entre los menores de catorce años y los mayores de esta edad. De tal manera que, para la cesión de datos de los menores, a partir de los catorce años, quedaría legalmente facultado el menor, disponga o no de autorización administrativa, mientras que, para el caso de menores de catorce años, deban ostentar los titulares de la patria potestad o tutela, la capacidad y legitimación para determinar el alcance de la cesión de datos.

Hechas estas precisiones sobre los principios generales del consentimiento prestado, la excepción a la norma general de voluntariedad se refleja en la prestación obligada del consentimiento ex art. 8 LOPDyGDD respecto a los supuestos en los que el tratamiento de datos se determina legalmente o por una disposición de obligado cumplimiento de la UE, que podría determinar las condiciones generales del tratamiento, y los tipos de datos que van a ser tratados, además de las posibles cesiones. Con la singularidad de la reserva de rango de Ley Orgánica, si se trata de datos de naturaleza penal, ex art. 10 LPDPyGDD.

²⁶¹ La exigencia del art. 6.1 LOPDPyGDD de prestar consentimiento de forma libre e inequívoca, desde un punto de vista práctico, no admite la presunción de consentimiento de tratamiento de datos del trabajador, pero sería posible p. ej. incluir una casilla específica en el contrato de trabajo autorizando al tratamiento de datos, siempre y cuando la misma no se encuentre previamente marcada por el empresario.

²⁶² Téngase en cuenta que el borrador inicial del Proyecto de Ley orgánica fijaba en trece años la edad mínima para prestar válidamente el consentimiento.

Culminando la relación de los principios de protección de datos del Título II de la LOPDPyGDD, se encuentra la prohibición de tratamiento de las **categorías especiales de datos**, en coherencia con el derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto ex. art. 16 CE, unido a la prohibición de discriminación ex. art 14 CE, cuando el tratamiento tenga finalidad ilícita. Tal es el caso de la clasificación de personas por su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico.

La citada prohibición queda también reflejada en la exposición de motivos de la Ley, en referencia expresa a la prohibición de la mala praxis de las listas negras. Recordando el legislador el mantenimiento de la prohibición de consentir tratamientos con la finalidad principal de almacenar información identificativa de determinadas categorías de datos especialmente protegidos. No dando cobertura, en ningún caso, el consentimiento prestado para la creación de "listas negras" de sindicalistas, aunque se admite el tratamiento de los datos de afiliación sindical por el empresario para hacer posible el ejercicio de los derechos de los trabajadores²⁶³.

Adicionalmente, la norma admite la posibilidad de que se fijen requisitos adicionales para el tratamiento de otros datos singulares como, por un lado, los relativos a la salud, entre los que se encuentra el ámbito de la medicina preventiva, los diagnósticos médicos, la prestación sanitaria en los accidentes de trabajo, en materia de seguridad y salud laboral²⁶⁴. Además de los que puedan derivarse de la evaluación de la capacidad laboral del trabajador. Si bien, la trascendencia del principio constitucional protegido en estos supuestos exige que la legislación de ámbito laboral que regule esta materia revista la forma de Ley Orgánica.

²⁶³ Vid párrafo sexto *in fine* del apartado V de la Exposición de motivos de la LOPDPyGDD en el que se determina que *“la prestación del consentimiento no dará cobertura a la creación de «listas negras» de sindicalistas, si bien los datos de afiliación sindical podrán ser tratados por el empresario para hacer posible el ejercicio de los derechos de los trabajadores al amparo del Art. 9.2.b) del Reglamento (UE) 2016/679 o por los propios sindicatos en los términos del Art. 9.2.d) de la misma norma europea.”*

²⁶⁴ Reconoce el refuerzo de la protección de datos clínicos del trabajador a raíz de la aprobación del Reglamento Europeo de Protección de Datos PEDROSA ALQUEZAR, S.I., "Vigilancia de la salud laboral y protección de datos", Madrid, Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Núm. 138, 2018, pág. 181.

2.3.4.2 Derechos digitales de los trabajadores

Partiendo de la redacción final de la LOPDPyGDD, destaca un primer grupo de derechos laborales que se encuentran ubicados dentro del Título X de la Ley, (arts. 80 a 97), bajo el epígrafe “*Garantía de los derechos digitales*”²⁶⁵. Entre los cuales se incluye el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (art. 87), el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral (art. 88), el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (art. 89), el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90), además de los derechos digitales en la negociación colectiva (art. 91)²⁶⁶. Todos ellos con rango de ley orgánica a excepción del derecho a la desconexión digital al que se le atribuye carácter de ley ordinaria conforme a lo previsto en la Disposición Final primera²⁶⁷.

De forma aislada al citado título, se encuentran en el texto otro grupo de preceptos que se concreta en los art. 22, 24 y 28.2 d) de la LOPDPyGDD. En los cuales se regula el tratamiento de datos con fines de videovigilancia (con expresa remisión a lo dispuesto en el art. 89 del mismo cuerpo legal)²⁶⁸, junto al protocolo a seguir por el empresario, en caso de verse afectado un trabajador por denuncias internas en la empresa, ex art. 24 de

²⁶⁵ Destaca la ambigüedad de la redacción del título X de la LOPDy GDD, además de no asumir la incorporación plena de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad previstos en dicha sentencia, ni aclara el contenido y la dirección que debe tener esa obligación de información al trabajador. Junto a lo cual, analiza el papel atribuido a la negociación colectiva en aspectos fundamentales como el control de las comunicaciones electrónicas del trabajador, la vigilancia a distancia por cámaras, la grabación de sonidos y dispositivos GPS, el derecho de desconexión digital, o la necesidad que preservar la intimidad del trabajador en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición por el trabajador, BAYLOS GRAU, A., “Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivados de la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales”, Ciudad del Trabajo, Núm. 14, 2019, Pág. 155. Disponible en: <https://editorialbomarzo.es/wp-content/uploads/La-Ciudad-del-Trabajo-NU%CC%81MERO-14.pdf> [consulta: 12 febrero 2019]

²⁶⁶ Inicialmente el proyecto solo contemplaba tres artículos de incidencia laboral: sistemas de videovigilancia regulado en el art. 22, los sistemas de información de denuncias internas en el art. 24 y el registro de datos sobre infracciones y sanciones del art. 27 del proyecto inicial presentado en noviembre de 2017 ante las Cortes Generales.

²⁶⁷ Disposición final primera de la LOPDPyGDD determina la naturaleza de la ley, a la que reconoce con carácter general carácter de ley orgánica, a excepción del carácter de ley ordinaria el Título IV (disposiciones aplicables a tratamientos concretos, entre los que se encuentran los art. 22, 24 y 27, con incidencia en las relaciones de trabajo); el Título VII, que regula a las Autoridades de protección de datos, salvo los Art. 52 y 53, que tienen carácter orgánico; el Título VIII, sobre procedimientos en caso de posible vulneración de la normativa en materia de protección de datos; el Título IX, relativo al régimen sancionador; y finalmente los Art. 79, 80, 81, 82, 88, 95, 96 y 97 del Título X.

²⁶⁸ El art. 22.8 de la LOPDPyGDD determina que “*El tratamiento por el empleador de datos obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras se somete a lo dispuesto en el artículo 89 de esta ley orgánica*”.

la LOPDPyGDD²⁶⁹. Además, se detallan las obligaciones del responsable y encargado del tratamiento datos personales que impliquen una evaluación de aspectos personales para crear o utilizar perfiles personales²⁷⁰, en base a diversos aspectos entre los que se encuentra la localización o movimientos del trabajador o sus rendimientos de trabajo, entre otros, ex art. 28.2 d) de la citada Ley orgánica.

Por último, las Disposiciones Finales decimotercera y decimocuarta modifican respectivamente el ET y el EBEP, incluyendo en los citados textos legales nuevos preceptos (art. 20 bis ET, y letra j bis) del art. 14 EBEP) que recogen el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales que el empresario pone a su disposición, en el uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como el derecho a la desconexión digital en los términos establecidos en la LOPDPyGDD para trabajadores y empleados públicos.

2.3.4.2.1 Derecho a la intimidad y cesión de tecnología

La nueva redacción del El art. 87 de la LOPDPyGDD regula, por primera vez en el Derecho del Trabajo, el derecho a la intimidad de los trabajadores en el uso de dispositivos digitales cedidos por la empresa. Se trata de un derecho que también se incluye asimismo en la redacción del recientemente aprobado art. 20 bis ET²⁷¹. De tal manera, el nuevo marco recoge la interpretación de la jurisprudencia sobre esta materia, extendiendo

²⁶⁹ Aborda los distintos procedimientos de denuncias internas, la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores y la protección de datos personales, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Sistemas de denuncias internas (Whistleblowing) y derechos fundamentales en el trabajo”, Revista Trabajo y Derecho, Núm. 52, 2019. Pág. 24 y ss.

²⁷⁰ Conviene recordar aquí la decisión del TC que ha declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del apartado 1 del art. 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que permite a los partidos políticos recoger datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos. Motivo por el que dispone estimar el recurso de inconstitucionalidad y, “*declarar contrario a la Constitución y nulo el apartado 1 del art. 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, incorporado a esta por la disposición final tercera, apartado dos, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*”.

²⁷¹ La Disposición final decimotercera de la LOPDPyGDD añade un nuevo artículo al ET (art. 20 bis), con el siguiente contenido: «*Artículo 20 bis. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión. 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.*»

A su vez la Disposición final decimocuarta del mismo cuerpo legal modifica también el EBEP añadiendo una nueva letra j bis) al art. 14 quedando redactado como sigue: «*j bis) A la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.*»

inicialmente el derecho fundamental a la intimidad a trabajadores y empleados públicos, en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador (apartado 1 del art. 87).

Sin perjuicio de ello, en el apartado 2, se reconoce al mismo tiempo la facultad del empleador de acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores. A este respecto, téngase en cuenta que el legislador, como también se ha pronunciado la doctrina judicial nacional y del TEDH, no reconoce un derecho absoluto o ilimitado al empresario, sino que concreta la facultad de acceso a la tecnología, a los exclusivos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias, además de garantizar la integridad de dichos dispositivos. Con lo cual, cualquier extralimitación en el poder de control se interpretaría como una vulneración del derecho fundamental a la intimidad del trabajador.

Por este motivo, cobra especial importancia el establecimiento de los criterios de utilización de los dispositivos digitales (no se trata de una facultad, sino de una obligación, al determinar la norma que “los empleadores deberán ...”). Los cuales deben partir de la base del respeto “en todo caso” a los estándares mínimos de protección de la intimidad del trabajador, atendiendo a los usos sociales, además de a los derechos legales y constitucionales, conforme al principio de la buena fe contractual. De esta manera, para que el empresario pueda acceder al contenido de dispositivos digitales, en los supuestos en los que se ha admitido su uso con fines privados, resultará indispensable que haya especificado previamente, y con precisión, los usos autorizados, así como los períodos en los que está permitido utilizar los dispositivos para fines privados, debiendo establecerse las garantías precisas en orden a preservar la intimidad de los trabajadores.

Para lo cual, el art. 87.3 reconoce el derecho de la representación de los trabajadores a participar en la elaboración de los citados criterios de utilización de la tecnología, ampliándose así el conjunto de derechos de participación y consulta de los representantes de los trabajadores del art 64 ET²⁷². Y en consecuencia decreta el deber de informar a los trabajadores sobre los citados criterios de utilización de las tecnologías.

²⁷² El art. 87.3 fija taxativamente que en la elaboración de los criterios de utilización de los dispositivos digitales “deberán participar” los representantes de los trabajadores.

2.3.4.2.2 Grabación de imágenes y sonido Vs. Derecho a la intimidad.

Adviértase de entrada, que nos encontramos ante la primera disposición (en un texto con rango de Ley orgánica) dedicada al tratamiento de datos con fines de videovigilancia en el trabajo²⁷³. De la cual, podemos distinguir una primera aproximación relativa al tratamiento de datos por el empleador obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras, ex art. 22.8 LOPDPyGDD (con carácter de ley ordinaria). En este precepto se produce una remisión expresa al art. 89 del mismo cuerpo legal, regulador del derecho a la intimidad del trabajador, frente al uso de estos dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (este ya con carácter de ley orgánica). Constituyendo el primer marco jurídico en nuestro ordenamiento, mediante el cual se reconoce una autorización finalista a cualquier persona (física o jurídica, pública o privada), para llevar a cabo el tratamiento de imágenes, a través de sistemas de cámaras o videocámaras, encontrando su justificación en el objetivo de preservar la seguridad de las personas, bienes e instalaciones.

La redacción del citado art. 22 LOPDPyGDD en su apartado 3 aporta un límite temporal para disponer de estos datos. Con lo que el material deberá ser destruido una vez se cumpla el plazo máximo de un mes desde su captación²⁷⁴, encontrándose la única excepción, para el supuesto de que sea necesario conservar los datos durante mayor tiempo, a fin de acreditar la comisión de actos lesivos a la integridad de personas, bienes o instalaciones.

Desde esta perspectiva, habrá de tenerse presente que el art. 89 LOPDPyGDD reconoce en el ámbito de la empresa privada, así como en la administración pública, un derecho finalista a los empleadores (o responsables públicos) para tratar las imágenes obtenidas

²⁷³ Inicialmente el art. 22.5 del proyecto establecía que *“Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores previstas en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar a los trabajadores acerca de esta medida. En el supuesto de captación de imágenes durante la comisión flagrante de un acto delictivo, la ausencia de la información a la que se refiere el apartado anterior no privará de valor probatorio a las imágenes, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de dicha ausencia”*.

²⁷⁴ Dispone en el apartado 3 del art. 22 LOPDPyGDD que *“Los datos serán suprimidos en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones. En tal caso, las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación.”*

a través de sistemas de cámaras o videocámaras²⁷⁵. Reservándose el fundamento legal al ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos ex art. 20.3 ET y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo.

Por este motivo, los empleadores deben informar de forma previa, clara, concisa y expresa a los trabajadores (o empleados públicos) y a sus representantes, acerca de esta medida de control. Entendiéndose cumplido el citado deber de informar, en los casos de captación de imágenes del trabajador cometiendo flagrante ilícito (o empleados públicos), cuando exista al menos el dispositivo informativo de advertencia al que se refiere el art. 22.4 de esta ley orgánica²⁷⁶.

Junto a ello, siguiendo la línea interpretativa sentada por la jurisprudencia española, la norma detalla los espacios en los que queda prohibida la instalación de sistemas de grabación de sonidos o de videovigilancia, entre los que se encuentran los lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores (o empleados públicos), - vestuarios, aseos, comedores y análogos-.

Por otra parte, la utilización de otros sistemas similares para grabar sonidos en el lugar de trabajo solo será admisible cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad, intervención mínima y las garantías previstas en la citada LOPDPyGDD. Con lo que quedan Prohibidas las grabaciones realizadas de forma permanente con objeto de controlar a todo el personal, durante las horas de trabajo.

A este respecto, merece crítica favorable, que prosperara la enmienda de supresión de la legitimación de la práctica laboral de grabar de forma oculta a sus trabajadores para descubrir “actos delictivos”²⁷⁷. Ya que, debe protegerse un equilibrio entre el derecho fundamental a la vida privada en el lugar de trabajo, derivado del art. 18 CE, en relación

²⁷⁵ Al respecto, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. “Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, Diario La Ley, Núm. 9328, 2019, (Ed. Dig. 15103/2018)

²⁷⁶ El art. 22.4. LOPDPyGDD considera cumplido el deber de información previsto en el Art. 12 del Reglamento (UE) 2016/679 mediante la colocación de un “dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los Art. 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679”.

²⁷⁷ El borrador inicial justificaba en el art. 25.2 en su segundo párrafo, la obtención de imágenes cometiendo un “acto delictivo”, afirmando que la falta de información no implica la pérdida de valor probatorio de las imágenes, “sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de dicha ausencia”.

con el art. 8 del CEDH y el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE). Solo así, y no solo con una sanción económica impuesta por la AEPD, resulta posible garantizar suficientemente la salvaguarda del derecho a la vida privada y a la propia imagen.

2.3.4.2.3 Los límites de la geolocalización en el trabajo

También se incluye, por primera vez, el derecho a la intimidad del trabajador ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90 LOPDyGDD). Haciéndolo el legislador en similares términos al reconocimiento del derecho a la intimidad en el trabajo ante el uso de otras tecnologías. De esta manera, se faculta a los Empleadores a tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización *“para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública”*. Siempre que realice en el ejercicio legal de sus funciones y dentro de los límites inherentes al mismo. Con lo cual, la justificación de la obtención y tratamiento de datos se reserva, al igual que en los supuestos anteriormente referidos, en el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores ex art. 20.3 ET, (o empleados públicos conforme al EBEP).

De esta manera, si bien, inicialmente, reconoce el derecho finalista de los empleadores de tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización, posteriormente lo matiza al exigirse que, con carácter previo, el empleador haya informado de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores y sus representantes (o a los empleados públicos) sobre la existencia y características de estos dispositivos, así como del ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

2.3.4.2.4 Derechos digitales en la negociación colectiva

Entre el abanico de nuevos derechos digitales se incluye una referencia expresa al ámbito de la negociación colectiva en el art. 91 LOPDyGDD, al determinar la posibilidad de que en la misma se establezcan *“garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”*. Lo que abre la posibilidad de que los convenios colectivos refuercen las garantías legalmente establecidas para los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral. Con lo cual, el marco de la ley orgánica queda configurado como un derecho de mínimos, delegando la regulación de tal materia, y reclamando de la negociación colectiva el mandato legal de

concreción del derecho. Siendo el convenio colectivo el que puede mejorar las genéricas condiciones reguladas en la LOPDPyGDD.

Con lo cual, el precepto viene a reforzar el modelo constitucional promocional del derecho a la negociación colectiva, dejando en manos de la libertad el futuro desarrollo de los derechos de los trabajadores afectados por las tecnologías, a pesar del complejo contexto en el que se encuentra la realidad social y económica española. Aspecto que no resta un ápice el compromiso debido del legislador para protagonizar un papel principal en la adaptación de este marco normativo a la economía digital.

2.3.4.2.5 El Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral

Cada vez es más habitual la denuncia de los expertos en medicina sobre los riesgos de adicción que provocan las tecnologías. Siendo especialmente los sectores más jóvenes de la población, junto a los trabajadores con altos niveles de responsabilidad, los que se encuentran más afectados. Colectivos entre los que surge la categoría de trabajadores *tecnoadictos*²⁷⁸. Se trata de una patología consistente en un comportamiento anómalo que impide desconectar de la tecnología, al necesitar estar al tanto de todo lo que ocurre en el entorno de su negocio. A esta patología se le asocia el *fomo* (Fear Of Missing Out). Con lo cual, el temor a perder el control sobre cualquier aspecto de interés para el negocio o perder la conexión con la empresa, potencia conductas obsesivas de dependencia. Adicionalmente a ello, tan obsesivo control por conocer la información relacionada con el trabajo genera trastornos de ansiedad en el trabajador, dificultando el buen clima de las relaciones laborales. De hecho, la desconexión con otros miembros de la plantilla puede generar sentimientos de frustración y fomenta la rivalidad entre empleados, retroalimentando situaciones de estrés entre el resto de los trabajadores, pudiendo culminar en acoso tecnológico.

Por este motivo, el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral cobra especial relevancia, dada la creciente incidencia de tales patologías. Así lo ha considerado también, finalmente, el legislador español, al incluirlo en el art. 88 de la LOPDyGDD, entre las prerrogativas reconocidas a los trabajadores. Con lo que el nuevo marco jurídico

²⁷⁸ Algún sector de la doctrina ha propuesto medidas de desconexión automática forzada como la "siesta digital", el "toque de queda digital" para favorecer la desconexión y el descanso. Una medida excesivamente intrusiva, a mi juicio, ya que sería suficiente para conseguir su objetivo el reconocimiento del derecho del empleado a no acceder a las herramientas tecnológicas fuera de las horas de trabajo. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "Correflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo", 2018, RTSS, CEF, Núm. 421, Pág. 14.

incluye un derecho regulado con carácter de ley ordinaria, que, atendiendo a criterios de técnica legislativa, su inclusión en una ley sobre protección de datos personales tiene difícil encaje. Justificando este argumento una crítica adversa a los autores de la enmienda. Sin embargo, también se puede encontrar el lado positivo a su regulación, al emerger como un derecho original para el marco jurídico español, que queda vinculado al derecho al descanso, así como a la intimidad personal y familiar del trabajador. Es por ello por lo que no cabe negar la trascendencia de la incorporación del derecho a nuestro cuerpo normativo, por ser la primera vez que se da reflejo en el Derecho del Trabajo a semejante reconocimiento que, junto con el resto de la regulación de los derechos laborales, ha sido calificado por algún sector de la doctrina como lo más aproximado a una “carta de derechos digitales de los trabajadores”²⁷⁹. En el cual se relacionan un abanico de derechos con contados antecedentes en el derecho europeo.

A tal efecto la norma reconoce, con carácter general, a trabajadores y empleados públicos el derecho a la desconexión digital. La consagración del derecho persigue blindar el tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. Lo que exige determinar el tiempo de trabajo que haya podido fijarse “legal o convencionalmente” ex art. 88.1 LOPDPyGDD, a pesar de que habitualmente la concreción del tiempo de trabajo se determina en el contrato de trabajo. Circunstancia que ha de ponerse en relación con la nueva redacción del art. 34.9, conforme a la redacción establecida en el RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

Tal redacción obliga al empresario a garantizará el registro diario de jornada, “que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de *“cada persona trabajadora”*, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo”, lo que incluye a los teletrabajadores. Implicando la necesidad de establecer un sistema (en este caso telemático) con el que poder hacer un control de la jornada de trabajo. Aspecto que puede generar numerosos problemas, desde un punto de vista práctico, atendiendo a la falta de rigidez que ordinariamente existe en la prestación de trabajo bajo esta modalidad. Además, la redacción entra en confrontación con la LOPDPyGDD al determinar la obligación de la empresa de conservar los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años, los cuales deben permanecer a disposición de los trabajadores, de sus representantes legales y de la ITSS.

²⁷⁹ Al respecto MIÑARRO YANINI, M., “La «Carta de derechos digitales» de los trabajadores ... (cit. supra, nota núm. 177 y 260).

Téngase en cuenta también que el apartado 2 del art. 88 de la Ley orgánica citada avanza, sin mayor concreción, (ni siquiera sugiere supuestos a título ejemplificativo), la posibilidad de que surjan distintas modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión. Las cuales atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral. Con lo cual, tal indefinición sobre los niveles de ejercicio del derecho, en principio, quedaría relegada al acuerdo bilateral entre empresario y trabajador, encontrándose reservada legalmente su concreción al acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores, salvo que expresamente ésta se aborde en el marco de la negociación colectiva.

Llámesse la atención del lector sobre el hecho de que los acuerdos colectivos, referidos a los distintos niveles de desconexión que tendrán los trabajadores, deberían potenciar el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar. Reforzándose de esta manera el derecho al descanso y a la conciliación, frente al carácter invasivo de las tecnologías.

Adicionalmente a lo expuesto, la norma atribuye al empresario la responsabilidad del diseño de política interna de la empresa relativa al derecho de desconexión digital. La cual resulta de aplicación a todos los trabajadores (incluso personal directivo), determinando las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión, así como acciones de formación y sensibilización para la prevención de riesgos laborales. De esta manera, se enmarca la justificación del reconocimiento del derecho a la desconexión en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Y contrariamente a lo dispuesto inicialmente, al encomendarse el desarrollo de las modalidades del derecho de desconexión a la negociación colectiva, o en su caso al acuerdo entre representantes de los trabajadores y el empresario, pasa a atribuirse, exclusivamente, un derecho de audiencia previa a la representación de los trabajadores, en la elaboración de la citada “política interna” de la empresa sobre la materia (ex art 88.3 LOPDPyGDD). Lo que en la práctica también podría dar lugar a diferentes problemas, a la hora de determinar el nivel de participación de la representación de los trabajadores en la determinación.

Con lo cual, todo parece indicar que, previsiblemente, vaya a ser la negociación colectiva²⁸⁰ el instrumento más útil para regular el “derecho a la desconexión digital”. Sirviendo, en tal caso para garantizar el objetivo de no prolongar, virtualmente, el número de horas de trabajo efectivo, ya que es preciso preservar el derecho al descanso diario, semanal o las vacaciones. Se trata el derecho al descanso de una conquista vital que no

²⁸⁰ En su contenido sustantivo, el art. 34 del ET deja en manos de la negociación colectiva (o del contrato de trabajo) la duración de la jornada de trabajo, disponiendo, a su vez, que la limitación del número máximo de horas ordinarias de trabajo no podrá superar las nueve horas diarias.

admite el riesgo de que se pierda su esencia, cuando el trabajo se realiza fuera del centro a través de un uso intensivo de las TIC. Porque como señala ALEMAN, las tecnologías “diluyen los códigos de espacio y tiempo” mediante la normalización de su uso permanente las veinticuatro horas del día y los 365 días del año²⁸¹.

De esta manera, la práctica, cada vez más habitual, de utilizar masivamente la tecnología obliga a determinar con precisión cuando finaliza la jornada de trabajo, para que este momento opere como barrera interruptora del servicio, dejando, así, paso al espacio de tiempo en el que el trabajador tiene derecho a no encontrarse en modo operativo o disponible. Aspecto que encuentra su justificación no solo en razones de salud laboral, sino también en la en la garantía de los derechos del trabajador, junto a la protección del derecho básico al descanso.

2.3.4.3 *Los sistemas de información de denuncias internas*

La idea fundamental de los sistemas de información de denuncias internas en el sector privado se encuentra prevista en el art. 24 LOPDPyGDD²⁸². Se destaca, en este caso de la redacción del precepto, la limitación de sujetos que pueden acceder a tal información, aunque se permite la consulta de la información por terceros, en caso de que concurren motivos disciplinarios²⁸³. Por otra parte, merece crítica adversa la concreción en tres meses el plazo de tiempo, durante el cual el empresario se encuentra autorizado para utilizar la información relativa a denuncias internas, antes de proceder a la destrucción de los datos, al considerarlo elevado, atendiendo a los plazos de prescripción fijados en el ET para las faltas. De esta manera, según reza el precepto, “*Los datos de quien formule*

²⁸¹ Se considera que la revolución digital produce una licuefacción general de los códigos de espacio y tiempo, motivo por el que un sector de la doctrina empieza a hablar del trabajo líquido. V gr. ALEMAN PÁEZ, F., “El derecho de desconexión digital: Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail No 2016-1088»”, Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, Ed. Wolters Kluwer pág. 16.

²⁸² El art. 24 LOPDPyGDD regula el procedimiento de los sistemas de información de denuncias internas en el sector privado, estableciendo en su apartado primero la licitud de “*la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, incluso anónimamente, la comisión en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable. Los empleados y terceros deberán ser informados acerca de la existencia de estos sistemas de información.*”

²⁸³ El art. 24.2 establece que “*El acceso a los datos contenidos en estos sistemas quedará limitado exclusivamente a quienes, incardinados o no en el seno de la entidad, desarrollen las funciones de control interno y de cumplimiento.*” Asimismo, “*Solo cuando pudiera proceder la adopción de medidas disciplinarias contra un trabajador, dicho acceso se permitirá al personal con funciones de gestión y control de recursos humanos.*”

la comunicación y de los empleados... deberán conservarse en el sistema de denuncias únicamente durante el tiempo imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación sobre los hechos denunciados. En todo caso, transcurridos tres meses desde la introducción de los datos, deberá procederse a su supresión... Si fuera necesaria su conservación para continuar la investigación, podrán seguir siendo tratados en un entorno distinto por el órgano de la entidad al que compete dicha investigación."

Téngase en cuenta que tal supuesto contempla unos plazos, en los que el empresario queda obligado a conservar datos personales, muy superiores en relación a los fijados para la prescripción de las faltas laborales en el art. 60 ET²⁸⁴ (que oscilan entre diez y sesenta días), en función de la gravedad de la infracción. Con lo cual, parecería más razonable, que tal plazo hubiera coincidido con lo prescrito en el ET. Y ello porque parece razonable que normalmente coincida la fecha de formalización de la denuncia (o a lo sumo el primer día hábil siguiente), con la toma de conocimiento de la empresa. Por lo que al fijarse el *dies a quo*, en el momento en el que la empresa tiene conocimiento de la infracción, y el *dies ad quem* en los sesenta días siguientes a tal conocimiento, el plazo fijado en el art. 24 de la LOPDPyGDD para la supresión de los datos del sistema de denuncias de tres meses, resulta disonante. De tal manera, los plazos generales para suprimir tal información deberían quedar condicionados por la regulación del ET, comenzando a operar el *dies a quo* para el borrado, desde la fecha de introducción de los datos en el sistema de denuncias relativos a las faltas, ya sean leves, graves o muy graves, o a lo sumo el siguiente día hábil. Todo ello, sin perjuicio de que las tecnologías permitirían aplicar los plazos de prescripción corta señalados, y no la prescripción larga de los seis meses, por la inmediatez en el conocimiento de la información que permiten las tecnologías. En cualquier caso, aun cuando pretendiese aplicarse la prescripción larga, el plazo de tres meses para la destrucción de la información, también resultaría incompatible con el plazo de 6 meses establecido en el ET.

Además de ello, admite la posibilidad de ampliar este plazo, en caso de ser necesaria su conservación de la información para continuar con la investigación. Para lo que, en tal caso, se podría seguir tratando los datos por el órgano de la entidad al que compete dicha investigación, aunque fuese en un entorno distinto. Con lo que ya no se conservarán en el propio sistema de denuncias internas ex art. 24.4 LOPDPyGDD. Por todo ello, debe precisarse, en conclusión, que hubiese aportado mayor seguridad jurídica la vinculación expresa a los plazos de prescripción de faltas previstos en el art. 60 ET, concretando el

²⁸⁴ El art. 60 fija el plazo de prescripción para las faltas cometidas por los trabajadores en diez días para las faltas leves, veinte días para las faltas graves, y sesenta días para las muy graves, a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido.

límite del plazo máximo de conservación de los datos, antes de su borrado, en sesenta días y no en tres meses como establece el proyecto, por ser éste el plazo de prescripción máximo que fija el ET para las faltas más graves desde que se tuvo conocimiento de su comisión.

2.3.4.4 *El registro de infracciones y sanciones en el orden social: opciones y objetivos*

Al abordar la configuración de los datos relativos a infracciones y sanciones en el orden social, el art. 27 LOPDPyGDD²⁸⁵ contempla una interpretación restrictiva del contenido de la información que ha de ser tratada. En tal caso, los datos relativos a infracciones y sanciones administrativas se encuentran limitados, exclusivamente, a dar respuesta a la finalidad perseguida mediante la creación del registro²⁸⁶. Junto a ello, señala tres opciones de posibles opciones para atribuir la competencia de gestión del registro (incluido el tratamiento de datos). De tal forma, podrán tratar los datos los órganos competentes para la instrucción del procedimiento sancionador, los responsables de la declaración de las infracciones, o bien, los responsables de la imposición de las sanciones.

Esta regulación tiene importantes consecuencias prácticas en el ámbito del Derecho del Trabajo, atendiendo al protagonismo asumido por las Comunidades Autónomas en materia de ejecución de la legislación laboral. Téngase en cuenta que la CE reserva al Estado, ex art. 149.1. 7ª, la competencia exclusiva en materia de legislación laboral, Correspondiendo su ejecución a las Comunidades Autónomas²⁸⁷. Lo que, tras cuarenta años de vigencia de la CE y de desarrollo y ejecución de las competencias constitucionales, los diversos procesos de transferencias competenciales en materia laboral han culminado en un complejo sistema, en el que la Inspección de Trabajo como

²⁸⁵ Vid art. 27 del proyecto de Ley Orgánica sobre tratamiento de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas, que además exige una norma con rango de ley cuando los datos pretendan ser tratados por un tercero distinto a los citados. “2. Cuando no se cumpla alguna de las condiciones previstas en el apartado anterior, los tratamientos de datos referidos a infracciones y sanciones administrativas habrán de estar autorizados por una ley, en la que se regularán, en su caso, garantías adicionales para los derechos y libertades de los afectados”.

²⁸⁶ Atendiendo a lo dispuesto en el Art. 5.1 c) del RGPD, se atenderá a la política de «minimización de datos» personales, de forma que solo se incluyan los que sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados.

²⁸⁷ Analiza el progresivo avance de ocupación de los espacios de poder no atribuidos en exclusiva al Estado en el art. 149.1.7, por las Comunidades Autónomas, CASAS BAAMONDE, M.E, “Las competencias de las Comunidades Autónomas en las materias laboral, de empleo y emigración: análisis del Estatuto de Autonomía de Galicia”, Revista Española de Derecho Constitucional, Núm. 23, 1988, pág. 100 y ss. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79372> [consulta 20 diciembre 2017]

órgano de control, atiende a una doble dependencia (orgánica y funcional) respecto de la AGE y del órgano correspondiente de cada Comunidad Autónoma. De forma que en la práctica coexiste la competencia autonómica, de ejecución de la legislación laboral en el campo de las relaciones laborales, individuales y colectivas (que incluye el ámbito de las condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales y de la seguridad y salud en el trabajo, así como a las políticas activas de empleo)²⁸⁸, junto con la reserva de competencia del Estado en régimen de exclusividad, en referencia a las materias de Seguridad Social e inmigración²⁸⁹.

Lo expuesto hasta ahora sugiere diferentes posibilidades para la creación y mantenimiento de los registros de infracciones y sanciones en el orden social, que, además, debería atender a principios generales tales como la simplificación administrativa, o la reducción de cargas.

De modo tal que, una de las posibilidades residiría en la creación de un registro de ámbito nacional que incluyese todo tipo de sanciones impuestas (por la autoridad laboral autonómica y estatal) en aplicación de lo preceptuado en la LISOS para las correspondientes infracciones. Lo que exigiría un acuerdo previo entre las distintas autoridades laborales, de la AGE y de las autoridades autonómicas, para concretar el

²⁸⁸ El art. 2 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Inspección de trabajo R.D. 138/2000, de 4 de febrero concreta el Ámbito funcional de actuación de la ITSS en *“la vigilancia del cumplimiento de las normas relativas a los ámbitos siguientes: 1.º Relaciones laborales, derechos sindicales y de representación laboral, prevención de riesgos laborales, colocación, empleo y normas para su promoción y fomento. 2.º Migraciones y trabajo de los extranjeros en España. 3.º Régimen económico de la Seguridad Social, en cuanto a sus recursos, sus prestaciones y mejoras, y a la colaboración en la gestión. Y, asimismo, las demás normas de Seguridad Social, excepto las relativas a asistencia sanitaria. 4.º Constitución y funcionamiento de entes de economía social, en el marco de lo establecido en su legislación específica. 5.º Funciones de arbitraje, conciliación y mediación; de asistencia técnica; y de informe a órganos jurisdiccionales o administrativos, todo ello en los términos previstos en la legislación aplicable.*

Actualmente todas las comunidades autónomas han llevado a cabo el proceso de transferencia de las competencias en materia de ejecución de la legislación laboral referidas a Relaciones laborales, derechos sindicales y de representación laboral, prevención de riesgos laborales, colocación, empleo y normas para su promoción y fomento, así como de arbitraje, conciliación y mediación ; de asistencia técnica ; y de informe a órganos jurisdiccionales o administrativos, todo ello en los términos previstos en la legislación aplicable. Incluso, en materias como Constitución y funcionamiento de entes de economía social, se ha transferido la competencia legislativa para las cooperativas. No así con relación a las sociedades anónimas laborales, que sigue siendo competencia exclusiva del Estado.

²⁸⁹ En este sentido, el art. 19 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad social establece, en alusión a la estructura funcional y territorial de la inspección de trabajo y seguridad social que basa en el principio de trabajo programado y en equipo, determina en su apartado segundo, que *“ Las Inspecciones de Trabajo y Seguridad Social, en el desarrollo de su actividad, actuarán en dependencia funcional de la Administración General del Estado o, de la respectiva Comunidad Autónoma, según la titularidad competencial que cada una posea en función de la materia sobre la que recaiga cada actuación.*

objeto, contenido y funcionamiento de este registro. Fundamentalmente, porque todas las administraciones serían responsables de la introducción de la información para gestionar una base de datos, que previsiblemente se encontraría en la nube.

Debe tenerse en cuenta que una de las debilidades de la organización territorial del Estado se refleja en las complejas relaciones políticas entre las administraciones, lo que ha generado, en no pocas ocasiones, un elevado volumen de tensión en las relaciones, debido a la falta de colaboración entre ellas, fundamentalmente para compartir información²⁹⁰. Por tanto, la problemática que rodea a la creación de un registro de sanciones se centra, en este caso, en la posibilidad de optar entre iniciar un sistema con diecisiete registros de Comunidades Autónomas y el de la AGE, o bien disponer de un único registro nacional, cuyos datos serían alimentados por las administraciones autonómicas y la AGE. Cuestión por la que, indudablemente, se debería permitir la explotación de datos a cualquier administración. Con lo cual, el citado objetivo, de la coordinación entre administraciones, debería evitar la multiplicación de registros que no se encontrasen interconectados. Permitiendo esta opción facilitar el cumplimiento del compromiso de las administraciones con principios como la eficiencia, la simplificación o la reducción de cargas. Además, se conseguiría un modelo de registro más eficaz, que, sin embargo, quedaría mermado si su contenido fuese incompleto, en el caso de que solo una de las administraciones incluyese los datos al sistema.

Otra opción sería registrar exclusivamente la información relativa a las actas de infracción levantadas por la Inspección de Trabajo, pero en tal caso, la información no resultaría de fiabilidad, ya que la imposición final de las sanciones está reservada en unos casos a la AGE y en otros tantos a las administraciones autonómicas, atendiendo a sus competencias. Con lo cual, los déficits de información dificultarían un buen diagnóstico sobre las debilidades de las relaciones laborales.

Con lo cual, surge otra posibilidad consistente en disponer de un registro de sanciones impuestas, para lo que sería exigible que todas las administraciones compartiesen la información de la que son responsables, ya que solo así un registro de infracciones y sanciones sería útil para las autoridades laborales a efectos de planificación, seguimiento y observación. Pudiéndose además compartir con los agentes económicos y sociales. Por lo cual, según los argumentos expuestos, parece claro que la opción más beneficiosa es contar con un único registro a nivel nacional que permita conocer la dimensión global en

²⁹⁰ La transparencia en la información sobre los resultados de la ITSS, que actúa mayoritariamente mediante objetivos planificados, y puntualmente por actuación rogada dispone de un amplio campo de mejora, ya que se reserva su conocimiento a la AGE, mientras que a las autoridades autonómicas se reporta un resumen mínimo y sesgado de la misma.

todo el territorio nacional de la problemática de cualesquiera de las infracciones y sanciones en el orden social. Y, asimismo, la transparencia y explotación de datos en materia de sanciones administrativas podría resultar de enorme utilidad, desde un punto de vista práctico, a empresarios, trabajadores, sus representantes, a las propias administraciones, así como a los distintos profesionales que ostentan la condición de operadores en el ámbito de las relaciones laborales.

De esta manera, atendiendo a un punto de vista finalista, debe destacarse la utilidad de la información de un registro de infracciones y sanciones para distintos fines. A título meramente ejemplificativo, posibilita hacer un buen diagnóstico de las debilidades del sistema de relaciones laborales, a la vez que las infracciones cometidas. Lo mismo que también este diagnóstico permite a la autoridad laboral disponer de la información precisa para diseñar nuevas políticas públicas preventivas, dirigidas a mejorar las condiciones laborales de los trabajadores, y lograr una mejor planificación de las campañas de inspección. Igualmente, constituye una herramienta de transparencia en la información que facilita el conocimiento de la sociedad sobre el resultado de la actuación global de la ITSS. Sirviendo, en tal sentido, a un doble objetivo: por un lado, poner en valor el trabajo de las administraciones públicas, en su condición de aparato organizativo que da cumplimiento a las leyes y políticas públicas laborales, y por otro, concienciar a la sociedad de que el cumplimiento de las normas laborales constituye una inversión y no un gasto. Asimismo, existen razones de tipo organizativo que avalarían los beneficios de un registro de estas características, al facilitar los controles de eficiencia del sistema, mediante el análisis de las ratios de infracciones detectadas y materias por cada inspector, subinspector, o técnicos habilitados de las comunidades autónomas. Por último, y sin ambición de ser exhaustivos permitiría conocer el volumen de infracciones detectadas, las que se han sancionado, el porcentaje de ellas que han caducado, o las que han revocado los tribunales, además del grado de cumplimiento de la normativa laboral por sectores productivos.

Adviértase al respecto que la herramienta tecnológica, denominada jurimetría, se basa en la aplicación de las TIC al derecho, para facilitar el conocimiento de aspectos como la posibilidad de éxito en un proceso jurídico o la estimación de la duración media de la tramitación del procedimiento, para así diseñar la estrategia jurídica o judicial. De forma que también esta técnica podría ser aplicable al ámbito de las infracciones y sanciones en el orden social, mejorando su transparencia, ya que hasta la fecha ha venido revestida por una gran opacidad²⁹¹.

²⁹¹ Ya avanzaba en 1995 las posibilidades de la jurimetría BORIES, S., “la jurimetría: un aspecto de la jurídica”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, Núm 8, 1995, págs. 51-

Con lo cual, el modelo de registro único de infracciones y sanciones en el orden social, impulsado desde la AGE, con la colaboración de todas las autoridades laborales autonómicas y ciudades autónomas resulta, a mi juicio, la mejor y más completa de las opciones. De manera que tal decisión, no exenta de dificultad, cuenta con suficientes razones de oportunidad política, como para impulsar un acuerdo conjunto entre el Estado, Comunidades y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, a la vez que supone un compromiso de transparencia, entre administraciones (tradicionalmente celosas de la información que manejan) y con los ciudadanos. Lo que facilitaría enormemente la posibilidad de obtener un buen cuadro de mandos para la autoridad laboral, sindicatos y organizaciones empresariales, que ofrezca un fiel reflejo de las debilidades del cumplimiento de la legislación laboral. Facilitando además la efectividad de la actuación de la inspección de trabajo y técnicos habilitados por las comunidades autónomas en materia de prevención de riesgos laborales, junto a una mayor coordinación, atendiendo a la planificación coordinada con previsible creación de la Autoridad Laboral Europea o Agencia Laboral Europea, que pretende crearse en el seno de la UE para coordinar las disposiciones comunitarias sobre libertad de circulación de los trabajadores y en materia de seguridad social²⁹².

Adviértase además que el fundamento de la creación de una Autoridad Laboral Europea pretende mejorar y complementar la digitalización de determinados procedimientos, entre los que se encuentran el intercambio electrónico de datos entre las autoridades nacionales en el ámbito de la coordinación de la seguridad social, a través del sistema de Intercambio Electrónico de Información sobre Seguridad Social (EESSI), o el sistema de Información del Mercado Interior (IMI). Para lo cual, atribuye también a este órgano competencias para avanzar en el estudio de sinergias con la tarjeta electrónica europea de servicios, que afectaría a la presentación de declaraciones relativas trabajadores desplazados a través de la plataforma de la tarjeta electrónica, sustituyendo así a la Comisión en la gestión de la Oficina Europea de Coordinación de la red europea de servicios de empleo (EURES)²⁹³.

62. Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaJurimetria-248396%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaJurimetria-248396%20(1).pdf) [consulta: 19 octubre 2018]

También lo analiza MOLINA GARCÍA, M.J., "Jurimetría: tecnología punta y su aplicación práctica en el sector legal, Diario La Ley, Núm. 9029, 2017.

²⁹² El Reglamento del Parlamento y del Consejo por el que se crea la Autoridad Laboral Europea se encuentra en fase de propuesta (COM/2018/0131 final - 2018/064). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0131&from=ES> [consulta: 13 julio 2018]

²⁹³ El objetivo contemplado en el considerando 12 de la propuesta de Reglamento europeo, alude a la transferencia de las citadas competencias del EURES, que se crea conforme al Reglamento (UE) n.º 2016/589.

Repárese, finalmente, en la necesidad de superar los errores cometidos en la historia reciente de las administraciones laborales en España, en lo que afecta a la publicación de las sanciones por infracciones muy graves sobre prevención de riesgos, seguridad y salud en el trabajo. Conviene recordar que de los precedentes se desprende la creación de sistemas variados de organización para cumplir con el mandato establecido en el art. 40.2 del Texto Refundido de la LISOS, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, dirigido a dar publicidad a determinadas sanciones, generando un trabajo adicional para la administración, de escasa utilidad social²⁹⁴. Con lo cual, ante la de coordinación entre administraciones y la falta de eficacia de tal mandato, queda reforzada la idea de la necesidad de impulsar registros coordinados que abarquen la actividad de todas las Comunidades Autónomas.

2.3.5 El reconocimiento del derecho universal a Internet en España

Los ritmos de la evolución digital han forzado al legislador español a reconocer las demandas relativas a un buen servicio de internet. Motivo por el que se introduce en el art. 81 de la LOPDPyGDD el reconocimiento del derecho, dotándole exclusivamente al precepto de un rango ordinario y no orgánico. Con todo, se reconoce por primera vez en España el derecho de acceso universal a Internet “a todos”.

²⁹⁴ Distintas comunidades han desarrollado, a su vez, sus modelos de registros, en el ejercicio de sus competencias, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo, sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, para dar publicidad de las sanciones. El Real Decreto atribuye al órgano competente de cada comunidad autónoma la facultad para crear un registro de consulta pública que habrá de habilitarse en cada una de las Administraciones competentes. Aragón desarrolló el Real Decreto mediante Decreto 53/2008, de 1 de abril, del Gobierno de Aragón, sobre publicidad de las sanciones impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales y de creación de un registro de consulta pública (Boletín Oficial de Aragón (BOA) Núm. 44). La mayor parte de las comunidades se limitaron a publicar el procedimiento para la publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales como es el caso de Cantabria mediante Decreto 113/2008, de 13 noviembre (Boletín Oficial de Cantabria (BOC) Núm. 227); Murcia a través del Decreto Núm. 474/2008, de 5 de diciembre (Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM) Núm. 288); Baleares con una norma de la misma fecha, Decreto 135/2008, de 5 de diciembre (Boletín Oficial de Islas Baleares (BOIB) Núm. 176); o Castilla y León, que lo hizo mediante Decreto 30/2009, de 30 de abril, por el que se regula la publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales (Boletín Oficial de la Junta de Castilla y León (BOCyL) Núm. 83); El más novedoso fue el de La Rioja, una doble vertiente de reconocimiento a la siniestralidad cero y de publicación de sanciones, mediante el Decreto 4/2010, de 22 de enero, por el que se regula la publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales y el procedimiento de emisión de certificaciones de cumplimiento del objetivo "siniestralidad cero" en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja (Boletín Oficial de La Rioja (BOR) Núm. 11). No limitándose exclusivamente a regular el procedimiento para dar publicidad a las sanciones impuestas en la comunidad.

Se trata de un reconocimiento genérico que inicialmente no admite excepciones de ningún tipo, ya sean por condición personal, social, económica o geográfica. Lo cierto es que el precepto, bienintencionado, no viene acompañado de ninguna medida económica dirigida a conseguir tal objetivo. Lo que, desde un punto de vista práctico, atendiendo a la dispersión territorial de los ciudadanos en la geografía española, relega el precepto a la categoría de declaración general, más programática que efectiva, dada la dificultad de que la iniciativa privada invierta en determinados núcleos poblacionales del despoblado ámbito rural²⁹⁵, ante la falta de rentabilidad económica de la inversión. Adviértase, además, de que el mandato del legislador exige (a las administraciones públicas y al destinatario final) procurar la superación de dos tipos de brechas, la generacional, mediante acciones formativas y facilitadoras del acceso a las personas mayores, así como la brecha de género en los ámbitos personal y laboral.

En este contexto, el precepto determina que “se garantizará”, lo que exige un desarrollo normativo posterior, en el que se concrete como se ha de acometer un acceso universal, asequible, de calidad y no discriminatorio para toda la población. Lo cual implica la obligación de atender, en condiciones de igualdad, la realidad específica de entornos rurales, a la par que garantizar su acceso a personas con necesidades especiales. En definitiva, tal reconocimiento de “universal acceso” implica necesariamente acometer inversiones públicas, allí donde la iniciativa privada no sea capaz de llegar por falta de rentabilidad, asumiendo la responsabilidad de ofrecer un servicio deficitario. Junto a lo cual, quedan también obligadas las administraciones a planificar actuaciones de formación, difusión y control de cumplimiento de las garantías reconocidas.

De esta manera, el exiguo reconocimiento constitucional que en el año 1978 se hace de la “informática” aconseja ampliar y extender el tratamiento de derecho constitucional a internet, como derecho de cuarta generación (en caso de acometerse, finalmente, una reforma constitucional), preferentemente con rango de derecho fundamental, por las implicaciones que conlleva, además de resultar más coherente, atendiendo al reconocimiento de la informática como derecho fundamental en la CE. Aun cuando la

²⁹⁵ Las grandes diferencias de cobertura tienen reflejo en las distintas provincias españolas, donde las prioridades de los operadores priorizan las zonas con mayor densidad de población. De ahí que la cobertura sea más baja en Comunidades Autónomas como Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura o Aragón, ya que cuentan con los niveles más bajos de densidad de población (26 habitantes/Km² en los tres primeros casos), frente a regiones como Madrid, con gran concentración poblacional que eleva los ratios de densidad de población a 816 habitantes/ Km² (al margen de estas cifras, destacan por su singularidad las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, que eleva las cifras hasta los 4261 y 7060 habitantes/Km², que cuentan con grados de cobertura de 86,9% y 100% respectivamente). Los datos se encuentran disponibles en la página web del Ministerio de Industria. Disponible en: <http://www.mincotur.gob.es/telecomunicaciones/banda-ancha/cobertura/consulta/Paginas/consulta-cobertura-banda-ancha.aspx> [consulta: 24 diciembre 2018]

reciente regulación en la LOPDPyGDD haya optado con otorgarle carácter de ley ordinaria.

Con todo, este planteamiento responde a la necesidad de articular el derecho a internet como principio ordenador de la sociedad global, dentro de un orden mundial. No siendo otro, precisamente, el objetivo perseguido que facilitar una igualdad material de oportunidades de todos los ciudadanos, a través del uso de las TIC, con independencia de su lugar de residencia. De forma que, centrándonos en el empleo, a través de internet se pueda promover una adecuada alfabetización digital para la inclusión social de los trabajadores. Todo ello, sin perjuicio del reconocido valor de la democratización del conocimiento²⁹⁶, o de su indispensable utilidad para la comunicación.

En conclusión, hoy en día resulta incuestionable que las referencias a determinados derechos humanos, como la libertad de expresión o el derecho a la información, deben incluir, por extensión, las redes digitales en un concepto de ciudadanía digital. Siendo aconsejable que, una futura regulación de los derechos humanos de cuarta generación incluya el reconocimiento de derechos de los ciudadanos digitales, también denominados “metaderechos”. Y unido a lo cual, se fijen las grandes líneas de los límites de las relaciones de biopoder de los Estados²⁹⁷, avanzando incluso hacia un modelo de hiperciudadanía, a la que se le reconozca el derecho a utilizar la tecnología, más allá del ámbito económico, haciendo de ella un fenómeno extensible a cualquier espacio, con independencia de su relevancia social²⁹⁸. Para lo cual, como ya se ha avanzado se requiere un reconocimiento a nivel internacional, como en su día se hizo mediante la Declaración Universal de Derechos Humanos, desarrollado posteriormente a través de los oportunos Pactos.

²⁹⁶La tesis de GONZÁLEZ PORRAS, J.A., *Privacidad en Internet: Los derechos fundamentales de privacidad e intimidad en internet y su regulación jurídica. La vigilancia masiva*, BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., (Dir.), Universidad de Castilla La Mancha, 2016, alude a este tema en el apartado “derechos de la sociedad del conocimiento o los derechos de cuarta generación”, Dialnet, Pág. 87 a 89. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=80236> [consulta: 12 abril 2017]

²⁹⁷ El término de biopoder acuñado inicialmente por Michel Foucault se refiere al poder de los Estados de explotar las posibilidades de controlar la vida y la forma de pensar de los ciudadanos a través del uso de las redes sociales e internet.

²⁹⁸Sobre como Internet ha anulado las distancias entre las personas, las fronteras, así como la desterritorialización del territorio a través del ciberespacio, permitiendo la recolocación de capitales en paraísos fiscales, la deslocalización del trabajador con respecto al lugar del trabajo, o de las factorías con respecto a las sedes principales de las empresas, Vid BUSTAMANTE DONAS, J.: “La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales”, Revista TELOS, Cuadernos de Comunicación e Innovación, octubre - diciembre 2010, Pág. 6. Disponible en: <https://telos.fundaciontelefonica.com/url-direct/pdf-generator?tipoContenido=articuloTelos&idContenido=2010110411480001&idioma=es> [consulta: 12 abril 2017]

2.3.6 El papel de la Agencia Española de Protección de Datos en la tutela de derechos fundamentales de los trabajadores

La AEPD ha tenido, y sigue teniendo, un importante papel en la en la propuesta y desarrollo normativo en la protección de datos, y con ello, en la concreción de los límites (a efectos administrativos) de la utilización de las tecnologías en el ámbito laboral²⁹⁹. Para lo cual, desde su constitución ha trazado distintas reglas específicas relativas al tratamiento lícito de datos, junto a la gestión de ficheros automatizados por parte del empresario. Concretamente, a consecuencia de la gran variedad de datos que se tratan en el ámbito de la relación laboral, surge una fértil actividad de esta Agencia, concretada mayoritariamente en las numerosas contestaciones a consultas y emisiones de informes jurídicos, además de a la resolución de denuncias.

Uno de los ejemplos más destacables se encuentra en la aprobación de las reglas sobre instalación por el empresario de sistemas de videovigilancia en la empresa, consistentes en la grabación de imágenes y/o sonidos en el centro de trabajo, lo que se encuentra justificado por la falta de normativa específica. En esta materia, ya en el año 2006, la AEPD dicta la Instrucción 1/2006 sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia, a través de sistemas de cámaras o videocámaras³⁰⁰, siendo posteriormente ampliada mediante un nuevo documento-guía, relativo al uso de videocámaras con fines de seguridad, además de otras finalidades. Tal documento es de referencia obligada en esta materia, incluso hasta su regulación en la LOPDPyGDD.

De esta forma, el análisis realizado por la AEPD llega a describir el tratamiento de imágenes mediante la utilización de cámaras *'onboard'* o drones³⁰¹, con fundamento en que, atendiendo al hecho de que la imagen de una persona identifica o permite su identificación, la imagen constituye un dato de carácter personal. Repárese aquí sobre que la imagen puede ser objeto de tratamiento lícito para diversas finalidades. Entre ellas se encuentra garantizar la seguridad de personas, bienes e instalaciones, además de otros fines, entre los que se encuentran los específicamente vinculados al control de la

²⁹⁹ Conviene recordar que actualmente la AEPD está llevando a cabo una reorganización integral de sus procedimientos, informes y materiales para adaptarlos al RGPD, incluida la página web como medio de comunicación general y difusión de los distintos avances de la Agencia, lo que hace que parte de los informes jurídicos realizados, requieran una nueva revisión, atendiendo a lo dispuesto en el Reglamento europeo, así como a la LOPDPyGDD.

³⁰⁰ La Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, se encuentra publicada en el BOE núm. 296, de 12 de diciembre de 2006. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-21648> [consulta: 24 junio 2018]

³⁰¹ Vid La Guía de la AEPD ha sido publicada el 28 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.aepd.es/media/guias/guia-videovigilancia.pdf> [consulta: 26 junio 2018]

prestación laboral de los trabajadores. Lo cual exige determinar, con un mayor detalle, las condiciones exigibles para su ejercicio, así como el análisis de su incidencia en el ámbito laboral.

Al margen de la citada Instrucción y su reciente guía, la mayor parte de las consultas formalizadas en relación con el ámbito laboral, se han llevado a cabo mediante informes jurídicos, sin perjuicio de que, atendiendo a lo dispuesto en la Ley Orgánica, así como en el Estatuto Orgánico de la AEPD, los informes jurídicos en relación con las consultas planteadas³⁰² carecen de carácter vinculante. Hecho que ha sido puesto de manifiesto por la jurisdicción social, en los supuestos en los que se ha aportado como prueba documental la sanción impuesta por la Agencia, en caso de infracción del derecho fundamental a la protección de datos³⁰³. Téngase en cuenta, por otra parte, que la aprobación del RGPD, así como la LOPDP en diciembre de 2018, han dado lugar a una completa reorganización de la doctrina interpretativa de la AEPD, que deberá adaptarse a las nuevas reglas.

2.3.7 La Negociación colectiva

Desde la perspectiva del sistema de fuentes, la falta de un marco normativo que regule la repercusión de las tecnologías en las relaciones de trabajo está descargando en favor de la negociación colectiva gran parte de la responsabilidad que el legislador no ha asumido. Motivo por el cual, el convenio colectivo se convierte en una herramienta indispensable para su adaptación al proceso de digitalización empresarial, por tratarse, hasta la fecha, del casi exclusivo instrumento disponible para empresarios y trabajadores con eficacia normativa. De hecho, como ha reconocido el TC, el convenio colectivo forma parte del sistema estatal de fuentes, jerárquicamente subordinada a la norma estatal,

³⁰²La AEPD, a través de su página web, incluye dentro de su apartado FAQs un enlace específico denominado “Tratamiento de datos en el ámbito laboral”, que incluye las respuestas a las consultas más habituales, como la referencia a la prohibición de contener datos de salud los justificantes de ausencia laboral motivada por hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización, o la prohibición de tratar los datos de salud del trabajador o sus familiares sin consentimiento previo del trabajador, conforme al principio de minimización de datos. Abunda también la AEPD en sus contestaciones a consultas en la necesidad de atender al derecho de información de los trabajadores en caso de utilización de tecnologías como en los supuestos de cesión de datos en subcontrata, en materia de instalación de medios tecnológicos de control como GPS, videovigilancia, o sistemas de fichaje mediante controles biométricos.

³⁰³ Téngase en cuenta el criterio del TC en la Sentencia 292/2000 que resuelve en amparo el recurso contra la Sentencia de 5 de mayo de 2009, Sala de lo social de Sevilla del TSJ de Andalucía (caso Universidad de Sevilla), en la que el TC reconoce que “no podría condicionar nuestro juicio de constitucionalidad pero que, sin duda, resulta indicativa”. (Cit. supra, nota núm. 123 y 176).

pero con las mismas funciones, eficacia jurídica y fuerza vinculante³⁰⁴. Sin embargo, el complejo contexto en el que se encuentra la realidad social y económica española, unido al hecho de que el derecho internacional y el legislador español deberían protagonizar los principales papeles en la adaptación y transformación del Derecho del Trabajo a la economía digital, han dado lugar a que un sector de la doctrina se cuestione si no estaremos esperando demasiado de la negociación colectiva³⁰⁵.

La preocupación existente en el momento actual, objeto además de intenso debate doctrinal, por la aparición de nuevos conflictos relacionados con el uso de las TIC como instrumento de organización del trabajo en la empresa, exige abordar el tratamiento en la negociación colectiva de los derechos y obligaciones vinculados a las tecnologías. Haciendo un análisis de la evolución de la negociación colectiva, podemos avanzar una primera evidencia, consistente en el escaso éxito que tiene el teletrabajo en España, así como el reducido contenido de la materia en los textos negociados. Dado que, como se ha reconocido por la doctrina, hasta la fecha, son escasos los ejemplos existentes de convenios que abordan la tecnología en las relaciones laborales³⁰⁶.

Curiosamente, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (en adelante AENC) de 17 de julio de 2018, suscrito entre los sindicatos más representativos, UGT, Y CCOO, con la patronal, representada por CEOE y CEPYME (BOE de 18 de julio de 2018), no incluye referencia alguna a esta materia. A diferencia de ello, el III AENC 2015-2017, de 8 de julio de 2015, sí otorgaba considerable relevancia al compromiso por impulsar la regulación convencional de las tecnologías en las relaciones laborales, incluyendo diversas encomiendas para su negociación en los convenios colectivos.

³⁰⁴ Vid el FJ 2 de la STC núm. 92/94. Que pone en relación al convenio con las normas legales imperativas, *“a las cuales ha de someterse y adecuarse todo convenio colectivo, ya que la fuerza vinculante de lo pactado y la autonomía colectiva no excluyen la subordinación de los convenios colectivos a lo establecido en las normas de superior rango jerárquico (SSTC 58/1985, 177/1988, 171/1989, 210/1990 y 145/1991), ni impide que los órganos judiciales puedan interpretar y colmar de acuerdo con esas normas los vacíos que en ellos puedan existir”*. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/2609> [consulta: 26 junio 2018]

Un detalle sobre los distintos métodos de reconocimiento que ofrece la biometría se encuentra en *“Tecnologías biométricas aplicadas a la ciberseguridad, Una guía de aproximación para el empresario”*, INCIBE, 2015. Disponible en:

https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia_tecnologias_biometricas_aplicadas_ciberseguridad_metad.pdf [consulta 20 abril 2017]

³⁰⁵ Al respecto RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M., *“El papel de la negociación colectiva”*, *El futuro del trabajo: Retos para la negociación colectiva, XXX Jornada de estudio sobre la negociación colectiva*, CNCC, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018.

³⁰⁶ Vid BAYLOS GRAU, A. *“Los derechos digitales y la negociación colectiva”*, *Diario La Ley*, Núm. 9331, 2019, Ed. Dig. Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/document/DT0000286971/20181219/Los-derechos-digitales-y-la-negociacion-colectiva> [consulta: 25 de febrero 2019]

No obstante lo cual, también conviene añadir que si bien es limitado el número de convenios que regulan la materia, no resta importancia a los avances conseguidos, ya que permiten conocer, por una parte, los ámbitos en los que se está moviendo el nivel de acuerdo entre los interlocutores y, por otra parte, arrojan luz sobre la interpretación, que, en el marco del diálogo social y de la negociación colectiva, se está realizando respecto al uso de las TIC en las relaciones laborales.

Sin embargo, conviene resaltar cuales han sido las propuestas incluidas en el III pacto interconfederal, en el que se reconoce al diálogo social y a la negociación colectiva, como la vía de trabajo más apropiada para el buen funcionamiento de las relaciones laborales. Como muestra de lo cual, los agentes sociales y económicos ya preveían la necesidad de acometer la reordenación del tiempo de trabajo en el supuesto de teletrabajo, a través del convenio colectivo, resultando premonitorio de las condiciones de la futura regulación.

En este escenario, el citado III AENC destaca por primera vez un eje prioritario de la negociación colectiva centrado en *“la incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en el desarrollo productivo general y en las relaciones laborales”*³⁰⁷. Concretamente, resultan trascendentes las tecnologías en los procesos de reestructuración³⁰⁸. Motivo por el que debe ponerse en valor la inversión empresarial en mejoras tecnológicas, dirigidas a incrementar la competitividad empresarial. De la misma manera que las políticas medioambientales facilitan una serie de mejoras en el posicionamiento de las empresas, atendiendo al grado de cumplimiento de la normativa medioambiental.

Aparte de lo ya mencionado, el III AENC ya sugería también extender recomendaciones de uso racional de las tecnologías, junto al uso compartido de esta herramienta para las comunicaciones entre la representación legal de los trabajadores y la plantilla³⁰⁹ en la empresa. Resultando de indudable trascendencia para el ejercicio de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores. Desafortunadamente, la pérdida de vigencia del acuerdo, por su sustitución del siguiente pacto, no ha venido acompañada con una referencia a las TIC. Observándose en la IV edición del AENC, que no se incluye ninguna referencia a la economía digital.

³⁰⁷ Vid el capítulo II del Acuerdo interconfederal para el empleo y la negociación colectiva relativo al impulso del empleo de calidad y con derechos

³⁰⁸ Vid punto 4 del III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva.

³⁰⁹ Vid punto 5 del III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva.

Al respecto, PASTOR MARTÍNEZ, ALBERTO, “Representación de los trabajadores en la empresa digital”, Anuario Institut d'Estudis del Treball de trabajo y relaciones laborales, Núm. 5, 2018, pág. 111-122. Disponible en: <https://doi.org/10.5565/rev/aiet.67>

En conclusión, a pesar de la escasa incidencia práctica en la negociación colectiva, de los compromisos previstos en el III AENC, unido a la falta de referencia tecnológica en el IV AENC, la remisión del art. 91 LOPDPyGDD a la mejora de los derechos digitales a través de la negociación colectiva, debería incentivar el tratamiento de la materia en vía convencional. De tal manera, y a pesar de la crítica recibida por la buena doctrina³¹⁰, no parece desacertado que los agentes sociales y las empresas, a corto y medio plazo, impulsen mecanismos del *softlaw*, entre los que se encuentran los acuerdos colectivos, los códigos empresariales de conducta, o cualquier otro instrumento adoptado en la esfera de las relaciones de trabajo, delimitando los criterios de utilización de las tecnologías, en caso de que persista la ausencia de regulación legal al respecto. Todo ello, sin perjuicio de reiterar nuestra apuesta por un marco general que provenga del poder legislativo. Con todo, resulta oportuno avanzar algunos de los ejemplos más destacables sobre esta materia.

2.3.7.1 *Una reflexión sobre el uso de las Tecnologías de la comunicación por la Representación de los Trabajadores*

Una de las cuestiones más comunes tratadas en la negociación colectiva se concentra en torno a la utilización de las TIC por la representación de los trabajadores. En este sentido, las referencias aluden al ejercicio de los derechos de información y consulta, de comités de empresa o delegados de personal ex art. 64 ET y art. 8 LOLS.

Viene siendo habitual que aquellos convenios que regulan el derecho a utilizar herramientas digitales para comunicarse con los trabajadores extiendan su reconocimiento a la representación legal de los trabajadores, y a la representación sindical³¹¹. De esta manera, se les faculta para comunicarse directamente con los trabajadores a los que representan por vía telemática, de forma alternativa y no excluyente respecto de las fórmulas tradicionales de comunicación. Lo cual ofrece un nuevo espacio para informar y comunicarse con sus representados, que resulta más eficiente por su inmediatez, y por ser más económico. Lo que ayuda a reducir la partida

³¹⁰ Al respecto, entre los más críticos se ha posicionado BAILOS GRAU, A. en su blog. Disponible en: <http://baylos.blogspot.com/2018/11/la-garantia-de-los-derechos-digitales.html> [consulta: 12 enero 2019]

³¹¹ Se analiza la negociación colectiva en el uso de internet y del correo electrónico en las empresas GALA DURÁN, C., “La reciente negociación colectiva en el ámbito del uso de internet y del correo electrónico en las empresas”, *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*, ROIG BATALLA, J (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 231 y ss. (cit. supra, nota núm. 98).

de gasto corriente a la representación de los trabajadores, contribuyendo a su salud financiera.

Por otro lado, el tradicional punto de información general, que la vigente redacción del ET y la LOLS ubica en el tablón de anuncios físico³¹², pasa a complementarse con otro virtual³¹³. Recuérdese que la obsolescencia del tablón de anuncios ha sido apuntada por la doctrina constitucional y por la Jurisdicción ordinaria, habiendo puesto de manifiesto que, aunque el art. 8 de la LOLS no impone a la empresa la obligación de facilitar las comunicaciones electrónicas a las centrales sindicales, esta circunstancia no es en sí misma un impedimento para que la empresa reconozca el derecho a utilizar estos medios de comunicación, siempre que su utilización no suponga un perjuicio, gravamen, costes económicos o productivos para la empresa. Con lo que, en conclusión, constituye el convenio colectivo el cauce adecuado para el reconocimiento de este derecho, siempre y cuando todos los trabajadores dispongan de esta herramienta tecnológica facilitada por la empresa.

Tal necesidad de modernización de la regulación laboral también ha sido reclamada por la doctrina científica³¹⁴ y por la jurisprudencia. Criticando la Sala IV del alto Tribunal el desfase de la obligación estatutaria de facilitar un tablón de anuncios, ya que la utilización exclusiva de este sistema, en los centros de trabajo, como medio de comunicación, responde a un modelo no adaptado a la realidad tecnológica. De modo que, aunque los centros de trabajo estén provistos de tablón de anuncios, en aplicación de una obligación legal, como llega a afirmar el tribunal, *“este sistema ha quedado obsoleto en los tiempos modernos y no es la herramienta más adecuada para difundir la información en las empresas que cuentan con un elevado número de centros de trabajo, ni mucho menos ofrece la misma eficacia que el correo electrónico, siendo más dificultoso de utilizar por la sección sindical que debe tener personas encargadas de colgar los anuncios en cada*

³¹² El Art. 81 del ET establece la obligación de poner a disposición de la representación unitaria uno o varios tableros de anuncios para facilitar la comunicación entre los representantes de los trabajadores y los empleados, junto a la representación sindical la Ley Orgánica de Libertad sindical en su Art. 8. 2 letra a) establece que "Con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general, la empresa pondrá a su disposición un tablón de anuncios que deberá situarse en el centro de trabajo y en lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores".

³¹³ V.gr. el Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, regula en su Art. 80, la Utilización de herramientas telemáticas por la representación legal de los trabajadores. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/06/01/pdfs/BOE-A-2017-6153.pdf> [consulta: 14 octubre 2017]

³¹⁴ Al respecto VALLE MUÑOZ, F.A., *“La incidencia de las Nuevas Tecnologías en la transmisión sindical de información en la empresa”*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Núm. 52, 2019, pág. 142.

*centro de trabajo o que se desplacen a tal efecto, por último, no es incompatible con la comunicación electrónica*³¹⁵.

2.3.7.1.1 La interpretación judicial del uso del correo electrónico por la representación de los trabajadores

Los aspectos sustantivos, en los que justifica el Tribunal Supremo la obsolescencia del marco legal laboral, han dado lugar a la creación de la doctrina judicial sobre el uso del correo electrónico por parte de la representación de los trabajadores. Condicionando su implantación al hecho de que implique o no perjuicios adicionales a la empresa. Resultando conveniente traer aquí la doctrina señalada por el TS que se resume en las tres siguientes reglas básicas.

La primera de las reglas básicas se centra en la libertad de información como un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical. Porque como recuerda el Tribunal *«el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales»*³¹⁶.

La segunda regla básica reside en la prohibición de exigir al empresario actos positivos de naturaleza promocional, si no existe una fuente previa generadora de tal obligación. Motivo por el cual, queda justificado que, a falta de regulación expresa, el empresario es libre de autorizar o limitar el uso de las TIC en las comunicaciones. Pudiendo abarcar la posible limitación desde la prohibición absoluta de su utilización a los representantes de los trabajadores, en el supuesto de que generase gravámenes adicionales al empresario³¹⁷, hasta la concreción de las reglas que rigen el uso permitido. En cualquier

³¹⁵ Vid Fundamento jurídico 5º, apartado segundo de la S.T.S. de 14 de julio de 2016, (Sala IV) Núm. 667/2016, Núm. de recurso 199/2015 [consulta: 14 junio 2018]

³¹⁶ Además de la citada S.T.S. de 14 de julio de 2016, merecen destacarse la STS de 16 febrero 2010 recurso 57/2009, la STS de 17 de mayo de 2012, recurso 202/2011.

También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en anteriores ocasiones, en la STC 143/1991, de 1 de Julio, FFJJ 5 y 6; STC 94/1995, de 19 de junio, FJ 3; STC 1/1998, de 12 de enero, FJ 6; STC 213/2002, de 11 de noviembre, FJ 4; STC 185/2003, de 27 de octubre, o la STC 281/2005, de 7 de noviembre.

³¹⁷ El TS ha venido reconociendo la posibilidad de negarse el empresario facilitar un correo electrónico a las secciones sindicales en supuestos en los que la mayoría de los trabajadores no disponen de correo corporativo, o cuando suponen costes económicos significativos, o por dificultades técnicas que implicarían el colapso de las comunicaciones. El argumento utilizado se centra en que no se trata tanto de valorar si el sistema tecnológico de comunicación puede ser utilizado para realizar la comunicación sindical, sino de una acción dirigida a instaurar un cauce informático nuevo, que no se puede admitir si no es con apoyo de un mandato convencional. En el mismo sentido se manifiestan las sentencias del Tribunal Constitucional STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 6, y la 281/2005, de 7 de noviembre, también en su FJ 6.

caso, recae en el empresario la carga de probar el gravamen, las dificultades, disfunciones, interferencias o costes económicos que ocasionaría su implantación o extensión. Lo cual es compatible con el deber de los representantes de atender a un uso respetuoso con la normal actividad de la empresa.

De tal forma, en líneas generales, sería lícita la determinación por el empresario de la finalidad pretendida del uso del correo electrónico, mientras no se regule el ejercicio de este uso por norma legal o convencional. Entre tanto, la jurisprudencia entiende que no ostenta un carácter prevalente el interés de uso sindical. Motivo por el cual, el TS exige que se produzca un equilibrio entre los intereses de los representantes y el objetivo perseguido por la empresa, al dotar de correo electrónico a sus empleados. Un equilibrio, que, en caso de quiebra, hace prevalecer los objetivos empresariales sobre los sindicales.

Finalmente, la tercera regla establecida por el TS es la relativa al principio de igualdad entre las representaciones sindicales con presencia en la empresa. Resultando que, a excepción de los supuestos en los que la negociación colectiva concrete el uso de las TIC, en atención a la presencia en los órganos de representación unitaria, cualquier representación sindical con presencia en la empresa, debería tener (en igualdad de condiciones) derecho al uso de las tecnologías. En cuyo caso, resultaría intrascendente que el sindicato tuviese presencia en los órganos de representación unitaria, si ha de reconocerse a cualquier sección sindical³¹⁸.

Como consecuencia de lo anterior, ya sea por razones de seguridad jurídica, o bien como garantía de paz laboral, resulta altamente recomendable una actitud proactiva del empresario, a la hora de determinar, con carácter previo, en qué condiciones pueden utilizarse las comunicaciones electrónicas para fines sindicales. Todo ello, salvo que su uso pase a formar parte del “contenido adicional del derecho fundamental a la libertad sindical” como prerrogativa de la representación de los trabajadores. En tal caso, el reconocimiento a la representación unitaria o sindical de cualquier derecho tecnológico obligaría al empresario a asumir la carga, que convencionalmente se hubiese podido regular. Con lo cual, en lógica consecuencia, a falta de norma de rango legal, será preciso un marco regulatorio resultante de la autonomía colectiva (o en su caso aprobar la política de la empresa), en el que se concreten los límites al ejercicio de este derecho, partiendo de la base de que las empresas, actualmente, no están obligadas a contar con una infraestructura informática para uso de la representación legal o sindical de los trabajadores.

318 Sobre los retos que debe afrontar el sindicalismo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. “Organización y acción sindical ante la revolución tecnológica”, Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, Núm. 23, 2018, Pág. 74

2.3.7.2 Aspectos más relevantes de la negociación colectiva en España.

Al margen de lo ya comentado en relación con el IV y III AENC, algunos convenios colectivos, comienzan a dar una respuesta relevante, aunque todavía de forma tímida, a la creciente economía digital y a sus relaciones de trabajo. Por ello, en este apartado se apunta una relación de los ejemplos más completos y destacables que, desde mi punto de vista, contemplan novedosas aportaciones a la regulación convencional. Hay que advertir que esta selección tiene un carácter ejemplificativo³¹⁹, por lo que, aun conociendo la existencia de otras muestras de textos que inician una introducción sobre la materia objeto de estudio de esta tesis, se ha considerado oportuno traer aquí los negociados en dos grandes ámbitos: el sector del aseguramiento, integrador de considerables avances en la negociación colectiva (no solo en España, sino en el entorno europeo), y también el sector de la industria química. Téngase en cuenta, además, de forma complementaria la Declaración europea sobre teletrabajo del sector seguros, acordada en el marco del diálogo social³²⁰, así como la declaración europea en el sector de la banca³²¹.

2.3.7.2.1 La negociación en el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la seguridad social.

Efectivamente, haciendo una selección de la negociación colectiva más reciente, el convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la seguridad social³²² destaca como ejemplo dentro de los pactos en los que ha regulado la utilización de herramientas telemáticas. Entre sus principales aspectos, en el mismo se incluyen referencias al uso del correo electrónico, o el tablón virtual de anuncios por la representación legal de los trabajadores, quedando vinculado el reconocimiento de los derechos digitales, a la convergencia de los cuatro siguientes condicionantes: a) la existencia de una decisión

³¹⁹ Vid el cuadro con el análisis desglosado de materias en la negociación colectiva, RUÍZ GONZÁLEZ, C., *La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en las relaciones laborales*, Murcia, Ed. Laborum, 2018, Pág. 419 y ss.

³²⁰ Vid el acuerdo sobre teletrabajo acordado en el marco del diálogo social. Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Telework_Spanish%20version%20final%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Telework_Spanish%20version%20final%20(1).pdf) [consulta: 20 junio 2018]

³²¹ La declaración europea sobre teletrabajo en el sector de la banca se encuentra disponible en: https://www.uniglobalunion.org/sites/default/files/imce/20171117_joint_declaration_telework_banking.pdf [consulta: 20 junio 2018]

³²² Resolución de 18 de mayo de 2017, de la D.G. de Empleo, por la que se registra y publica el convenio colectivo general para el sector de entidades de seguros. Art. 80. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-6153 [consulta: 17 noviembre 2017]

final favorable sobre la operativa (que deberá adoptarse, en último extremo, en el seno de cada empresa), remitiéndose la decisión final a la negociación colectiva empresarial; b) que se disponga de la tecnología precisa que vincula la posibilidad de disfrutar de las herramientas tecnológicas. Motivo por el cual, deben concurrir las posibilidades técnicas reales en la empresa que lo permitan; c) que esté acreditada la habitualidad de la utilización de este medio de comunicación por todos los empleados; y por último, d) el convenio establece un requisito de carácter subjetivo, al limitarse el derecho a utilizar las herramientas tecnológicas a aquellas organizaciones sindicales más representativas, que tengan presencia en los órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

Al margen de este convenio, pero sin abandonar este sector, merece también mención el convenio colectivo del grupo asegurador AXA³²³, que ha sido pionero en España en la regulación de novedosos aspectos, entre los que se encuentra la organización del trabajo, el teletrabajo, el derecho a la desconexión digital de los trabajadores, o el uso de las herramientas tecnológicas.

Varias son las cuestiones que centran el tratamiento de las tecnologías en dicho convenio colectivo (grupo Axa), de las que destacaremos las tres más singulares. En primer término, siguiendo muy de cerca la citada Declaración relativa al teletrabajo, suscrita en febrero de 2015 en el marco del diálogo social europeo, el convenio, se remite a sus criterios rectores, reconociendo en el teletrabajo un instrumento para una mejor conciliación de la vida laboral y personal³²⁴.

Centrándonos en ese primer supuesto, el convenio se decanta por un modelo de teletrabajo causal, dejando en manos de la empresa la posibilidad de ofrecer esta modalidad de prestación laboral a cada trabajador, así como la frecuencia o los días en los que teletrabaja. De lo que se desprende un cierto margen de discrecionalidad de la empresa. Quedando, finalmente, el teletrabajo condicionado a razones diversas, como la aptitud del trabajador, el nivel de desempeño, la autonomía, o el puesto ocupado por el empleado, siempre y cuando la práctica del teletrabajo no incida de forma negativa en los niveles de organización y productividad del servicio.

³²³ Vid Capítulo III sobre organización del trabajo y nuevas tecnologías (Art. 12 a 15) del Convenio colectivo del Grupo Axa. Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica (BOE Núm. 244, de 10 de octubre de 2017). Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/10/10/pdfs/BOE-A-2017-11622.pdf> [Consulta: 24 noviembre 2017]

³²⁴ Ibid. el Art. 44. 10º establece dentro del objetivo dirigido a conseguir la igualdad de oportunidades, que el plan contemple medidas en materia de conciliación de la vida laboral, personal y familiar, potenciando y fomentando la organización del trabajo y el uso de nuevas tecnologías que faciliten una mejor conciliación de la vida personal y familiar.

Desde esta perspectiva, entre la relación de causas que pueden dar lugar al teletrabajo, se encuentran los problemas de salud del empleado. De esta manera, el convenio permite que, en caso de trabajadores con problemas graves de salud, de movilidad, o bien cuando exista una necesidad suficientemente acreditada de atender temporalmente a familiares de primer grado de consanguinidad, por causa de enfermedad grave, pueda solicitarse el teletrabajo como medio para prestar los servicios. Con lo cual, desde un punto de vista subjetivo, el convenio ofrece el acceso al teletrabajo a cualquier empleado que se encuentre en cualquiera de las situaciones citadas. Contemplando incluso, la posibilidad de ampliar la frecuencia de los días en lo que se realizará el teletrabajo, si fuera preciso. En rigor, el convenio hace suyos los principios básicos del teletrabajo acordados en la declaración europea de 2015, asumiendo las seis características generales del teletrabajo, entre las que se encuentran, la voluntariedad, la reversibilidad, la igualdad, la temporalidad, así como la adecuación a la función y, por último, la idoneidad.

Otra cuestión relevante, que también ha sido novedosa en la negociación colectiva española es la regulación del derecho a la desconexión digital. Téngase en cuenta que su inclusión en la negociación colectiva es previa al reconocimiento del derecho legal a la desconexión en la LOPDPyGDD 3/2018. En tal caso, su reconocimiento parte de la intromisión que puede producir la “interconectividad digital”, en los ámbitos personal y familiar de los trabajadores. Efectivamente, la utilización permanente y masiva de las TIC justifica un impulso del derecho a la desconexión digital, una vez finalizada la jornada laboral. Este es el motivo en el que se basa el convenio, para reconocer la facultad del trabajador de no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo. Si bien, tampoco lo valora como un derecho ilimitado, al establecerse la interrupción del derecho a la desconexión, en los supuestos de fuerza mayor o circunstancias excepcionales.

De esta manera, el convenio limita el uso de las tecnologías, protocolizando los criterios de uso adecuado y responsable de las TIC, incluyendo las reglas de uso de las herramientas de trabajo tecnológicas puestas a disposición por la empresa. Lo que incluye los sistemas y equipos informáticos, así como de cualquier otro instrumento tecnológico. En coherencia con ello, el convenio exige una utilización diligente del software y del hardware, limitando su disponibilidad al ámbito estrictamente profesional. Lo cual implica la prohibición, con carácter general, de su utilización para fines personales, salvo fuerza mayor. De manera que exclusivamente ante un caso de necesidad personal de carácter perentorio podría encontrar justificación un uso extralaboral, en cuyo caso no se consideraría incumplimiento contractual.

Resulta comprensible, en coherencia con lo anterior, que el acceso a Internet también quede restringido desde un punto de vista subjetivo y objetivo. Determinando el convenio que solo tendrán acceso a internet quienes, por sus responsabilidades, precisen de su utilización. Además, convencionalmente se fija una limitación temporal en el acceso a la conectividad, condicionando el tiempo de uso a aquel exclusivamente preciso para realizar la consulta oportuna.

La tercera cuestión relevante del convenio del grupo Axa se refiere a las reglas de uso de correo electrónico, estableciendo una relación de prohibiciones, entre las que queda comprendido acceder a los e-mails de otros usuarios sin su autorización, así como enviar e-mails de contenido ofensivo, o utilizar la cuenta de correo electrónico para fines distintos de aquéllos para lo que hayan sido asignados. Atendiendo a ello, el convenio reconoce el derecho excepcional de la empresa de realizar las comprobaciones oportunas y necesarias, a través de controles periódicos o realización de auditorías.

Incluso para el ejercicio de esta medida de control, el convenio establece una serie de garantías para los trabajadores. Téngase en cuenta que el derecho a la protección de datos del trabajador, a la intimidad o a la comunicación podría quedar comprometido. De manera que, para que la empresa lleve a cabo la supervisión con garantías, es preciso que concurra como requisito previo la acreditación de indicios de uso ilícito o abusivo de los instrumentos tecnológicos por parte de un trabajador.

Adicionalmente a lo expuesto, se fijan unos requisitos procedimentales, consistentes en que la medida de control se lleve a cabo en presencia del usuario afectado, junto con un representante legal de los trabajadores, previo acuerdo con la parte social (siempre que esto sea posible). En cualquier caso, se exige que estas medidas sean conocidas con carácter previo por la representación de los trabajadores.

Hecha la referencia a la negociación colectiva del sector de seguros, corresponde a continuación destacar las singularidades del Convenio General de la Industria Química. Tratándose de un ámbito especialmente afectado por la digitalización, contiene singulares avances sobre las implicaciones tecnológicas en el trabajo.

2.3.7.2.2 Las fórmulas negociadas en el Convenio General de la Industria Química

Como ya he tenido ocasión de exponer en este trabajo de tesis doctoral, adicionalmente a los convenios del sector de aseguramiento, de la mayoría de los textos de los convenios colectivos correspondientes a sectores, en los que bien se podría utilizar la fórmula del teletrabajo, se desprende un escaso éxito en su regulación. Sin embargo, no es el caso

del convenio colectivo aplicable al sector de la Industria Química, el cual contempla diversos aspectos respecto del teletrabajo.

En concreto, una de las materias negociadas se focaliza en los riesgos motivados por la introducción de TIC en el sector. De esta manera, en los casos en que queden alteradas las condiciones de la prestación laboral, por la digitalización del puesto de trabajo, el convenio prevé el compromiso de la empresa de analizar de los riesgos que pudieran generarse con motivo de tales cambios³²⁵. Lo cual obliga a realizar la oportuna evaluación de riesgos, con el fin de garantizar las adecuadas condiciones de seguridad y salud en la prestación del trabajo.

Junto al citado matiz relativo a la prevención de riesgos, otros convenios de este sector económico también aluden, entre su contenido, al derecho de formación o adaptación técnica del trabajador, en el supuesto de que la introducción de las TIC provoque una modificación sustancial de condiciones de trabajo. En tal caso, a título ejemplificativo, el convenio del sector de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos prevé la creación de comité de Formación que asegure y garantice una visión global de la formación, para facilitar la adaptación de los trabajadores a los cambios tecnológicos³²⁶.

Además, en este marco convencional, se contempla expresamente la participación de los representantes de los trabajadores, a través del deber de información y consulta previa, para abordar el impacto de la integración de las TIC en los puestos de trabajo. Como resultado de lo cual, el convenio de la industria química exige la comunicación y consulta previa a los representantes de los trabajadores, en un plazo suficiente, para poder analizar y prever las consecuencias de la utilización de las TIC en relación con las materias de empleo, salud laboral, formación y organización del trabajo. Y así, en efecto, tal previsión viene referida a los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, así como respecto al periodo de formación o adaptación técnica, siempre que su duración se extienda durante un periodo igual o superior a un mes³²⁷.

³²⁵ Vid el último párrafo del Art. 7 del XVIII Convenio colectivo general de la industria química publicado por Resolución de 3 de agosto de 2015, de la Dirección General de Empleo, que establece que *“Previo a la modificación de las condiciones de trabajo debido a cambios en la organización del mismo, a introducción de nuevas tecnologías, o cambios en los sistemas de rendimientos, se procederá a realizar la evaluación de los riesgos que pudieran generar la introducción de dichos cambios.”* Disponible en:

<https://www.boe.es/boe/dias/2015/08/19/pdfs/BOE-A-2015-9304.pdf> [Consulta: 3 noviembre 2017]

³²⁶ Vid Art. 15 del convenio del sector de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, publicado por resolución de 30 de diciembre de 2016 la Dirección General de Empleo. Disponible en:

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-542 [consulta: 3 noviembre 2017]

³²⁷ Vid Art. 10 del XVIII Convenio colectivo general de la industria química, publicado por Resolución de 3 de agosto de 2015, de la Dirección General de Empleo. Disponible en:

<https://www.boe.es/boe/dias/2015/08/19/pdfs/BOE-A-2015-9304.pdf> [consulta: 3 noviembre 2017].

Continuando con el convenio de la Industria química, también merece ser desatacado, por el elevado volumen de conflictividad que genera la materia, la regulación de la implantación de tecnologías para el control de la prestación laboral ejercido dentro de la organización empresarial. Se observa, en este caso, que la negociación colectiva se ha hecho eco del reflejo de la doctrina jurisprudencial, concretado en la exigencia de proporcionalidad de la medida de verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales, además de la necesidad de garantizar los derechos inherentes a la protección de datos, o a la vida privada del empleado. De este modo, la regulación convencional desarrolla distintas medidas referidas a controles biométricos, la huella digital, la videovigilancia, los controles sobre el equipo informático a través de software de monitorización remota, la indexación de la navegación por internet, o la revisión o monitorización del correo electrónico, el control de uso de los ordenadores, además de los controles sobre la ubicación física del trabajador mediante geolocalización³²⁸, en los que profundizamos más adelante, analizando la interpretación judicial de estos mecanismos.

Debe destacarse asimismo como, convencionalmente, se ha realizado una enumeración no exhaustiva, sino enunciativa, de aquellos supuestos en los que resulta preceptivo cumplir con el deber de informar a aquellos trabajadores afectados y a la representación legal o sindical, con carácter previo a la implantación de medidas de control. Detectándose que, en cualquier caso, esta obligación de información se produce con independencia de que las medidas de vigilancia sean colectivas o plurales, debiéndose indicar, además, cual es la finalidad perseguida con las mismas.

Unido a lo cual, también se delimitan distintos aspectos relacionados con el teletrabajo. Desprendiéndose de entre ellos la obligación de la empresa de facilitar, a los teletrabajadores y a sus representantes, información acerca de las condiciones de

También el Art. 7 del Acuerdo para la Constitución del comité de empresa europeo del Grupo Abertis publicado mediante Resolución de 10 de septiembre de 2012 de la Dirección General de Empleo. Disponible en:

<https://www.boe.es/boe/dias/2012/09/21/pdfs/BOE-A-2012-11879.pdf> [consulta: 3 noviembre 2017]

³²⁸ *Ibid.* Así lo recoge el XVIII Convenio colectivo general de la industria química. Reconoce la legitimación del tratamiento de datos en su Art. 8, derivada de la existencia de la relación laboral, por lo que no se requiere del consentimiento del trabajador. Estas medidas de control están sometidas a los siguientes condicionantes: a) deber de respetar las normas sobre protección de datos de carácter personal, b) a la exigencia de proporcionalidad a la finalidad de verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, c) deber de respetar la dignidad del trabajador, su derecho a la protección de datos y a su vida privada, d) deber de cumplir con los deberes de información previa a los trabajadores afectados cuando lo determine la legislación vigente y por último, e) deber de informar previamente a su implantación a los representantes de los trabajadores, indicando la finalidad perseguida cuando este tipo de medidas sean de carácter colectivo o plural.

seguridad y salud laboral en que deba prestarse el teletrabajo³²⁹. Además, a diferencia de lo acordado en el convenio del grupo Axa, en el que se pone especial acento en la utilización del teletrabajo como instrumento de conciliación de la vida personal y laboral, el convenio general de la industria química ofrece otra dimensión diferente³³⁰. En este caso se describe el teletrabajo como uno más de los posibles medios de organizar el trabajo en las empresas. Quedando el teletrabajo articulado como una alternativa (no vinculada exclusivamente a cuestiones de conciliación) en la que, por aplicación de la tecnología a la relación de trabajo, ofrece la posibilidad de prestar el trabajo fuera del centro de trabajo, en un lugar libremente elegido por el trabajador (que habitualmente suele ser su domicilio). Para ello se exigen unas garantías básicas adecuadas³³¹, entre las que se encuentra disponer de conectividad, y un espacio adecuado. Constituyendo esta visión amplia del derecho, desde mi punto de vista, el enfoque adecuado del teletrabajo, si se pretende realizar un auténtico impulso. A la par que se podría entender que una opinión contraria a este impulso, desaprovechando su potencial, cuando la empresa disponga de la tecnología adecuada para permitir el teletrabajo, más pudiera estar basada en prejuicios y desconfianza hacia el trabajador, que en datos objetivos.

Conviene tener presente, además, en relación con los convenios que han optado por regular el teletrabajo, que los negociadores han hecho suyos los principios generales acordados en el seno del diálogo social europeo³³². De forma tal que han incluido entre sus elementos definitorios, la voluntariedad de la medida (para el trabajador y para la empresa); su carácter reversible; y la exigencia del elemento formal, (obligándose a documentar las condiciones en las que se ha de prestar el servicio). Motivo por el que el denominado «acuerdo individual de teletrabajo», debe detallar, además de las condiciones de trabajo, los derechos de información del trabajador sobre condiciones de seguridad y salud laboral, así como las condiciones de los equipamientos de trabajo.

En esta línea, el convenio general de la industria química llega a distinguir hasta tres circunstancias en las que puede encomendarse el teletrabajo. Inicialmente, cuando esta

³²⁹ *Ibid.* Convenio colectivo citado.

³³⁰ Art. 10 bis del XVIII Convenio colectivo general de la industria química contempla las condiciones del teletrabajo en el sector.

³³¹ Excluye, con acierto, el XVIII Convenio colectivo general de la industria química al trabajo itinerante, en el que la naturaleza de la actividad laboral principal justifica por sí misma la realización del trabajo habitualmente fuera de las instalaciones de la empresa, siendo los medios informáticos y de comunicación utilizados por el trabajador meros elementos de auxilio y facilitación de dicha actividad laboral. La realización del trabajo en distintos centros, de forma habitual, o en centros de trabajo móviles o itinerantes, ha sido resuelta en el ET mediante la regulación de los supuestos especiales de adscripción de los trabajadores a los centros de trabajo.

³³² Vid al respecto los citados el Acuerdo Marco Europeo de 2002, así como a la declaración de 2015 sobre teletrabajo acordada en Europa en el marco del diálogo social.

modalidad forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, y como tal, se encuentra vinculado al mismo. En segundo lugar, cuando se admite el cambio al teletrabajo durante el trascurso de la relación laboral. Y finalmente, en tercer lugar, se contempla la posibilidad de teletrabajar, a pesar de que no forme parte de la descripción inicial del puesto. En tal caso, dispone el convenio que la transición a la condición de teletrabajador no implicaría una modificación del estatuto laboral del teletrabajador.

Por lo dicho, resulta sencillo concluir con que, al existir cierta flexibilidad y tratarse de una decisión voluntaria, el trabajador podrá aceptar o rechazar la oferta realizada por el empresario. Y siendo que el rechazo del trabajador de la prestación de servicios en régimen de teletrabajo no constituye un incumplimiento, habrá que entender que tampoco podría ser objeto de sanción. Mientras que, por el contrario, si es el trabajador quien expresa su deseo de teletrabajar, la decisión última corresponderá a la empresa, que podrá aceptar o rechazar esta petición.

Con todo, cabe insistir que, en el supuesto de que el teletrabajo no forme parte de la descripción inicial del puesto, el carácter reversible de la medida permite modificar la forma de prestar el trabajo. Esto implica que, en cualquier momento, el teletrabajador pueda comunicar su deseo de volver a prestar sus servicios bajo el modelo presencial tradicional, físicamente, en el centro de trabajo de la empresa. En este caso concreto, la decisión podría llevarse a cabo por acuerdo individual o colectivo, correspondiendo tal iniciativa indistintamente al trabajador o al empresario.

Llegados a este punto, resulta conveniente insistir en el reconocimiento convencional de la igualdad de derechos individuales y colectivos³³³ de trabajadores tradicionales y de los teletrabajadores. Se trata de uno de los principios generales ya reconocidos en el marco del diálogo social, junto a otros convenios colectivo, incluso en declaraciones institucionales³³⁴. De tal forma, la regla es extensible a las condiciones de empleo (sin perjuicio de los matices sobre los derechos específicos derivados de la propia naturaleza del trabajo realizado fuera de la empresa), al derecho a la promoción profesional, al acceso efectivo a la formación profesional para el empleo. A lo que hay que añadir otras prerrogativas, entre las que se encuentra la movilidad o el derecho a ser informados de la existencia de puestos de trabajo vacantes, para su desarrollo presencial en el centro

³³³ Se recoge en el XVIII Convenio colectivo general de la industria química que, para el ejercicio de los derechos de participación en las elecciones a representantes de los trabajadores, los teletrabajadores serán adscritos al centro de trabajo de la empresa, más cercano a su domicilio, en el que pudieran estar funcionalmente integrados, a falta de acuerdo individual.

³³⁴ La igualdad de derechos también se refleja expresamente en la *Declaración relativa al teletrabajo de los interlocutores sociales europeos del sector seguros*.

de trabajo. Todo ello, sin olvidar que el teletrabajador dispone del derecho a conocer la política de la empresa en materia de salud y seguridad en el trabajo, y ésta el deber de aplicarla globalmente, con especial atención a la adecuación del domicilio del trabajador³³⁵. Para lo cual, ha de tenerse especial precaución en la evaluación y prevención de riesgos por la utilización de pantallas de visualización datos, unido a la necesidad de evitar el aislamiento del trabajador, por razones obvias.

En este mismo campo de indicaciones, resulta más habitual en la negociación colectiva encontrar cláusulas relacionadas con el uso de los equipos de trabajo, su mantenimiento, y la responsabilidad por su uso o costes de las tecnologías. De tal manera, como contempla el *Acuerdo Marco Europeo*, el teletrabajador tendría derecho a remuneraciones extrasalariales que permitan cubrir el coste originado por el trabajo, que comprende los gastos relacionados con las tecnologías como el *hardware* o el *software*, o el coste de la conectividad para permitir las telecomunicaciones³³⁶.

En relación con ello, no es extraño que el empresario facilite al teletrabajador la instalación y el mantenimiento del *software* y del *hardware*, poniendo, incluso, a disposición de sus empleados un departamento de asistencia (externalizado o con trabajadores de la plantilla) para facilitar apoyo técnico ante cualquier incidencia que pudiera surgir. Es preciso destacar a este respecto, que este servicio se encuentra entre los denominados *nuevos yacimientos de empleo* a los que aluden diferentes estudios de prestigio sobre las modalidades del trabajo del futuro, aludidos en el capítulo introductorio de este trabajo de tesis³³⁷.

A modo de conclusión, desde el punto de vista del sistema de fuentes, resulta destacable el amplio margen de desarrollo, atendiendo al reducido ámbito que se ha dedicado en la negociación colectiva española a las TIC, según se desprende de la realidad estadística³³⁸. Por lo cual, debe reconocerse el gran potencial de oportunidades que ofrece en un futuro

³³⁵ Contempla la posibilidad, el XVIII Convenio colectivo general de la industria química, de acceder (empresario y representantes de los trabajadores) al domicilio del teletrabajador, exclusivamente previa notificación y consentimiento previo de este último.

³³⁶ Vid apartada 7 del Acuerdo Europeo de Teletrabajo

³³⁷ Sobre la proyección de las profesiones STEM, Vid supra, nota núm. 60.

³³⁸ Al respecto concreta en cifras entre un 10 y un 15% de los convenios colectivos de los últimos tres años, los que tratan de forma relevante e identificativa la relación entre organización de trabajo y nuevas tecnologías. DEL REY GUANTER, S. "Incidencia de las nuevas tecnologías de la información y de la Comunicación en la negociación colectiva", *El futuro del trabajo, retos para la negociación colectiva, XXX Jornada de estudio sobre negociación colectiva*, CNCC, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018, Pág. 153. Disponible en:

http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Jornadas/XXX_Jornada_web_vinculado.pdf [consulta: 11 noviembre 2018]

inmediato, al constituir la negociación colectiva un instrumento de primer nivel para facilitar el impulso de una integración adecuada de las TIC en el ámbito de las relaciones laborales, por tratarse de la disposición más próxima a la realidad de la empresa. A lo que se añade la ventaja adicional que comporta la agilidad de la tramitación (en términos generales), de esta singular fuente normativa ante la incesante evolución tecnológica. Por otra parte, su vocación de aplicación temporal (más limitada que una ley), admite una adaptación constante a la realidad digital, al requerir un procedimiento de aprobación más flexible que cualquier tramitación normativa. Motivo por el cual, bien se puede afirmar que, en definitiva, resulta el instrumento idóneo para adaptar, al ámbito concreto de la empresa, las disposiciones que se puedan dictar con vocación de generalidad.

3 LA PROTECCIÓN DE DATOS, UN DERECHO DE CRECIENTE INCIDENCIA EN LAS RELACIONES LABORALES

3.1 Las líneas generales del Reglamento General de Protección de datos de la Unión Europea y su integración en el ordenamiento español.

Llegados a este punto, tras el repaso de un sistema de fuentes en plena efervescencia, resulta indispensable dedicar, en exclusiva, un capítulo a la protección de datos de los trabajadores, atendiendo al contenido del RGPD de la UE. Para empezar, partiendo del derecho originario y demás antecedentes mencionados en el capítulo dedicado al sistema de fuentes (singularmente la Directiva Marco y Directivas específicas), el RGPD unifica la relación de supuestos, en los que este derecho fundamental³³⁹ puede ser expuesto a posibles vulneraciones, así como la responsabilidad de los Estados miembros de proteger de forma adecuada a los ciudadanos.

Entrando en detalle en el RGPD, este refiere, de forma no exhaustiva, una relación de hasta once posibles situaciones de potencial amenaza³⁴⁰ de los derechos y libertades de las personas físicas, de las que singularmente algunas de ellas se encuentran ubicadas en el ámbito de las relaciones de trabajo. Como inicial referencia surge el tratamiento de datos relativos a la afiliación sindical, por ser materia especialmente sensible. Por tal motivo, el tratamiento de esta información (que cuentan en España con protección constitucional singular ex art. 28 CE), debe realizarse con las garantías adecuadas, dada la gravedad de los potenciales daños y perjuicios que pudieran ocasionarse, por un uso indebido de los mismos. Y ello porque pudiendo afectar de forma grave y con probabilidad variable, el posible daño a ocasionar afectaría a distintos ámbitos físicos, tanto materiales como inmateriales.

También refleja el RGPD otro grupo de posibles situaciones de riesgo, entre los que se incluyen desde problemas de discriminación, hasta situaciones de usurpación de identidad o fraude, además del daño para la reputación, o la posible pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional. En tal tipología se encuentra encuadrada la relación de datos vinculados con la eficiencia del empleado o las habilidades en el trabajo, además de cualquier otro tipo de informes confidenciales, que pudiese provocar algún perjuicio económico o social significativo del trabajador.

³³⁹ El considerando 15 del RGPD sobre la aplicación de la protección de las personas físicas al tratamiento automatizado o manual de datos personales, cuando figuren en un fichero o estén destinados a ser incluidos en él.

³⁴⁰ Vid considerando (75) del RGPD.

Unido a lo cual, se incluyen también otro tipo de circunstancias que pueden dar lugar a la privación de derechos y libertades de la persona, motivo por lo que se establecen una serie de limitaciones al control de los datos personales del trabajador por parte del empresario. A este respecto, resulta indispensable garantizar la posibilidad de control del trabajador sobre la información sobre su persona que le incumbe (que se encuentran a disposición del empresario), entendiéndose que la negativa empresarial a facilitar esta información constituiría una agresión al citado derecho fundamental. Piénsese que los datos podrían abarcar aspectos íntimos de lo más variado, como los referentes a características sociales, al origen étnico o racial, biológicos u otros de carácter personalísimo, junto a los datos genéticos, aspectos relativos a la salud o detalles sobre la vida sexual, incluidos aspectos sobre condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas.

Además de ello, también encuentran especial protección la libertad de expresión y pensamiento. Derechos que se encuentran especialmente amparados en el RGPD frente a hipotéticas revelaciones de datos, dada su consideración de datos singularmente sensibles. Entre ellos se incluye la información relativa a opiniones políticas, religión, creencias filosóficas, o afiliación sindical. Lo que lleva a tratar el riesgo que implicaría almacenar información que pudiera utilizarse posteriormente, de forma indebida, para ejercer cualquier tipo de discriminación.

Asimismo, téngase en cuenta que otra de las recientes hipótesis de amenaza reflejadas en el articulado del RGPD viene referida a los servicios de minería de datos. Se trata de una actividad que permite la creación de perfiles personales, mediante la evaluación de aspectos confidenciales, lo que requiere una labor de análisis, en unos supuestos, o la predicción, en otros casos. Con lo cual, mediante esta funcionalidad tecnológica, un informe podría recabar y desvelar aspectos concernientes al trabajador, comprendiendo información sobre su rendimiento en el trabajo, situación económica, salud, preferencias o intereses personales del empleado, e incluso, incluyendo la fiabilidad o previsión de comportamiento del individuo. Todo ello, se puede alcanzar recabando información de bases de datos y de redes sociales. Resultando, en cualquier caso, innegable que estas acciones constituyen una clara injerencia en la esfera personal del individuo, que podrían extenderse al control de su situación e incluso de sus movimientos. Como así ha puesto de manifiesto el TC al declarar la inconstitucionalidad del art. 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, en el que se faculta a los partidos políticos a consolidar una práctica general consistente en la recopilación de datos personales de los ciudadanos y de sus opiniones políticas, conforme a un supuesto "interés público". Con lo cual, los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales ya no podrán obtener y utilizar datos personales de las páginas web y otras

fuentes de acceso público, para realizar sus actividades políticas durante el periodo electoral.

No ha olvidado tampoco el RGPD la necesidad de tutela frente a posibles daños ocasionados en el tratamiento de datos personales. Y lo hace, no solo desde un punto de vista subjetivo, reforzando la protección frente a personas especialmente vulnerables (entre los que se encuentran los niños o personas con algún tipo de discapacidad). Sino que, además, desde una perspectiva cuantitativa, se vela especialmente por aquellos supuestos en los que resulta afectado un elevado volumen de trabajadores. Por otra parte, finalmente, ya desde un punto de vista material, también se preserva singularmente aquella información especialmente sensible.

Debe resaltarse al respecto que el RGPD deja abiertas dos opciones para la regulación jurídica de la protección de datos en el ámbito laboral. De tal manera que prevé la posibilidad de que sea el Estado miembro quien elabore una norma específica al respecto (opción por la que inicialmente se ha inclinado el Estado español mediante la LOPDPyGDD), o bien, alternativamente, que se desarrolle a través de la negociación colectiva, a través de los convenios colectivos de empresa³⁴¹. En este caso, si bien la LOPDPyGDD no precisa que tipo de negociación colectiva deberá abordar la materia, el art. 91 ET atribuye a la negociación colectiva la posibilidad de establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral.

Sin perjuicio de lo anterior, debe advertirse de que, el consentimiento del trabajador va a condicionar el tratamiento de los datos personales en el contexto laboral, a excepción de la información sobre la se aplica la presunción legal de que el tratamiento es lícito, al estar vinculado a la ejecución del contrato de trabajo³⁴². Tal es el caso de la utilización de los datos para gestionar el pago de la nómina, de la cotización a la Seguridad Social, la tramitación de las contingencias laborales, los datos para el cálculo de la retención a practicar a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, o el pago de la cuota sindical de los afiliados a un sindicato (en el supuesto de que se haya optado por

³⁴¹ Vid considerando (155) del RGPD.

³⁴² En este mismo sentido la STC 39/2016 admite la dispensa al empresario para tratar datos personales cuando el tratamiento sea preciso para “el mantenimiento y cumplimiento del contrato firmado por las partes”, al entenderse el consentimiento implícito a la aceptación del contrato.

hacer frente a la transferencia de la aportación, con cargo a su nómina mediante la oportuna retención)³⁴³.

3.1.1 El nuevo ámbito de aplicación del RGPD

Una de las singularidades del RGPD reside en la ampliación del ámbito objetivo de aplicación respecto a la directiva 95/46/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. Como ya se ha dicho, esta Directiva dejó de ser aplicable a todas las actividades relacionadas con el tratamiento de datos personales que tengan lugar en los Estados miembros, tanto en el sector público como en el privado, tras la entrada en vigor del RGPD, a partir del 25 de mayo de 2018³⁴⁴.

Adviértase que tampoco resultaba de aplicación la citada Directiva al tratamiento de datos personales efectuados *“en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario”*, como sucede, entre otras, con las actividades en los ámbitos de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial. En este caso, y para este ámbito concreto, resulta de aplicación dentro del sistema de fuentes comunitario, la Directiva 2016/680/UE, de 27 de abril³⁴⁵, por la que se regula la protección de datos de personas físicas, en relación con el tratamiento por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos.

Otra de las aportaciones del RGPD, frente a la Directiva 95/46, consiste en que, si bien hasta la entrada en vigor del Reglamento, su aplicación se dirigía a un ámbito subjetivo centrado exclusivamente en los operadores de telecomunicaciones tradicionales, la UE, a través del nuevo Reglamento ha querido extender su ámbito, y expresamente el deber de confidencialidad, a los nuevos proveedores digitales de servicios de comunicaciones electrónicas (WhatsApp, Facebook Messenger, Skype, Gmail, iMessage, Viber etc.).

³⁴³ Al respecto, Vid RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. “El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679”, RTSS, CEF, Núm. 423, 2018, págs. 19 y ss.

³⁴⁴ El Art. 94 del Reglamento 2016/679 fija la derogación de la Directiva 95/46/CE a partir del 25 de mayo de 2018, haciendo extensivo al citado Reglamento cualquier referencia a la Directiva 95/46. Asimismo cualquier referencia al Grupo de protección de las personas previsto en el Art. 29 de la citada Directiva 95/46/CE, se entenderá hecha al Comité Europeo de Protección de Datos regulado en el Reglamento.

³⁴⁵ Vid la disposición que deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00089-00131.pdf> [consulta: 8 junio 2018]

3.1.2 La responsabilidad del tratamiento de datos personales de trabajadores

Destaca entre las novedades de mayor intensidad previstas en el RGPD³⁴⁶, la relación de principios recogidos en su Capítulo II (art. 5 a 11). Entre ellos, se encuentra el principio de *responsabilidad proactiva* del responsable del tratamiento de datos³⁴⁷. En base al cual, ante la toma de conocimiento de una violación de la seguridad de los datos personales, el responsable queda obligado, como regla general, a notificar la violación de la seguridad de los datos personales a la autoridad de control competente. La excepción a la regla general se encuentra en los supuestos en los que el responsable pueda acreditar, atendiendo al citado principio, la improbabilidad de que la violación de la seguridad de los datos personales entrañe un riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas.

Este nuevo marco viene a reforzar las condiciones tradicionales exigidas en el ordenamiento español para el consentimiento y protección de datos especialmente sensibles (art.7 RGPD). De manera que, a partir de su entrada en vigor (25 agosto 2018), cuando el tratamiento de estas informaciones esté basado en el consentimiento del interesado, el responsable debe ser capaz de acreditar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales. Es decir, que el consentimiento ha sido otorgado mediante un acto expreso y positivo.

Además, para fortalecer la protección de los datos personales, cuando la captación de los datos persiga satisfacer más de un fin, se deberá distinguir claramente cuál es el objeto de cada una de ellas, de forma inteligible, de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. Viniendo acompañada tal exigencia de medidas de una serie de consecuencias jurídicas, para el caso de que se contravenga alguna de ellas. Resultando, de esta forma, su infracción la pérdida del carácter vinculante de la declaración de consentimiento, en su integridad.

A lo anterior se une el reconocimiento del derecho del interesado de retirar, en cualquier momento, el consentimiento prestado. Provocando, en tal caso, la retirada del

³⁴⁶ Vid GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. “El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril relativo al tratamiento de datos personales, un primer acercamiento”, Revista de Información Laboral Núm. 2/2017, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017.

³⁴⁷ La inmediatez, con la que exige el RGPD que actúe el responsable, obliga a establecer procedimientos extremadamente ágiles. De tal manera, que obliga a actuar sin dilación indebida, a ser posible, en un plazo de tiempo inferior a 72 horas después de haber tenido constancia de la violación de seguridad. Si dicha notificación no es posible en el plazo de 72 horas, debe justificar los motivos de la dilación, permitiendo el Reglamento europeo la fragmentación de la información por fases, para evitar retrasos indebidos.

consentimiento efectos *ex nunc*, a partir del momento de su revocación, aunque no afectaría a la licitud del tratamiento de datos realizado con anterioridad, que se haya basado en el consentimiento previo a su retirada. Lo que el Reglamento deja claro es que, en todo caso, el procedimiento para retirar el consentimiento debe ser tan sencillo como el trámite utilizado para prestarlo.

3.1.3 La prestación de consentimiento del trabajador para el tratamiento de datos

El RGPD define, en su Capítulo II, las condiciones en las que se ha de prestar el consentimiento para el tratamiento de sus datos. Para lo cual, el empresario puede justificar el tratamiento de datos vinculados a la ejecución del contrato, acreditando el consentimiento del empleado. Precisamente, resulta imprescindible recabar cierta información para cumplir determinadas obligaciones, entre las que se encuentra la confección y gestión de la nómina, para la que se requiere confirmar el número de cuenta bancaria donde realizar el ingreso, los datos personales del empleado que permitan conocer su situación fiscal, y sus contingencias particulares y familiares con el fin de aplicar la debida retención a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Incluso, si este optase, en su condición de afiliado, por pagar la cuota sindical con cargo a su nómina, el empresario debe conocer tal condición. Por tanto, en cualquiera de estos supuestos, sería bastante la acreditación por parte del empresario de la existencia de un contrato de trabajo, para presumir válidamente que se ha prestado el preceptivo consentimiento.

Téngase en cuenta al respecto la doctrina del TS, relativa a las cláusulas que obligan al trabajador a facilitar determinada información personal a la empresa. Ya que el alto tribunal ha declarado la nulidad de aquellas cláusulas contractuales que obligan al trabajador a designar su teléfono particular y su correo electrónico para que la empresa se comunique con él³⁴⁸. En este mismo sentido se pronuncia la Sala de lo social en la STS 4086/2015 de 21 de septiembre, en la que confirma la Sentencia de la Audiencia

³⁴⁸ Concretamente el TS en la S. de 21/09/2015, Recurso Núm.259/2014, ECLI: ES:TS:2015:4086 , confirma una sentencia de la AN declarando la nulidad de la siguiente cláusula: "*partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a 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*"; "*cualquier cambio o incidencia con respecto a los mismos, deberá ser comunicada a la empresa de forma fehaciente e inmediata*". Esta cláusula fue declara nula por la Audiencia Nacional, al estimar que vulnera el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datamatch=TS&referenc e=7493535&links=&optimize=20151016&publicinterface=true> [consulta: 8 junio 2018]

Nacional, que declara la nulidad de la cláusula contractual, por atentar contra el derecho a la protección de datos de carácter personal del trabajador³⁴⁹.

Se advierte así que los argumentos en los que se basa la Sala se centran, en la diferenciación dentro de los datos de carácter personal, aquellos que son deseables, los prescindibles, y los que resultan de disposición imprescindible para el empresario, con el fin de desarrollar la relación laboral. Considerando que tanto el número de teléfono móvil del trabajador, como la dirección de correo electrónico no profesionales, son datos de carácter personal prescindibles para el empresario. Reconociendo la Sala que, aunque se trate de datos, que podrían ser deseables por el empresario, no son imprescindibles para el cumplimiento del contrato. Y a ello, se añade la necesidad de que el consentimiento prestado por el trabajador sea expreso, libre, voluntario y no condicionado.

De tal manera, la causa detonante de la nulidad de la cláusula analizada por el TS se encuentra en el hecho de que se condicione la firma del contrato a la aceptación de tal cláusula. Considerándose, por tanto, inadmisibles que el trabajador (ante una evidente debilidad negocial), se vea obligado a aceptar estas cláusulas tipo, cuando no se trata de una información indispensable para la realización de la actividad laboral. En resumen, como concluye el Tribunal en su FJ 2, “Porque el contrato de trabajo no es título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano”.

Con todo, resulta problemático el encaje de la prestación expresa, voluntaria y libre del consentimiento, con el principio de libertad formal en la suscripción del contrato, ex art. 8.1 ET. Por cuanto, en efecto, la norma dispone que “el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra”, operando la presunción de laboralidad en los supuestos de prestación de servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro, a cambio de una retribución. Si bien, resulta de difícil prueba la acreditación de la cesión de datos cuando no existe un contrato por escrito, en el supuesto de que se produzca un acuerdo verbal o tácito. Dado que, efectivamente, en

³⁴⁹ La STS 4086/2015 de 21 de septiembre (Núm. recurso: 259/2014), ECLI:ES:TS: 2015:4086, resuelve un conflicto colectivo que resuelve la Sala reconociendo la condición de cláusula abusiva y contraria a la LOPD, aquella prevista en el contrato/tipo, al indicar que el trabajador proporciona voluntariamente a la empresa el número de teléfono móvil o su cuenta de correo electrónico, así como su compromiso para comunicar la inmediata variación de tales datos, al objeto de que se pueda comunicar por tales vías toda incidencia relativa al contrato, relación laboral o puesto de trabajo. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&referenc e=7493535&statsQueryId=110552085&calledfrom=searchresults&links=&optimize=20151016&publicinterface=true>

este caso, el empresario se encontrará con distintos problemas prácticos respecto al tratamiento y cesión de datos.

Precisamente, para que tenga plena validez y eficacia jurídica la prestación de consentimiento del trabajador en el tratamiento de sus datos personales, parece previsible que terminarán quedando en desuso aquellas fórmulas de formalización del contrato, que no reúnan el requisito de la escritura para cumplir con la función de seguridad, garantía, certidumbre y publicidad, tanto del empresario como del trabajador.

Por lo que, abundando en lo anterior, sería aconsejable que, bien a través de norma imperativa, o bien a través de la negociación colectiva, se estableciese el contenido mínimo del modelo oficial de declaración de consentimiento del trabajador, así como la relación tasada de datos que podrían obtenerse del trabajador. Una información que podría unirse como anexo al contrato de trabajo, ya sea en papel, ya sea en formato digital. No podemos olvidar que el modelo español de relaciones laborales está integrado de forma mayoritaria por microempresas, pequeñas y medianas empresas. Un tejido que viene a representar no solo a la mayoría del empleo por cuenta ajena, sino a más del 99% del tejido empresarial³⁵⁰. De esta manera, siendo por lo tanto estas empresas las que resultan receptoras, de forma mayoritaria, de las nuevas obligaciones que impone el RGPD, sería deseable la adopción de medidas al respecto, dirigidas a simplificar la aplicación de la ley a las pequeñas y medianas empresas para facilitar el cumplimiento de las nuevas obligaciones de la norma europea. Y dado que la LOPDPyGDD no lo ha hecho, podría ser esta otra de las cuestiones a debatir, si se quiere acometer una reforma que atienda a los problemas y necesidades reales de los trabajadores.

En resumen, cuando el RGPD determina que el consentimiento del interesado se presta en el contexto de una declaración escrita (no tácita o verbal), la solicitud de consentimiento se presenta de tal forma que, permita distinguirse claramente de cualquier otro asunto tratado en el contrato. En coherencia con ello, habiéndose optado por la formalización del contrato de trabajo por escrito, la prestación del consentimiento debe hacerse también formalmente de esta manera. Resultando así que, a pesar de que el ordenamiento jurídico español admita, con matices, que la relación laboral nazca de un pacto verbal o tácito, el consentimiento del trabajador en el tratamiento de datos no

³⁵⁰ Según datos de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa de enero de 2019, de los más de 15,7 millones de trabajadores inscritos en la Seguridad Social, el 87,4% de ellos son trabajadores por cuenta ajena. De ellos el 53,4% trabajan en microempresas, pequeñas o medianas empresas, frente al 34% de los trabajadores que prestan sus servicios en empresas de 250 o más trabajadores. Adicionalmente a ello, se ha de tener en cuenta la representación de estas grandes empresas, que asciende a tan solo un 0,35% de las empresas inscritas en la Seguridad Social. Disponible en: <http://www.ipyme.org/Publicaciones/CifrasPYME-enero2019.pdf> [consulta: 28 febrero 2019]

obedece a esta libertad de forma. Si bien, el texto que refleje la prestación del consentimiento debe ser inteligible, de fácil acceso y utilizar un lenguaje claro y sencillo. Sancionando el Reglamento con la falta de vinculación para las partes, si la declaración contradice lo dispuesto en el RGPD³⁵¹.

En este contexto, téngase en cuenta también que, aun habiéndose prestado el consentimiento, el RGPD reconoce expresamente el derecho del interesado a retirarlo en cualquier momento, exigiendo que sea tan accesible, además de tan sencillo, como el documento de formalización de la concesión del consentimiento. Con lo cual, a estos efectos, la retirada de consentimiento produce efectos *ex post*, no afectando a la licitud del tratamiento de información basada en el consentimiento prestado previamente a su retirada, como tampoco abarcará aquel conjunto de datos cuyo tratamiento sea indispensable para la ejecución del contrato de trabajo.

Por lo que, en definitiva, se entiende que la prestación de consentimiento válido de un trabajador debe ser inexcusablemente libre, expresa, formalmente redactada por escrito, al igual que limitada tanto desde un punto de vista temporal, como formal, además de ser susceptible de revocación.

3.1.4 Categorías especiales de datos personales de los trabajadores

Adviértase que el tratamiento que el RGPD realiza de las categorías especiales de datos personales (art. 9.1) impide al empresario tratar información especialmente sensible de sus empleados, vinculada a derechos fundamentales o libertades públicas. De forma que queda prohibido el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, afiliación sindical, así como aquellos datos genéticos, biométricos (que permiten identificar de manera unívoca a una

³⁵¹ El considerando 32 del RGPD reconoce que el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal, esta última modalidad puede plantear el problema de la inversión de la carga probatoria hacia el empresario, quien podría tener problemas de acreditación de la prestación del consentimiento. Por otra parte, se admiten modalidades como marcar una casilla de un sitio web en internet, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente la aceptación del tratamiento de datos personales, entendiéndose, en sentido contrario, que la falta de cumplimentación de las casillas, se deben interpretar como la negativa a prestar consentimiento.

persona física), o relativos a la salud,³⁵² a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.

3.1.4.1 La problemática de los datos biométricos

En este caso, la justificación de la protección de los datos biométricos se encuentra en su especificidad y en la capacidad de permitir la identificación de un individuo. Etimológicamente, el significado de biometría proviene de las voces *bio* (vida) y *metría* (medida), siendo asimismo definido por la RAE como el “*Estudio mensurativo o estadístico de los fenómenos o procesos biológicos*”. A su vez, la doctrina científica lo califica como el conjunto de “*técnicas que miden e identifican las características físicas únicas de organismos vivos o patrones de su comportamiento, que permiten identificar los diferentes individuos, como por ejemplo las clásicas huellas digitales*”³⁵³

En la misma línea de interpretación, el RGPD define los datos biométricos como “*los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, que determina las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona*”.

A este respecto, existen ciertas excepciones a la prohibición general de tratamiento de las categorías especiales de determinados datos personales ex art. 9.1 RGPD. Concretamente, no será de aplicación lo dispuesto en el citado párrafo primero del art. 9 en el ámbito Derecho laboral, de la seguridad y de la protección social, por tratarse de información determinante para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento (o del interesado). Si bien, el

³⁵²*Ibid.* el Reglamento (UE) 2016/679, en su Art. 4 articula la definición en sus apartados 13 a 15 los datos especialmente protegidos como a) “datos genéticos”: datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona; b) «datos biométricos»: definidos como datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, que determina las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos; c) “datos relativos a la salud”: datos personales sobre la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud.

³⁵³ Al respecto, CORTÉS OSORIO, J.A., MEDINA AGUIRRE, F.A., MURIEL ESCOBAR, J.A., “*Sistemas de seguridad basados en biometría*” pág. 98. Disponible en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-SistemasDeSeguridadBasadosEnBiometria-4528099.pdf> [consulta: 12 junio 2018]

Profundiza en el funcionamiento de los datos biométricos RUIZ GONZÁLEZ, C., *La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en las relaciones laborales*, Murcia, Ed. Laborum, 2018, pág. 271 y ss. (cit. supra, nota núm. 319).

Reglamento europeo lo condiciona, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la UE, de los Estados miembros, o de un convenio colectivo. Debiendo, no obstante garantizarse el respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del trabajador ex art. 9.2.b). Con lo cual, no resultaría preciso que el empresario contase con el consentimiento previo del trabajador, para implantar determinados sistemas de control de accesos en la empresa. Lo que incluye la utilización de tecnologías biométricas, entre las que se encuentran los sistemas de reconocimiento facial, vascular, del iris, retina o mediante lectores de huella dactilar, etc.³⁵⁴. Sin embargo, debe precisarse, que no todos los sistemas de control ofrecen la misma información (el Reglamento europeo se refiere, a título ejemplificativo a las “imágenes faciales o datos dactiloscópicos”). Lo que lleva a considerar que ante la variada tipología de técnicas de identificación biométrica³⁵⁵, no todas repercuten del mismo modo sobre los derechos fundamentales de los trabajadores. Pudiendo representar cada una de ellas un mayor o menor impacto intrusivo sobre los datos personales.

En tal caso, el reconocimiento de firmas constituye una de las medidas de control más extendidas. Se trata de una tecnología inspirada en las tradicionales técnicas de la grafología, que mide factores como la velocidad, la presión que se ejerce al firmar, la dirección de la traza, el largo del trazado, además de las áreas donde se hace la pausa en la escritura para seguidamente continuar con el trazado.

En otros supuestos, para contextos que exigen mayores niveles de seguridad, se utiliza el escaneo del ojo, bien mediante la proyección de un haz de luz infrarroja en la retina, que mide el patrón de las venas en el fondo de ojo, o bien, mediante la visión de los patrones de color del iris, únicos, permanentes e irrepetibles en cada ser humano. Así, por ejemplo, dentro de los sistemas de control biométrico, el escaneo de retina se encuadra en categorías más invasivas que el escaneo de iris³⁵⁶, dado que, al poderse ver alterados los patrones de la retina, en caso de determinadas enfermedades, la tecnología facilita

³⁵⁴ La información obtenida mediante la lectura de la huella dactilar, es admitida de forma ordinaria por los tribunales como sistema de control de presencia del trabajador, que se define en la SAN de 21 de junio de 2013 (Sala de lo Contencioso Administrativo) como “*datos biométricos, es decir, aspectos físicos que, mediante un análisis técnico, permiten distinguir las singularidades que concurren respecto de dichos aspectos y que por ser irrepetibles en otros sujetos, una vez procesados, permiten identificar al individuo que los posee*”. En la sentencia, no obstante, se confirma la sanción impuesta por la AEPD, por la falta de información sobre la implantación del sistema a los trabajadores. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datamatch=AN&referenc e=6784399&links=&optimize=20130708&publicinterface=true> [consulta: 27 junio 2018]

³⁵⁵ Vid la clasificación en “*Sistemas de seguridad basados en biometría*” CORTÉS OSORIO, J.A et al. Págs. 99-100.

³⁵⁶ Las variaciones del estado de salud del trabajador o determinadas enfermedades pueden modificar el patrón de las venas en el fondo de ojo, por eso se considera un sistema de control menos fiable que otros. “*Sistemas de seguridad basados en biometría*” CORTÉS OSORIO, J.A, Pág. 99.

adicionalmente información complementaria a empresa, ajena a la finalidad pretendida en la recogida de datos vinculada al contrato de trabajo, que forma parte del derecho a la intimidad del individuo. En este caso, el tratamiento de datos sin consentimiento del trabajador supondría una vulneración de su derecho a la intimidad. Lo que además podría poner en riesgo otros derechos, en el supuesto de que se utilizase la información personal adicional en perjuicio del empleado.

En este contexto, se encuentran otros grupos de sistemas de control, de uso cada vez más extendido en el ámbito empresarial para verificar la asistencia al centro de trabajo de los empleados. Tal es el caso de los instrumentos de reconocimiento facial, la huella digital y la geografía de manos. El primero de estos procedimientos mide los “puntos nodales” o rasgos de una persona, las distancias, tamaño, forma etc. de las partes del rostro, considerándose menos invasivo que otros sistemas.

De igual manera, se han extendido intensamente otras tecnologías entre las que se encuentra el reconocimiento de huellas dactilares. Se trata probablemente del sistema de control de datos biométricos que cuenta con mayor antigüedad en su utilización, desde que se descubriera a finales del Siglo XIX, que las huellas dactilares son únicas en cada persona, así como que no se modifican con el paso del tiempo. También, aunque menos extendido, han surgido sistemas de examen de la geografía de manos, que ofrecen una forma de registro más exhaustiva que la de la huella dactilar, al contemplar más variables y parámetros (la huella dactilar solo contempla una variable).

Con lo cual, ante el elevado número de fórmulas posibles de control de datos y atendiendo al inimaginable potencial que ofrece la tecnología, el desarrollo de cualquier sistema de control de datos biométricos del trabajador debería atender a dos criterios fundamentales. Por una parte, debería garantizarse que la información recabada sea lo menos intrusiva posible para el trabajador, resultando recomendable que, en caso de opción se priorice los mecanismos menos invasivos. Además, tendría que asegurarse que, de la información recabada, no se pueda obtener información adicional, ajena a lo pretendido, respecto del estado del trabajador, ya que, en tal supuesto, podría quedar invadida su esfera de la intimidad.

Tal circunstancia sugiere la conveniencia de articular un sistema que facilite la homologación de la tecnología, atendiendo al reconocimiento de los derechos fundamentales garantizados por el marco normativo español. Tal medida posibilitaría que se erradicase desde el origen cualquier reticencia inicial sobre la tecnología, al disponer de una garantía de respeto a los derechos en liza. Lo cual, apunta al interés de defender la puesta en servicio de tecnologías respetuosas con el marco de derechos reconocidos a los trabajadores, si se encara con seriedad la reforma del ET.

3.1.4.2 *Autorizaciones excepcionales para tratar otros datos de categoría especial a las entidades de tendencia.*

Además de permitirse el tratamiento de categorías de datos personales en el ámbito del Derecho del trabajo, también se encuentran autorizados otros supuestos con incidencia en las relaciones laborales, a la luz de las letras d) y h) del art. 9.2 del RGPD. Ejemplo de lo cual se refleja de la redacción de la letra d) del citado precepto, en relación con la autorización para tratar datos a aquellas fundaciones, asociaciones u organismos sin ánimo de lucro que tienen la consideración de “entidades de tendencia”.

Precisamente, entre tales entidades se encuentran integradas los sindicatos³⁵⁷, organizaciones empresariales o asociaciones profesionales, las cuales quedan excluidas de la prohibición general del tratamiento de datos del art. 9.1 RGPD. En tal caso, la autorización, en pura lógica, viene referida al tratamiento realizado en el ámbito de sus actividades legítimas, que debería desarrollarse con las debidas garantías. De esta manera, queda vinculada la autorización del tratamiento de datos especialmente sensibles de sus miembros (actuales o antiguos), o a personas con las que mantengan contacto regular, al objeto social³⁵⁸.

En resumidas cuentas, persiguiendo estas entidades finalidades políticas, filosóficas, religiosas o sindicales, los datos personales que traten no podrán trascender de la esfera de su actividad. Con lo cual, queda vedada la posibilidad de cesión externa a terceros de los datos de sus afiliados, sin el consentimiento y autorización expresa de los interesados.

3.1.4.3 *La excepción del interés superior al derecho a la intimidad*

Como continuación a la relación de exclusiones a la prohibición general de tratar categorías especiales de datos con incidencia en las relaciones laborales, resulta aplicable lo dispuesto en la letra h) del art. 9.2. RGPD. En el que se prioriza el interés perseguido con el tratamiento de datos, a la intimidad del trabajador.

En efecto, la autorización viene referida a los supuestos en los que el tratamiento de datos sea necesario para fines muy concretos. Sin embargo, para ello se exige que el

³⁵⁷ Sobre la protección de datos con motivo de la acción sindical, MOLINA NAVARRETE, C. “Acción sindical y protección de datos, nuevos relatos de una relación espinosa”, RTSS, CEF, Núm. 423, 2018, págs. 125 ss.

³⁵⁸ Sobre el análisis de los límites de la libertad sindical y la protección de datos, MERCADER UGUINA, J.R., “Protección de datos y relaciones colectivas”, RTSS, CEF, Núm. 423, 2018, Pág. 64 y ss.

tratamiento se realice por un experto en la materia, garantizándose así la sujeción de la actividad al secreto profesional, dado que será este quien asuma la responsabilidad sobre las decisiones que se adopten sobre la materia. En tal caso, la dispensa para tratar datos de categorías especiales incluye los relativos a medicina preventiva o laboral, la evaluación de la capacidad laboral del trabajador, el diagnóstico médico, la prestación y gestión de asistencia o el tratamiento de tipo sanitario o social, siempre que se respete el deber de sigilo profesional. Lo que queda reforzado mediante el art. 9.3 RGPD exige que el tratamiento sea realizado por un profesional sujeto a la obligación de secreto profesional (o bajo su responsabilidad), conforme al Derecho comunitario, o las normas del Estado miembro.

Atendiendo a un ámbito subjetivo de aplicación de tal amparo, debe recordarse además que el Parlamento y el Consejo europeo extiende el deber de preservar el derecho a la protección de datos, no solo a los trabajadores por cuenta ajena, sino también a los que se encuentran en el régimen especial del trabajo autónomo, a quienes igualmente resulta de aplicación el RGPD. En consecuencia, la única liberación del cumplimiento de las reglas relativas al tratamiento de datos de carácter personal viene referida a los supuestos de personas físicas, en el curso de actividades exclusivamente personales o domésticas³⁵⁹ y, por tanto, sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial. Definiendo para este concreto supuesto, el RGPD las actividades personales o domésticas, como las equivalentes a la *“correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones, las relacionadas con la actividad en las redes sociales, así como la actividad en línea realizada en el contexto de las citadas actividades”*. Todo ello, sin perjuicio de la aplicabilidad del RGPD a los responsables o encargados del tratamiento, que proporcionen los medios para tratar datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas.

3.2 Los derechos del trabajador en materia de protección de datos

Conforme a lo expuesto, a excepción de los datos personales vinculados a la ejecución del contrato laboral, sobre los que existe una presunción de licitud sobre su tratamiento, el empresario no debería tratar, sin consentimiento expreso del trabajador, los datos personales de “categorías especiales”. Para lo cual, el empresario debe solicitar, y el trabajador prestar, un consentimiento claro y expreso, para la finalidad concreta perseguida, disponiendo la autorización una vigencia limitada en el tiempo.

³⁵⁹ Vid Art. 2.2 c) RGPD

De esta manera, una vez reforzado el deber inexcusable de concurrencia del consentimiento del trabajador, revestido de la condición de acto de voluntad libre³⁶⁰, específico, inequívoco e informado, de que se acepta el tratamiento de datos de carácter personal, los derechos del trabajador continúan preservándose conforme a lo dispuesto en el Capítulo III del RGPDP, dentro del epígrafe “*Derechos del interesado*”³⁶¹.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que, una vez consentido el tratamiento por el trabajador, el principio de transparencia debe presidir cualesquiera de las formas de ejercicio de los derechos del interesado (sección 1). Lo que nos lleva a considerar, desde un punto de vista formal, que cualquier procedimiento, relacionado con el consentimiento del interesado, dirigido a ceder los datos personales, y su posterior acceso a los mismos, precisa reunir los dos requisitos básicos previstos reglamentariamente, consistentes en la concisión y la accesibilidad. Además de ello, las instrucciones de la tramitación deben redactarse en un lenguaje claro y sencillo que facilite su comprensión por cualquier persona (especialmente cuando la información vaya dirigida a un niño). Siendo compatible la manifestación del consentimiento con la libertad de elección del medio para transmitir la información (verbalmente, por escrito, o por otros medios, incluidos los electrónicos).

3.2.1 El derecho de información y acceso a los datos personales

La primera de las cuestiones que conviene destacar en relación con el derecho de información y acceso a los datos personales regulado en la Sección 2, del citado Capítulo III del RGPDP (art. 13 a 15RGPDP), reside en la distinción que se hace en la norma, atendiendo al origen de la obtención de los datos. Se distingue, de esta manera, entre el supuesto en el que, el origen de la obtención de los datos personales reside en el propio interesado, de aquel en el que la información se obtiene a través de una fuente ajena al particular.

En ambos casos se detalla la obligación de facilitar al interesado la relación de información conseguida, en el momento en el que se obtengan los datos, salvo que el

³⁶⁰ Vid el Art. 7.4 del RGPDP que determina la necesidad de tener en cuenta el hecho de si, entre otras cuestiones, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita en el contrato de trabajo al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato, estableciendo en tal caso una presunción de falta de libertad en la prestación de consentimiento.

³⁶¹ Vid Art. 12 a 23 del RGPDP.

interesado disponga de la misma (en cuyo caso quedaría sin efecto esta obligación, ex art. 13.4 del RGPD). Mientras que surge, en caso de que los datos se obtienen de un tercero, la responsabilidad de informar al particular, sobre el contenido de los datos personales obtenidos. Lo cual debe llevarse a cabo dentro de un “plazo razonable” que, como máximo, se fija dentro del límite de un mes, a contar desde la obtención de los datos personales.

Como regla general, además, se ha de facilitar al interesado la información sobre el ámbito temporal durante el cual se van a conservar los datos personales o, excepcionalmente, si este plazo no puede determinarse inicialmente, el usuario tiene reconocido el derecho a conocer los criterios que se aplican para determinar el *dies ad quem* de la conservación de sus datos personales. A lo que se añade la facultad de un particular de dirigirse, en cualquier momento, al responsable de protección de datos, para que rectifique, suprima, o limite sus datos personales, además de poder oponerse al tratamiento de estos, y ejercer sus derechos de portabilidad. Todo ello, sin perjuicio de que, en este contexto, siempre queda abierta la posibilidad de presentar una reclamación ante una autoridad de control, si se estima conveniente.

Excepcionalmente, al margen de las cautelas expuestas, la norma exime de la obligación de facilitar la información al interesado, cuando esta proviene del particular y ya dispone de la misma, ex art. 13 RGPD. Si bien, en caso de que el suministro de datos personales no sea voluntario, sino obligatorio para el interesado, debe informarse al trabajador de las posibles consecuencias que conlleva la obtención de información, cuando la obligación de suministrar los datos sea una exigencia de carácter legal o contractual, o bien porque se esté ante un requisito que condicione la suscripción del contrato.

Es por ello por lo que la información que debe disponer el interesado, en cualquier caso, habrá de incluir la identidad y los datos de contacto del responsable de protección de datos o de su representante; los datos de contacto del delegado de protección de datos (si la empresa cuenta con esa figura); los fines del tratamiento, su base jurídica, los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales. Y finalmente, si existe la intención del responsable de transferir datos personales a un tercer país u organización internacional, para lo que se deberá garantizar que si el destino es un país no comunitario, que los interesados cuenten con derechos exigibles, así como la facultad de ejercer acciones legales efectivas.

Sin embargo, para el supuesto de que la información de los datos personales no se haya obtenido del propio interesado, el art. 14 del RGPD, la exención de la obligación de informar al interesado no es genérica, sino que se limita a cualquiera de los siguientes supuestos: a) en primer lugar, cuando es constatable que el interesado ya dispone de la

información; b) en segundo lugar, cuando informar sobre tales extremos resulta imposible o supone un esfuerzo desproporcionado, c) en tercer lugar, cuando existe un interés público, o bien, cuando se persiguen fines de investigación científica, histórica o fines estadísticos, todo ello, sin perjuicio de las condiciones y garantías establecidas³⁶². d) en cuarto lugar, cuando la obtención o la comunicación está expresamente establecida por el Derecho comunitario o el derecho nacional, o, por último, e) cuando los datos personales sean confidenciales a causa de la obligación de secreto profesional, al amparo de una normativa de la UE, de un Estado miembros, o en su caso, tenga el respaldo de una disposición de naturaleza estatutaria.

Finalmente, adviértase sobre el refuerzo reglamentario del ejercicio de este derecho, ex art. 15 del RGPD, mediante el que se permite obtener la confirmación relativa a si se están tratando o no sus datos personales, reconociéndose, en tal caso, un derecho de acceso a los mismos. A lo que se une, además, el derecho de información sobre las garantías que rodean el tratamiento de datos, en caso de que se transfieran datos personales a un tercer país o a una organización internacional y, el derecho a obtener una copia de los datos personales objeto de tratamiento.

3.2.2 El Derecho a conocer los fines perseguidos con el tratamiento de datos personales

Una de las facultades inherentes a la protección de datos personales reside en el derecho a conocer los motivos por los que se recaba y almacena la información. De esta manera, cualquier modificación de la finalidad perseguida en la recogida de datos, generaría el derecho del interesado a recibir información previa a dicho tratamiento, además de cualquier otra información que precise. Asimismo, en el supuesto de que se pretendan adoptar decisiones automatizadas (entre las que se incluye la elaboración de perfiles) se debe proporcionar la información sobre la lógica aplicada y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado³⁶³.

Cabe mencionar que, en el ámbito de las relaciones laborales, la explotación de datos personales del trabajador no queda limitada a la elaboración de las nóminas, sino que la herramienta de *big data* ofrece utilidades adicionales para la elaboración de informes relativos a los recursos humanos de una empresa. Lo cierto es que la obtención de datos resulta indispensable para la elaboración de estadísticas, así como de informes

³⁶² Vid las garantías y excepciones aplicables al tratamiento con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos regulados en el Art. 89 del RGPD.

³⁶³ Vid art. 13 en relación con el Art. 22, apartados 1 y 4, ambos del RGPD.

automáticos que permiten conocer la evolución de distintos aspectos laborales y relacionar diferentes indicadores (absentismo ³⁶⁴, horas de trabajo ordinarias y extraordinarias realizadas, la incidencia de la siniestralidad laboral, antigüedad de la plantilla, organización por sexos, salarios medios, niveles de participación en conflictos etc.). En cuyo caso, el análisis conjunto de datos ofrecido por las herramientas tecnológicas facilita la gestión y la toma de decisiones en materia de personal.

Adicionalmente, en cuanto a las nuevas y flexibles formas de empleo, tal explotación de datos también puede constituir un útil instrumento que permita al empresario conocer datos vinculados con la productividad y la evaluación del desempeño. Disponiendo, de esta forma, de una herramienta que facilite medir y valorar de forma objetiva la encomienda de servicios y la prestación de teletrabajo o a través de plataformas, así como, entre otras cuestiones, el coste efectivo de cada hora de trabajo.

Mayor matiz representa la elaboración de informes individualizados conforme a la evolución de los acontecimientos que rodean cada relación laboral, la formación, o la evolución de sus capacidades. Lo cual podría entrar en conflicto con el derecho a la intimidad del trabajador y a la protección de sus datos personales.

De donde cabe extraer, en suma, la conveniencia de que las empresas establezcan protocolos de gestión de la información, en los que se incluya la trazabilidad del tratamiento de los datos, desde el inicio. Lo que comprende el proceso de selección del trabajador, junto a la información obtenida en dicho proceso, la información generada durante el tiempo que perdure la vigencia del contrato de trabajo (incluido cualquier tipo de vicisitud producida durante la relación), así como con motivo de la finalización del contrato y sus causas. En este sentido, resultaría altamente aconsejable que el empresario facilitase al empleado, el acceso al aplicativo utilizado para que el trabajador pueda tener en cualquier momento esta información.

3.2.3 El derecho a la rectificación, supresión y limitación del tratamiento de datos

El punto de partida de la rectificación y supresión de datos, así como la limitación del tratamiento de datos, encuentra acogida en la regulación de la Sección 3 del RGPDP (art. 16 a 20 RGPDP). En este caso, el precepto determina la obligación de suprimir los datos

³⁶⁴ De hecho, el art. 64.d) ET reconoce entre los derechos de los representantes de los trabajadores a ser informados de las estadísticas sobre el índice de absentismo y sus causas, además de los índices de siniestralidad y los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral que se utilicen.

personales “sin dilación indebida” por parte de quien es el responsable del tratamiento cuando corresponda. De tal manera que, si los datos se han hecho públicos, en función de determinados aspectos como la tecnología disponible o el coste de su aplicación, deben adoptarse medidas técnicas para que cualquier responsable que trate esos datos personales tenga conocimiento de la solicitud del interesado de suprimir datos, o eliminar cualquier enlace a sus datos personales. Quedando tales medidas vinculadas por los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Adicionalmente se reconoce el derecho a la limitación del tratamiento de datos personales, unido a la obligación de notificar al interesado toda la información relativa a la rectificación o supresión de datos personales o la limitación del tratamiento ex art. 18 y 19 RGPD. Culminando el refuerzo de las medidas citadas, con el reconocimiento al interesado del derecho de supresión de la información y el derecho a la portabilidad, como novedades singulares que aporta la norma comunitaria, y que se pasan a analizar.

3.2.3.1 *El derecho de supresión o “derecho al olvido”*

El Reglamento introduce la figura del “derecho al olvido”³⁶⁵, en el art. 17 del RGPD, mejorando la capacidad de decisión y control del individuo sobre los datos personales

³⁶⁵ El concepto y límites del motor de búsqueda ya ha sido definido por el TJUE, antes de que se incluyera en el RGPD. Concretamente, el derecho al olvido se reconoció por primera vez por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, en el asunto C-131/12, sobre una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por la Audiencia Nacional, en el procedimiento entre Google Spain, S.L., Google Inc. y AEPD (Asunto Mario Costeja González), sintetizando con relación a la Directiva 95/46/CE, el concepto y límites del motor de búsqueda, y distinguiendo entre sujetos con participación activa en la vida pública de los sujetos privados. De la resolución se destacan cuatro aspectos fundamentales: 1) define la actividad de un motor de búsqueda, como la localización de información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente para, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado. Lo cual debe calificarse de «tratamiento de datos personales», en el sentido del art. 2, letra b) de la Directiva 95/46/CE, cuando esa información contiene datos personales. Considerándose un motor de búsqueda «responsable» de dicho tratamiento, en el sentido del citado art. 2, letra d). 2) Se entiende que se lleva a cabo un tratamiento de datos personales, cuando el gestor de un motor de búsqueda crea, en el Estado miembro, una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios, propuestos por el mencionado motor, y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro, ex art. 4, apartado 1, letra a), de la Directiva. 3) El gestor de un motor de búsqueda debe eliminar de la lista de resultados, obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, vínculos a páginas web publicadas por terceros, y que contienen información relativa a esta persona. También en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita, para respetar los derechos de los art. 12, letra b) y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva. 4) Además se debe examinar, si el interesado tiene derecho a que la información, relativa a su persona, ya no esté vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida, tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre. Afirmando que la apreciación de la existencia de tal derecho no presupone que la inclusión de la información en la lista de

que disponen terceros. De forma que el derecho al olvido consiste en el reconocimiento del derecho de los interesados a que sus datos personales se supriman, sin dilación, y dejen de tratarse, en cualquiera de los siguientes supuestos:

- i. Por la desaparición de la finalidad para los que fueron recogidos, o bien, cuando los datos pasan a tratarse de otro modo, lo que implica el olvido automático. Con lo cual, finalizada la relación laboral, los datos deben desaparecer de los archivos de la empresa, lo que desde mi punto de vista debería llevarse a cabo, una vez transcurridos los plazos previsto en el art. 59 ET para el ejercicio de acciones judiciales. Más concretamente el límite temporal se encontraría limitado al plazo de prescripción (más amplio que el de caducidad) determinado para las acciones dirigidas a exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de tracto único. Lo que aconsejaría mantener la información durante el plazo máximo de un año desde la extinción del contrato de trabajo.
- ii. A causa de la retirada del consentimiento para el tratamiento.
- iii. Cuando el interesado manifiesta la oposición al tratamiento de datos personales que les conciernen, salvo que prevalezcan motivos legítimos para el tratamiento.
- iv. En los supuestos de incumplimiento previo en el tratamiento de datos, ya sea en el supuesto previsto en el apartado d) cuando los datos personales se han tratado de forma ilícita, como cuando se produce cualquier incumplimiento del RGPD (Art. 17 g).
- v. En cumplimiento de la obligación legal del responsable del tratamiento, tanto si la norma proviene de la UE, como si su origen lo tiene en un Estado miembro.
- vi. Cuando los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información.

Sin embargo, la excepción a la regla general del derecho de supresión queda limitada a los siguientes supuestos en los que existe un interés superior reconocido, entre los que se encuentra la libertad de expresión e información; cuando el requerimiento de datos se realiza en base a una obligación legal (conforme al Derecho de la Unión o de los Estados miembros); para fines archivísticos de interés público, en la investigación científica o histórica, o fines estadísticos; cuando el tratamiento de datos es para la formulación, el

resultados cause un perjuicio al interesado, ya que se puede solicitar que la información no esté a disposición del público en general, mediante su inclusión en tal lista de resultados, concluyendo que estos derechos prevalecen, no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso, si resultara, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate.

ejercicio o la defensa de reclamaciones; o, finalmente si existen razones de interés público en el ámbito de la salud pública.

3.2.3.2 *Portabilidad y oposición al tratamiento para la creación de perfiles.*

Otra de las novedades del nuevo marco de derecho europeo se refiere al derecho de portabilidad de datos ex art. 20 RGPD. Tal medida persigue facultar al interesado para instar la transmisión de sus datos personales de forma directa (de responsable a responsable), cuando sea técnicamente posible. En cuyo caso, queda obligado el responsable del tratamiento a facilitar una copia completa de los datos al interesado en soporte electrónico.

Esta previsión, que resultaría de aplicación a distintos supuestos, entre los que se encuentran los procesos de subrogación empresarial, faculta, nuevamente, al interesado a expresar la última decisión sobre sus datos, además de permitirle tener a su disposición aquellos datos personales que le incumban. Para lo cual, se exige que los datos, previamente facilitados, se almacenen en formatos estructurados, de uso común y lectura mecánica, con el fin de poder transmitir a otro responsable del tratamiento diferente, sin posibilidad de impedir el responsable la portabilidad.

3.2.4 El derecho de oposición al tratamiento automatizado de datos

Por la probabilidad de injerencia en la protección de datos personales, los art. 21 y 22 RGPD reconocen el derecho del particular a negarse al tratamiento automatizado de datos. Téngase en cuenta la especial incidencia sobre los datos personales las operaciones tecnológicas dirigidas a elaborar perfiles³⁶⁶. Sin embargo, esta capacidad de oposición no se produce frente a cualquier tratamiento de datos, sino que queda limitada a los supuestos que puedan producir efectos jurídicos o puedan afectar a una persona de forma significativa, admitiéndose por el contrario el tratamiento para la investigación científica o histórica o fines estadísticos.

Con lo cual, el art. 22 RGPD, relativo a las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, reconoce el derecho de todo interesado a no ser objeto de una

³⁶⁶ Vid Sección 4 del RGPD “Derecho de oposición y decisiones individuales automatizadas” en el que se regula el Derecho de oposición en el Art. 21, admitiendo la oposición con fines de mercadotecnia directa.

decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, que le pueda producir efectos jurídicos, o bien le afecte significativamente.

Sin embargo, no será aplicable tal derecho si la decisión fuera necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato, entre el interesado y un responsable del tratamiento; en el supuesto de que se encuentre autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento. Lo que exige el establecimiento de medidas adecuadas para salvaguardar los derechos, libertades, e intereses legítimos del interesado (al menos el derecho a obtener intervención humana, así como a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión); o bien, cuando se basa en el consentimiento explícito del interesado.

3.2.5 La facultad de limitación legal de los derechos y obligaciones en el RGPD.

Si lo hasta ahora visto, detalla los derechos del interesado en materia de protección de datos, con alcance general, la sección quinta del Reglamento en su art. 23, tipifica las posibles causas (con carácter de *numerus clausus*), por las que los Estados miembros podrían limitar el alcance de los derechos y obligaciones regulados en los art. 5, 12 a 22, y art. 34 del RGPD. Tal excepcionalidad exige la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad de la medida, al ser propios de una sociedad democrática, dado que llevan aparejadas una serie de consecuencias sobre los derechos y libertades fundamentales, aun cuando deban respetarse en lo esencial. Además, por otra parte, si el Estado miembro optase por la limitación de alguno de los derechos, el art. 23.2 concreta, a su vez, aquellos aspectos que deben ser abordados por la norma.

Con lo cual, la posibilidad de limitación, por un Estado miembro, de los derechos y obligaciones reconocidos en el RGPD, solo puede encontrarse motivada en la salvaguarda de alguno de los siguientes bienes jurídicos protegibles:

- i. Para preservar la seguridad del Estado. Quedando incluidas, en tal caso, las funciones vinculadas al Estado, como la supervisión, inspección o reglamentación.
- ii. Por razones de defensa nacional.
- iii. Por razones de seguridad pública.
- iv. Por motivos de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención.
- v. En base a otros objetivos importantes de interés público general, tanto para la UE como para un Estado miembro, entre los que se encuentra, el interés económico o financiero de la UE o de un Estado Miembro (fiscal, presupuestario o

- monetario), por razones de sanidad pública y seguridad social, o para llevar a cabo las funciones de supervisión, inspección o reglamentación en estas materias.
- vi. Para proteger la independencia del poder judicial y de los procedimientos judiciales.
 - vii. En base a la prevención, investigación, detección, enjuiciamiento de infracciones de normas deontológicas en profesiones reguladas, su supervisión, inspección o reglamentación.
 - viii. Para la protección del interesado o de los derechos y libertades de otros con los que colisiona.
 - ix. y finalmente para la ejecución de demandas civiles

A la luz de tal enumeración, se desprende la intención del legislador comunitario de reconocer el derecho fundamental a la protección de datos personales, con carácter no absoluto o ilimitado, cediendo la protección en aquellos supuestos citados en el Reglamento, al entender que interés colectivo goza, en tales casos, de un valor superior al individual de la protección de datos.

3.3 El modelo de control a través del *Data Protection Officer* y su nombramiento

Otra de las novedades más destacables del RGPD reside en la creación del “*responsable del tratamiento y encargado del tratamiento*”. La nueva figura es objeto de regulación en el Capítulo IV del RGPD, art. 24 a 43, bajo el epígrafe “*responsable del tratamiento y encargado del tratamiento*”. El texto incluye esta fórmula, novedosa en nuestro ordenamiento, definida como el responsable y encargado del tratamiento de datos. En la práctica supone la creación de un actor singular en materia de protección de datos, cual es el Delegado de Protección de Datos, (*Data Protection Officer/DPO o DPD*). Comenzando a ser obligatoria su existencia en las empresas desde mayo de 2018, en los supuestos determinados en el art. 37 RGPD, como se analiza a continuación.

Téngase en cuenta que, si bien es a diferencia de lo que ocurre en España, desde un punto de vista de derecho comparado, esta figura no resulta extraña para otros Países como

Alemania³⁶⁷ o Suiza³⁶⁸, incluso para las instituciones de la Unión Europea³⁶⁹, donde el DPD complementa su actividad con el de coordinador de protección de datos (*Data Protection Coordinators/DPC*).

De tal forma, el nuevo marco europeo fija los supuestos en los que el responsable y el encargado del tratamiento están obligados a designar un DPD, fijando, a continuación, los criterios para cuantificar el número de delegados con los que debe contar una organización. Para lo cual, debe atenderse a las diferentes categorías de sujetos obligados, entre las que se incluyen grupos empresariales, la administración, o determinados tipos de operadores económicos (mayoritarios en número) como las microempresas o pequeñas y medianas empresas. Determinando, en cada caso la norma, que requisitos han de concurrir para la contratación de un delegado, en atención a las funciones que debe desempeñar.

3.3.1 Las directrices del Grupo de Trabajo de la UE en materia de delegados de protección de datos y privacidad

Con carácter previo, debe tenerse en cuenta que a través del art. 68 RGPDP se constituye el Comité Europeo de Protección de Datos, como organismo de la Unión con personalidad jurídica, con funciones de asesoramiento y vocación de sustituir al Grupo de trabajo del art. 29, compuesto por representantes de protección de datos de los Estados miembros de la UE, de la Comisión europea y del Supervisor Europeo de Protección de datos. Y al que, finalmente se le atribuye mayor número de competencias que las que inicialmente ha tenido conferidas el Grupo de Trabajo del art. 29.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene traer aquí las directrices adoptadas en el seno del Grupo de Trabajo (de carácter consultivo e independiente de la UE) en materia de

³⁶⁷ La ley principal sobre protección de datos en Alemania es la Ley Federal de Protección de Datos, *Bundesdatenschutzgesetz*, promulgada el 14 de enero de 2003. Su Art. 1 fue modificado por una ley de 14 de agosto de con motivo de la trasposición de la Directiva 95/46/CE. Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bdsge/englisch_bdsge.html [consulta: 18 junio 2018]

³⁶⁸ La protección de datos en un país no comunitario como Suiza está regulada principalmente en la Ley Federal de Protección de Datos suiza de 19 de junio de 1992 y la Ordenanza de Protección de Datos que la desarrolla y se aplica a personas físicas y jurídicas, así como a organismos gubernamentales federales como controladores de datos. Disponible en: <https://iclg.com/practice-areas/data-protection/data-protection-2017/switzerland> [consulta: 18 junio 2018]

³⁶⁹ En la Comisión Europea, el Oficial de Protección de Datos (DPO) garantiza, de forma independiente, la adecuada aplicación por parte de la Comisión de las normas de protección de datos personales de los ciudadanos, y dispone de un registro público con todas las operaciones en las que participa la Comisión que implican el procesamiento de datos personales. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/departments/data-protection-officer_en [consulta: 18 junio 2018]

protección de datos y privacidad³⁷⁰, dado que, mediante las mismas, el Grupo de expertos ha fijado las orientaciones relativas al proceso de designación del DPD, junto a las consecuencias jurídicas que conlleva asumir este puesto. Lo que queda complementado con el detalle de las tareas a desarrollar por esta figura.

La primera conclusión de carácter general del Grupo de trabajo reside en la doble recomendación del cumplimiento, desde la voluntariedad, de la documentación por escrito del trabajo desempeñado. Proponiendo que todas las entidades cuenten con un DPD, con el objetivo de facilitar el cumplimiento de la normativa, así como que, por razones de conveniencia de quienes ejercen las funciones de responsable y encargado del tratamiento de datos, se documente de forma adecuada el análisis interno llevado a cabo sobre esta materia en cada organización.

La segunda conclusión viene referida a los supuestos en los que resulta obligatoria la designación de un DPD, que se concretan en cada autoridad u organismo público, y en aquellos sujetos que realicen un tratamiento de datos a gran escala, especialmente, cuando ese tratamiento de datos comprenda categorías especiales de datos. De lo que resulta que en los supuestos en los que el tratamiento de datos lo lleva a cabo una autoridad u organismo público, se debe contar con la figura del DPD. Adviértase también, que, si bien no resulta de aplicación esta obligación a los Tribunales de justicia, deberán contar con DPD aquellos sujetos que desarrollen, como actividad principal del responsable o del encargado, el tratamiento de datos a gran escala, que requiera una observación habitual y sistemática por parte de éste. Además, también quedan afectados por la obligación de disponer de DPD aquellas actividades principales del responsable o del encargado, que traten a gran escala categorías especiales de datos personales, ex Art. 9 del RGPD, o bien de datos relativos a condenas e infracciones penales ex Art. 10 RGPD.

³⁷⁰Vid Directrices sobre los delegados de la protección de datos (DPD), adoptado el 13 de diciembre de 2016. El Grupo de Trabajo creado el 13 de diciembre de 2016, se constituyó de conformidad con el Art. 29 de la Directiva 95/46/CE. Sus funciones son las previstas en el Art. 30 de la Directiva 95/46/CE y el Art. 15 de la Directiva 2002/58/CE. Disponible en:

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/internacional/textosynormas/textos_union_europea/textos_articulo_29/common/es_es_wp243_en_40855_DPO.PDF [consulta: 18 junio 2018]

3.3.2 Obligatoriedad, voluntariedad y conveniencia de la implementación de la figura del DPD como órgano de control.

A este respecto, resulta necesario profundizar en los tres supuestos que acabamos de exponer, para delimitar la obligación de implantación de la figura del DPD. Lo cual exige determinar en qué medida se ve afectada una autoridad o de organismo público, y las posibilidades de colaboración entre administraciones para disponer de la figura del DPD (piénsese en la dispersión territorial de los municipios españoles, que mayoritariamente reúnen a pequeños núcleos de población). Junto a ello, conviene diferenciar las actividades principales de las accesorias, así como concretar el concepto de tratamiento de datos a gran escala.

En relación con la extensión de la obligada figura del DPD a autoridades u organismos públicos (a excepción, como se ha comentado, de los Tribunales de justicia), el mandato resulta imperativo con carácter general, en tanto en cuanto llevan a cabo un proceso de tratamiento de datos protegidos. Lo que plantea diversos problemas relativos a los límites de la extensión de la obligación, en los supuestos en los que la administración encomiende a terceros la prestación de servicios públicos. Con lo cual surge la duda en torno a si tal obligación se extiende a los operadores con los que contrata la administración, ejemplificados en supuestos de concesión de servicios públicos, contratistas del sector público, encomiendas de gestión, o en los supuestos de habilitaciones para la realización de un servicio por la administración.

Esta cuestión ha sido resuelta por el citado Grupo de trabajo de forma afirmativa, al entender que, si la exigencia del DPD se basa en la necesidad de preservar el tratamiento de datos de ciudadanos usuarios de un servicio público, en un principio, también debería exigirse este mismo compromiso a otros operadores. Y ello porque resulta intrascendente el carácter público o privado del prestador del servicio público, así como el procedimiento de externalización del servicio.

Con lo cual, yendo más allá del mandato legal, la solución ofrecida por el Grupo de Trabajo ha consistido en formular una “recomendación de buena práctica”, para designar voluntariamente un DPD, aunque no exista obligación formal. Dado que resulta conveniente que, las organizaciones privadas que ejercen como autoridad pública, o llevan a cabo algún servicio para un organismo público, a través de mecanismos jurídicos

como concesiones, contratos, habilitaciones, encomiendas de gestión etcétera³⁷¹, dispongan de la figura del DPD.

Para concluir, debe recordarse que en caso de que disponga de un DPD (aun cuando la decisión fuera potestativa) la actividad a desarrollar por este abarcará todas las operaciones de tratamiento de datos, ya estén incluidas en el desempeño de una tarea o función pública, o se trate de cualesquiera otras operaciones adicionales no incluidas en ellas.

3.3.2.1 *Las fórmulas alternativas a la designación de un DPD*

Una de las opciones, de las que dispone una organización, en caso de no estar obligada a designar un DPD, reside en la posibilidad de contratar una asesoría, o bien designar voluntariamente al DPD. Con lo cual, resulta posible emplear a personal específico, o bien la de externalizar la prestación del servicio. Desempeñándose, en este último supuesto, la actividad a través de consultores externos encargados de tareas relacionadas con la protección de datos personales.

Esta flexibilidad de alternativas permite elegir entre un servicio de consultoría, asesoría o de un DPD. Reuniendo, cada uno de ellos, características perfectamente diferenciables. En tal caso, la fórmula del asesor o consultor en ningún caso se podrá equiparar a la figura del DPD, ni podrá aparentar serlo. Motivo por el que el RGPD impone criterios de transparencia informativa, para evitar cualquier confusión entre las figuras, por lo que deberá especificarse la información relativa al cargo, estatus, puesto y tareas. Cobra fuerza, así, la necesidad de llevar a cabo una comunicación sin ambages, tanto interna (en las relaciones con los empleados), como externa (en las relaciones con las autoridades de protección de datos, los interesados y el público en general), para que no quede ningún margen de duda sobre cuál es el cargo de la persona o asesor que realiza estas funciones, o bien si se trata, en su caso, de un DPD.

Sea como fuere, parece claro que, si se opta por la designación voluntaria del responsable, aun cuando sea mediante un sistema de gestión interna en la empresa, conviene documentar todo el análisis interno llevado a cabo, para poder demostrar, en cualquier momento, que se han protegido de forma adecuada los datos tratados.

³⁷¹*Ibid.* Directrices sobre los DPD. En el documento del Grupo de trabajo se contemplan entre otros los servicios de transporte público, el suministro de agua y energía, la infraestructura viaria, la radiodifusión pública, la vivienda pública o los organismos disciplinarios para las profesiones reguladas.

3.3.2.2 *Efectos de la designación del DPD cuando es potestativa*

Queda claro que en los supuestos en los que finalmente, una organización haya designado voluntariamente un DPD, a pesar de no estar obligada a ello, el RGPD no establece distinciones respecto a las competencias de los delegados. En ambos casos, si la figura es preceptiva o potestativa, en el momento que se cuenta con ella en la empresa, ostenta las mismas funciones. También, en cualquier caso, el nombramiento de un DPD debe reunir una serie de requisitos formales para desempeñar su puesto y tareas, ex art. 37 a 39. Motivo por el que se exige, un nivel de conocimientos especializados, en función de las operaciones de tratamiento de datos que se lleven a cabo, y de la protección exigida para los datos personales tratados por el responsable o el encargado. Siendo este es el argumento en el que se basa el RGPD para exigir que los DPD (con independencia de su consideración de empleados del responsable del tratamiento) estén siempre en condiciones de desempeñar sus funciones y cometidos con autonomía e independencia.

3.3.3 La diferenciación entre actividades principales y auxiliares como elemento de imposición del DPD

Otro de los aspectos que han de ser analizados, para determinar el carácter obligatorio o no del DPD, radica en la concreción de las actividades principales del responsable o del encargado, así como si la misma requiere la observación habitual y sistemática de sujetos interesados a gran escala. Para ello, resulta ilustrativo el considerando 97 del Reglamento, que determina que las “actividades principales” de un responsable del tratamiento están relacionadas con sus actividades primarias, y no con el tratamiento de datos personales como actividades auxiliares³⁷².

De tal manera, es incuestionable el carácter especialmente sensible de los datos de los destinatarios de las actividades principales de cualquier organización sindical o empresarial. Con lo que, siendo la actividad primaria de estas asociaciones la representación y defensa de los intereses de sus afiliados, resulta difícil imaginar que un

³⁷² Al respecto, tienen la consideración de actividades auxiliares o funciones de apoyo a la actividad principal los actos instrumentales de la actividad principal. Entre los cuales, se encuentra la gestión y pago de nóminas, seguridad social, o la gestión del pago de la cuota sindical de los trabajadores afiliados, previo consentimiento del trabajador para hacer frente al pago por este procedimiento.

sindicato pueda llevar a cabo su objetivo primario de forma eficaz, sin un adecuado procesamiento de los datos de sus afiliados, así como de aquellos que ostenten la condición de representantes de los trabajadores, de su situación en las empresas, o las relaciones internas con el sindicato. Razón por la que el legislador comunitario exige en estos supuestos la presencia de la figura del DPD.

A la misma conclusión podríamos llegar con relación a los datos tratados por determinados agentes en el mundo del Derecho del Trabajo, como empresas asociadas a una organización empresarial, Uniones Temporales de Empresas, grupos de empresas, o respecto a determinados colaboradores de las empresas, entre los que se encuentran los servicios de prevención, o las mutuas de accidentes de trabajo. Resulta incuestionable que la eficacia y la eficiencia del servicio prestado a los trabajadores exige un adecuado tratamiento de datos. Por lo que, en este sentido, el tratamiento de datos relativos a accidentes de trabajo, al igual que el resultado de la posterior investigación, los datos de carácter sanitario, informes médicos etc. es indispensable e inherente a la propia actividad. Motivo por el cual, será el DPD, quien responda de un tratamiento adecuado de la información.

Adicionalmente a las asociaciones, servicios de prevención o mutuas de accidentes de trabajos, otros actores que actúan en el ámbito de las relaciones de trabajo, utilizan datos sensibles de los trabajadores dentro de su actividad principal, tal es el caso de las Empresa de Trabajo Temporal. Donde se tratan datos relativos a trabajadores demandantes de empleo, y de trabajadores en activo en situación de mejora de empleo. Con lo que la ETT dispone, para desarrollar su actividad principal, de datos personales relevantes de trabajadores, como pueda ser la formación o la experiencia profesional, además de las singulares demandas y necesidades de las empresas.

Por lo cual, en suma, en cualquiera de estos supuestos relativos a agentes que participan en las relaciones laborales, se presentan operaciones clave necesarias para lograr los objetivos del responsable o el encargado del tratamiento de datos. Resultando que, en tales casos, el tratamiento de datos personales forma parte de su actividad principal. Con lo cual, ya se trate de un sindicato, la organización empresarial, la empresa de trabajo temporal, el Servicio de Prevención o la mutua de accidente de trabajo, etc. estarían obligados a designar un DPD.

3.3.4 El tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales

Atendiendo a lo dispuesto en el considerando 91 del Reglamento Comunitario, se trata de ejecutar, con las cautelas debidas, aquellas operaciones de tratamiento a gran escala que tienen por objeto tratar una cantidad considerable de datos personales ya sea a nivel regional, nacional o supranacional, dado que podrían afectar a un gran número de interesados, pudiendo entrañar un probable alto riesgo, dada la sensibilidad del contenido, o porque puedan afectar a los derechos y libertades de los interesados.

En tal caso, también se encuentran obligadas a disponer de un DPD aquellas empresas que se dediquen al tratamiento de datos a gran escala³⁷³. Lo que aporta otra novedad adicional del Reglamento, para lo que se ha tenido en cuenta los riesgos que se asumen en el tratamiento de datos a gran escala. Sin embargo, el legislador comunitario no precisa inicialmente el concepto de la gran escala, sino que opta por un concepto jurídico indeterminado, el seleccionar una relación de criterios orientativos para su posterior clasificación. Lo que permite determinar posteriormente, en cada supuesto, si se encuadra en el ámbito de obligación de control de la actividad mediante el DPD.

Siguiendo la estela de las recomendaciones del Grupo de Trabajo, se considera que existe un tratamiento de datos a gran escala, cuando concurre alguno de las cuatro siguientes circunstancias a tener en cuenta:

- i. Conforme a un criterio numérico, que viene determinado por el número de interesados involucrados.
- ii. Atendiendo a un aspecto cuantitativo, centrado en el volumen de datos o el abanico de diferentes conceptos de datos que se procesan.
- iii. Según un componente temporal, que viene referido a la duración o permanencia de la actividad de tratamiento de datos.

³⁷³ *Ibid.* las recomendaciones del Grupo de trabajo ejemplifican los siguientes supuestos de tratamiento a gran escala: el tratamiento de datos de pacientes en el desarrollo normal de la actividad de un hospital; el tratamiento de datos de desplazamiento de personas físicas que utilizan el sistema de transporte público de una ciudad (p. ej. seguimiento a través de tarjetas de transporte), el tratamiento de datos de geolocalización en tiempo real de clientes de una cadena de comida rápida internacional, con fines estadísticos por parte de un encargado del tratamiento especializado en la prestación de estos servicios; el tratamiento de datos de clientes, en el desarrollo normal de la actividad de una empresa de seguros o un banco; el tratamiento de datos personales para publicidad, basada en el comportamiento por parte de un motor de búsqueda; o el tratamiento de datos (contenido, tráfico, ubicación) por parte de proveedores de telefonía o de servicios de Internet. Por el contrario, considera que no constituyen tratamiento a gran escala son los siguientes: el tratamiento de datos de pacientes por parte de un médico o el tratamiento de datos personales relativos a condenas y delitos penales por parte de un abogado.

- iv. y finalmente un factor de carácter territorial, determinado por el alcance geográfico de la actividad de tratamiento.

En coherencia con tales criterios también el art. 34 LOPDyGDD determina los supuestos en los que debe designarse un DPD, para lo que se remite a los supuestos en los que los responsables y encargados del tratamiento se encuentran obligados, ex art. 37.1 del RGPD, (tratamiento realizado por una autoridad u organismo público, excepto en la función judicial; cuando las actividades principales consistan en operaciones de tratamiento, que requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala, o para el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos, ex art. 9 RGPD, o de datos personales relativos a condenas e infracciones penales ex art.10). Y junto a ellos, a las entidades que exploten redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas, cuando traten habitual y sistemáticamente datos personales a gran escala, así como los prestadores de servicios de la sociedad de la información, cuando elaboren a gran escala perfiles de los usuarios del servicio³⁷⁴.

3.3.4.1 *El DPD en grupos de empresa y administraciones públicas.*

El RGPD ha optado por prever los supuestos en los que, aparentemente con carácter excepcional, se podrá nombrar un único DPD (art. 37.2 del RGPD). El supuesto viene referido a entidades que puedan tratar un volumen importante de información, incluyendo expresamente a los grupos empresariales y a la administración. De esta forma, el criterio para consentir la existencia de una única figura de control es la accesibilidad del DPD³⁷⁵.

Por lo que se refiere a los grupos empresariales, el reglamento condiciona el número de DPD a la realidad de la estructura del grupo empresarial. Lo que requiere acreditar la posibilidad de llevar a cabo, en la práctica, una gestión conjunta para todas las empresas del grupo, ya que, en caso contrario, no se podría optar por un único DPD. Con lo cual, el requisito de la fácil accesibilidad para todos los establecimientos no parece excesivamente complicado, siempre que se disponga de medios telemáticos de comunicación. Sin embargo, sería admisible cualquier otro medio de intercambio de información, siempre que sea compatible con los fines para los que se crea la figura.

³⁷⁴ Vid art. 34.1 c) y d) LOPDyGDD

³⁷⁵ Al respecto, el art. 37.2 faculta a un grupo empresarial para poder nombrar un único DPD, a la condición de ser fácilmente accesible desde cada establecimiento. Mientras que el art. 37.3 condiciona la designación de solo un DPD, cuando el responsable o el encargado del tratamiento sea una autoridad u organismo público, según su estructura organizativa y tamaño.

Asimismo, cuando el responsable o el encargado del tratamiento realice la función para una autoridad u organismo público (ya sea la Administración general, autonómica o local o cualquier ente del entramado público), es posible designar, igualmente, un único DPD, o varios, para las distintas autoridades u organismos autónomos, atendiendo a su estructura organizativa y tamaño. Exigiéndose, en todo caso, en el apartado 7 del citado art. 37 RGPD que, el responsable o el encargado del tratamiento publicite los datos de contacto del DPD, además de la obligación general de ponerlo en conocimiento de la autoridad de control, cuyas competencias residen en la autoridad de control en España en la AEPD o en las Agencias autonómicas que se constituyan en aquellas Comunidades Autónomas con competencia en la materia.

Téngase en cuenta que la LOPDPyGDD apunta la solución realizada por el legislador español, admitiendo la atribución de competencias propias de un encargado del tratamiento a un determinado órgano de la Administración (AGE, CA, entidades locales y otros organismos) mediante la adopción de una disposición (nacional y autonómica) que incorpore el contenido exigido por el artículo 28.3 del RGPD³⁷⁶. Lo que, aunque no es objeto de estudio de esta tesis doctoral, exige una proactividad por parte de las administraciones públicas más próximas a los 8131 municipios que existen en España, en su gran mayoría integrados por un pequeño número de habitantes, lo que representa una dificultad añadida en la aplicación de las obligaciones del RGPD.

3.3.4.2 Otras fórmulas jurídicas para extender la protección de datos

Por lo que respecta a la fórmula jurídica para realizar las funciones del DPD, la norma comunitaria admite cierta flexibilidad, permitiendo que las actuaciones se lleven a cabo no solo por personas físicas, sino además a través de asociaciones u organismos que representen a categorías de responsables o encargados. Este último supuesto refuerza la idea del carácter finalista del RGPD, al abrir la posibilidad de garantizar, a través de instrumentos de *softlaw*³⁷⁷ (como códigos de conducta, declaraciones, resoluciones,

³⁷⁶ Vid art. 33.5 LOPDPyGDD

³⁷⁷ El considerando (98) del Reglamento establece la necesidad de “incitar a las asociaciones u otros organismos que representen a categorías de responsables o encargados a que elaboren códigos de conducta, con el fin de facilitar su aplicación efectiva, teniendo en cuenta las características específicas del tratamiento llevado a cabo en determinados sectores y las necesidades específicas de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas. Dichos códigos de conducta podrían en particular establecer las obligaciones de los responsables y encargados, teniendo en cuenta el riesgo probable para los derechos y libertades de las personas físicas que se derive del tratamiento.” Y a su vez el considerando (132) extiende entre posibles actividades de sensibilización, a realizar por las autoridades de control de cada Estado

planes o programas de acción, mecanismos de certificación, sellos, marcas, compromisos, o cualquier otra decisión) la extensión de la aplicación del Reglamento a microempresas, pequeñas y medianas empresas. Si bien, debe tenerse en cuenta que, a pesar de incardinarse las distintas herramientas en el sistema de fuentes, el *softlaw* contribuye de forma considerable al cumplimiento de los objetivos finales del marco comunitario, aun cuando la principal desventaja de estos instrumentos reside en la falta de carácter vinculante para la empresa³⁷⁸.

Conviene tener presente que el Reglamento, además, utiliza un criterio extensivo del concepto “operadores económicos” para determinar su ámbito de aplicación. Con lo que, sus disposiciones resultan aplicables a todo tipo de empresas, microempresas, pequeñas y medianas empresas, y grandes empresas en cualquier país de la UE. De lo que resulta, que el fin último perseguido a través del RGPD reside en garantizar un nivel coherente de protección a todas las personas físicas en la UE, evitando divergencias que dificulten la libre circulación de datos personales dentro del mercado interior³⁷⁹. Lo cual queda justificado conforme a dos grandes argumentos, uno de ellos de carácter formal, que persigue dotar de seguridad jurídica y transparencia en todas las empresas, (microempresas y pymes). Y un segundo argumento, de carácter garantista, centrado en ofrecer a las personas físicas de todos los Estados miembros, el mismo nivel de derechos y obligaciones exigibles.

Este es el motivo por el que el Reglamento establece una cota de responsabilidades homologada y homogénea para los responsables y encargados del tratamiento. Dado que solo mediante la unificación de criterios será posible garantizar una supervisión coherente del tratamiento de datos personales, junto a sanciones equivalentes, en caso de incumplimiento, en todos los Estados miembros. Lo que finalmente, requiere también una cooperación efectiva entre las autoridades de control de los diferentes países³⁸⁰.

miembro, aquellas medidas específicas dirigidas a los responsables y los encargados del tratamiento, incluidas las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, así como las personas físicas, en particular en el contexto educativo.

³⁷⁸ Téngase en cuenta el art. 38 LOPDPyGDD que en la misma línea que el RGPD faculta para la promoción de los códigos de conducta, a las asociaciones y organismos del art. 40.2 RGPD, a organismos o entidades que asuman las funciones de supervisión y resolución extrajudicial de conflictos ex art. 41 RGPD, y a empresas o grupos de empresas, y a los responsables o encargados referidos en el art. 77.1 LOPDPyGDD.

³⁷⁹ Considerando 13 del RGPD.

³⁸⁰ Ante la proximidad de la adaptación de la legislación de cada Estado miembro, se advierte de la necesidad de que las sanciones, que podrán llegar a 20 millones de euros o el 4% del volumen de negocio total anual global, sean individuales, efectivas, proporcionadas y disuasorias. Será la autoridad de control nacional la que se encargue de modular, atendiendo a cada supuesto de hecho, la cuantía final, que a pesar de poder llegar a elevadas cuantías no parece haber trascendido de forma suficiente en el ámbito empresarial. “Reglamento General de Protección de Datos de la UE: una visión desde el período de adaptación.” PADIN, A. Pág.6.

Téngase en cuenta la sensibilidad mostrada por el legislador comunitario (no así en el caso de la LOPDPyGDD) respecto a la singular posición jurídica, de las pequeñas empresas. Especialmente a la hora de afrontar el cumplimiento del nuevo marco, ya que estas empresas encuentran una clara posición de desventaja, en comparación con las posibilidades de las grandes empresas. Merece, a mi juicio, crítica favorable que las instituciones europeas, los Estados miembros o las autoridades de control no den un tratamiento en pie de igualdad a todas las empresas. Sino que el marco intente contrarrestar la debilidad de las pymes, con lo que en una futura adaptación del ET a la economía digital del siglo XXI, debería realizarse un especial esfuerzo, como determina el RGPDP, ante las necesidades específicas de microempresas, pequeñas y medianas empresas³⁸¹.

3.3.5 Requisitos personales y funciones del DPD

No existe una exclusiva fórmula jurídica para disponer de los servicios de un DPD, sino que el RGPDP trata diferentes requisitos de contratación de un delegado. Lo que en la práctica da lugar a formalizar un contrato laboral con el responsable del tratamiento de datos³⁸², o bien, que se opte por una relación sujeta al derecho civil o mercantil. Siendo en todo caso, condición *sine qua non*, que el DPD cumpla con determinadas aptitudes o habilidades específicas que giran en torno a su profesionalidad³⁸³. Debiendo el delegado acreditar que dispone de los conocimientos y capacidades necesarias para realizar su trabajo con integridad, independencia, además de estar revestido de altas dosis de ética profesional en el desempeño de sus funciones y cometidos. Cumplidos estos requisitos, conviene analizar que singularidades rodean al delegado, tanto si forma parte de la plantilla de la empresa, en cuyo caso, la independencia del trabajador cobra especial

³⁸¹ El reglamento se remite a la Recomendación 2003/361/CE, de 6 de mayo de la Comisión para determinar el concepto de microempresas y pequeñas y medianas empresas. Su Art. 2 concreta los efectivos y límites financieros que definen la categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) como aquellas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros. De ellas en la categoría de las PYME, distingue a la pequeña empresa como aquella que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros, y a la microempresa como aquella que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.

³⁸²El Art. 37.6 del Reglamento General de Protección de datos, determina que el delegado de protección de datos podrá formar parte de la plantilla del responsable o del encargado del tratamiento, o desempeñar sus funciones en el marco de un contrato de servicios.

³⁸³*Ibid.* Art. 37.5. El delegado de protección de datos será designado atendiendo a sus cualidades profesionales, en particular, a sus conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos y a su capacidad para desempeñar las funciones indicadas en el Art. 39.

importancia, así como en caso de que sea un trabajador autónomo, como pasamos a desbrozar.

Adviértase que aun cuando no se dispone de datos, por ser tan reciente la iniciativa, sobre el nivel de implantación en las empresas y administraciones españolas de la figura del DPD, sería aconsejable conocer el tipo de perfil que está siendo contratado por las empresas, además de impulsar algún tipo de iniciativa dirigida a la revisión de los procedimientos de tratamiento de datos personales, para adaptarlos a las nuevas exigencias³⁸⁴, especialmente en aquellas empresas en las que no están obligadas a contar con la figura del DPD.

3.3.5.1 *La acreditación de la profesionalidad del DPD*

En el supuesto de que la decisión empresarial se decante por la figura del contratado laboral, la exigencia de la profesionalidad debe entenderse como un requisito de titulación que deberá demostrar el trabajador. Comportando la ausencia de profesionalidad acreditable un vicio inicial que provocaría la nulidad radical de relación laboral, si esta se ha formalizado con un trabajador que no dispone de la misma³⁸⁵.

Efectivamente, si la persona que se pretende contratar no posee los conocimientos necesarios para el ejercicio profesional, no podría llevar a cabo legalmente este trabajo. Por tanto, se puede afirmar que la profesionalidad constituye un requisito básico de orden público, por el que el aspirante a DPD deberá demostrar que posee tanto los conocimientos como la experiencia necesaria para prestar el servicio.

Dado que, en la actualidad, todavía no existe una titulación habilitante específica al respecto, nos encontramos ante un ámbito de relativa inseguridad jurídica por su indeterminación, resultando un aspecto que debería ser objeto de desarrollo por la

³⁸⁴ téngase en cuenta que la AEPD ha publicado el contenido de las funciones del DPD en las administraciones públicas, previstas en el RGPDP publicado en mayo de 2016, y con fecha de entrada en vigor en esta fecha, con aplicación aplazada hasta el 25 de mayo de 2018. Por ello, la designación de los DPD en el ámbito público debería haberse producido con antelación a esa fecha, pero la realidad está marcada por el retraso en la asignación de estas competencias (especialmente en el ámbito municipal). Disponible en:

[https://www.agpd.es/portalwebAGPD/temas/reglamento/common/pdf/Funciones DPD en AAPP.pdf](https://www.agpd.es/portalwebAGPD/temas/reglamento/common/pdf/Funciones_DPD_en_AAPP.pdf)
[consulta; 12 julio 2018]

³⁸⁵ Al respecto, el art.35 LOPDPyGDD, se limita a admitir la posibilidad de demostrar su profesionalidad, entre otros medios, *“a través de mecanismos voluntarios de certificación que tendrán particularmente en cuenta la obtención de una titulación universitaria que acredite conocimientos especializados en el derecho y la práctica en materia de protección de datos”*.

legislación nacional. Entre tanto, el RGPD contempla tres fórmulas para acreditar estos conocimientos. Una primera posibilidad de acreditación de los conocimientos se centra en la formación, que concreta en “conocimientos especializados en derecho”³⁸⁶, una segunda consistente en la experiencia profesional en materia de protección de datos, y una tercera referida a la demostración de la capacidad para desempeñar las funciones que le son propias. Exigencias que requieren un conocimiento del sector, lo que abarca tanto la organización interna, como el funcionamiento de los sistemas, los procedimientos, las operaciones de tratamiento de datos realizadas, además de las necesidades de protección y seguridad de datos del controlador.

Por lo que respecta a la acreditación de la profesionalidad para ejercer las funciones en los organismos públicos o autoridad pública, será preciso conocer las funciones de cada uno de los puestos de la relación de trabajo, las actividades que desempeña cada empleado público, conforme a lo dispuesto en las normas de creación de entidades públicas, así como en los Decretos de estructura. A lo que se une el análisis de la trazabilidad de los procesos y procedimientos administrativos, y finalmente la organización interna junto a la distribución de competencias.

En este sentido, merece crítica, por su falta de ambición, la redacción del art. 35 LOPDPyGDD que considera bastante los “mecanismos voluntarios de certificación”. Con lo cual, en lugar de haber apostado abiertamente por alguna de las vías de certificación de formación y experiencia existentes (a través de la autoridad educativa, universitaria, laboral, etc.), el texto se limita a reproducir los requisitos exigidos en el art. 37.5 del RGPD, además de exigir la demostración de una reconocida competencia.

Resultaría deseable, por tanto, para garantizar adecuadamente el cumplimiento de las exigencias contempladas en el RGPD, que la figura del DPD sea objeto de una regulación más detallada a nivel nacional, que la prevista en el art. 35 LOPDPyGDD, atendiendo a la Guía sobre DPD publicada por el Grupo de Trabajo del art. 29³⁸⁷.

³⁸⁶ Art. 37.5 del RGPD.

³⁸⁷ *The Guidelines on Data Protection Officers* ('DPOs') es la Guía, que se aprobó el 13 de diciembre de 2016 por el Grupo de Trabajo detalla la experiencia y habilidades que debe de tener un delegado. En la misma se reconoce que, aunque el Art. 37 no especifica cuáles deben ser las cualidades profesionales a tener en cuenta, es necesario tener experiencia en Leyes y prácticas europeas de protección de datos, así como un conocimiento exhaustivo del RGPD. Recomienda a las autoridades de supervisión que promuevan en su ámbito procedimientos para obtener una vía de capacitación adecuada y habitual para los DPD. Junto a ello, destaca la utilidad del conocimiento del sector empresarial y de la organización del controlador, de las operaciones realizadas, la información de sistemas, o el *know how* de seguridad de datos y protección de datos que está llevando a cabo el controlador. De forma singular para el caso administraciones y entidades de derecho público, refleja la necesidad de conocer las reglas y procedimientos administrativos utilizados por la organización. En cuanto a la “capacidad de cumplir sus tareas”, las centra en cualidades personales

3.3.5.2 La Independencia del DPD dentro de una relación dependiente

La figura del DPD con relación laboral se configura como una relación cualificada. De manera que, a efectos de garantizar su independencia respecto a una empresa, grupo o administración, el RGPD determina ante quien debe rendir cuentas. Siendo la figura elegida para reportar, directamente, el “más alto nivel jerárquico” del responsable o encargado de la organización empresarial, ex Art. 38 del Reglamento. En coherencia con ello, el art. 37 del anteproyecto de LOPDPyGDD sitúa al DPD como interlocutor entre la AEPD (o autoridad autonómica competente) y el responsable o encargado del tratamiento de datos.

En similares términos, el legislador español blinda la independencia del DPD en el supuesto de encontrarse vinculado a la empresa mediante una relación laboral a través del art. 36 LOPDPyGDD. En tal caso, el delegado no puede ser removido ni sancionado, durante el tiempo que ocupe el cargo, por motivos relacionados con sus funciones. Sin embargo, tal protección carece de un carácter absoluto, al encontrar su excepción en aquellos supuestos que traigan como causa una actuación disciplinaria por desempeño doloso de las actuaciones, o negligencia grave en su ejercicio³⁸⁸. En este último supuesto, si bien en el ámbito de la administración pública, no resultan extrañas figuras cuya independencia está garantizada (como es el caso de la intervención de la administración) podría dar mayor lugar a problemas la independencia con la que se reviste al delegado en la empresa privada, al poder entrar en colisión con el poder de dirección y control del empresario, para lo que resulta indispensable la protección legal prevista en el Reglamento comunitario y en la LOPDPyGDD.

3.3.5.3 Las funciones del DPD

como la integridad y alta ética profesional, y conocimientos, además de la necesaria especial posición que debe de tener dentro de la organización. Para el Grupo de Trabajo, constituye un papel primordial del delegado fomentar una cultura protección de datos dentro de la organización, y ayudar a implementar los elementos esenciales del RGPD, como los relativos al procesamiento de datos, los derechos de los interesados, protección de datos desde el diseño y por defecto. Disponible en:

http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-51/wp243_en_40855.pdf

[consulta: 18 junio 2018]

³⁸⁸ Vid art. 36.2 relativo a la posición del DPD persona física, integrada en la organización del responsable o encargado del tratamiento, en cuyo caso “*el delegado de protección de datos no podrá ser removido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones salvo que incurriera en dolo o negligencia grave en su ejercicio. Se garantizará la independencia del delegado de protección de datos dentro de la organización, debiendo evitarse cualquier conflicto de intereses*”.

El DPD, que está obligado a prestar la debida atención a los riesgos asociados a las operaciones de tratamiento de datos, desarrollando sus funciones conforme a la naturaleza, alcance, contexto y fines del tratamiento de datos, ex art. 39.2 RGPDP. Encontrándose entre tales, una relación de competencias relativas a distintas materias como las de información, supervisión, asesoramiento, cooperación e intermediación, que se pasan a exponer³⁸⁹.

Destacan entre ellas las atribuidas al delegado para informar y asesorar sobre las obligaciones legales asumidas por el responsable y el encargado del tratamiento de datos. Funciones que se desarrollan en beneficio de todos los empleados, aun cuando no participen directamente en el proceso de tratamiento de datos, en un alarde de máxima transparencia.

Junto a las citadas labores de información y asesoramiento, también tiene encomendadas funciones de supervisión. De manera que, lejos de tratarse de una función estática, el delegado controla un amplio espectro de tareas que comprenden el cumplimiento de la normativa comunitaria y nacional, y las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales. Con lo cual, queda responsabilizado de revisar la asignación de responsabilidades a las personas que participan en el proceso, la concienciación sobre la protección de datos, la formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento, además de verificar también que las auditorias se realicen adecuadamente. Labores que se ven complementadas por cometidos equivalentes al tutelaje y supervisión en los procesos de evaluación de impacto en la protección de datos, junto a la posterior supervisión de su aplicación.

Finalmente, desarrolla actividades de coordinación en la relación con la autoridad de control (AEPD), con quien el delegado tiene encomendado un singular deber de cooperación³⁹⁰. De forma que se atribuye al DPD la consideración de “punto de contacto”³⁹¹ para la autoridad de control en todas las cuestiones relativas al tratamiento de datos (dentro de sus competencias). Entre tales competencias, queda incluida la consulta previa a la autoridad de control³⁹² en los supuestos en los que la evaluación de impacto concluya un alto riesgo en el tratamiento de datos y el responsable no tome medidas para mitigarlo. De esta manera, el art. 36.1 LOPDPyGDD define al DPD como “el interlocutor” del responsable o encargado del tratamiento ante la AEPD y las autoridades autonómicas de protección de datos.

³⁸⁹ Art. 39.1 RGPDP.

³⁹⁰ Art. 39.1 d) RGPDP.

³⁹¹ Art. 39.1 e) RGPDP.

³⁹² Vid Art. 36 del RGPDP.

3.3.6 PIAs: La prevención en la protección de datos como fundamento de la evaluación de impacto

La evaluación de impacto relativa a la protección de datos, “*privacy impact assessment*”, o “*PIAs*”, es otra de las novedades del RGPD que repercute en las relaciones de trabajo de una economía digital. La *PIAs* encuentra su marco regulatorio en el art. 35 RGPD, quedando prevista para los supuestos en los que resulte probable que el tratamiento de determinados datos (ya sea por su naturaleza, por el alcance del tratamiento, el contexto en el que se realiza, o bien, por los fines perseguidos con el tratamiento), entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas. Riesgo que se acentúa mediante el almacenamiento masivo de datos que facilita la tecnología, así como las posibilidades de explotación y posterior cesión de tales datos³⁹³.

Y es que cada día surgen nuevas tecnologías que pueden afectar derechos y libertades fundamentales de las personas. Tal es el caso de la utilización de drones, los sistemas de geolocalización del trabajador (a través de dispositivos móviles, App³⁹⁴ u otras aplicaciones informáticas instaladas en los vehículos de empresa), o mediante el tratamiento a gran escala de datos de salud, elaboración de perfiles, etc. a través de la IA. Por lo cual, es preciso que el responsable del tratamiento, con carácter previo al tratamiento, evalúe el impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales.

Si así fuere, la evaluación de impacto deberá comprender al menos, conforme a lo dispuesto en el Reglamento, el siguiente contenido mínimo³⁹⁵:

- a. Una descripción sistemática de las operaciones de tratamiento que se prevén realizar, los fines perseguidos, y una exposición sobre el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento;

³⁹³ Vid art. 28.1 LOPDPyGDD que deja en manos del responsable o encargado la valoración sobre la elaboración del PIA, y de forma preceptiva para informes de salud pública y biomédica en la Disposición adicional decimoséptima, 2 f) sobre tratamientos de datos de salud.

³⁹⁴ El término App, referido a la aplicación informática, es una abreviatura del término *Application*, que comenzó a utilizarse a partir del año 2008, consistente en una aplicación de software instalable en dispositivos móviles o tablets, que ayudan al usuario, ya sea en una labor profesional, de ocio o entretenimiento. La explosión de estas herramientas se produjo con motivo de la consecución de importantes hitos, como la aparición del App Store de Apple en julio de 2008, así como la posterior apertura de Android Market, en octubre de 2008.

³⁹⁵ Art. 35.7 RGPD.

- b. Las evaluaciones de necesidad del tratamiento de datos, y proporcionalidad de las operaciones pretendidas en relación con la finalidad perseguida.
- c. Una evaluación de los riesgos para los derechos y libertades de los interesados, otras personas que pudieran verse afectadas por el tratamiento. En la cual, habrán de concretarse las medidas a adoptar para combatir tales riesgos. Lo cual, conlleva una necesaria concreción de las garantías concretas, medidas de seguridad y mecanismos que garanticen la protección de datos personales.

Adicionalmente a lo expuesto, para las empresas que cuenten con una plantilla de 250 o más trabajadores, es precisa la llevanza de un Registro interno de las actividades de tratamiento de datos, ex art. 30 del RGPD³⁹⁶. Cuya responsabilidad se atribuye a cada responsable o a su representante, quienes deberán recabar la información de las distintas categorías de actividades de tratamiento efectuadas, sin exclusión, con el contenido mínimo que regula el propio Reglamento³⁹⁷.

³⁹⁶ La excepción a la regla general se encuentra en las empresas, que pese a contar con menos de 250 empleados, realicen un tratamiento de datos que pueda entrañar un riesgo, no ocasional, para los derechos y libertades de los interesados, o el tratamiento de datos incluya categorías especiales de datos personales ya comentados (como los datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física ex Art. 9), o datos personales relativos a condenas e infracciones penales ex Art. 10. *Cfr.* Con la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

³⁹⁷ Vid art. 31 LOPDPyGDD sobre el Registro de las actividades de tratamiento, en relación con los art. 73.n) y ñ) que tipifica como falta grave no disponer del Registro o no ponerlo a disposición de la autoridad de protección de datos.

3.4 La protección de datos en el ámbito laboral: del RGPD a la LOPDPyGDD

La introducción de las TIC en una economía digitalizada exige de cada Estado miembro la concreción de los límites de su utilización, a fin de preservar aquellos derechos que requieren de una singular atención. Mereciendo atención, en el ámbito de las relaciones laborales, el tratamiento de datos personales de trabajadores, que se encuentra incluido en el marco de aplicación del Reglamento³⁹⁸, ex art. 88 RGPD. Lo cual significa que los Estados miembros pueden regular normas específicas complementarias a las ya previstas en el RGPD, así como también la representación de trabajadores y empresarios pueden pactarle a través de la negociación colectiva, fijando garantías adicionales para la protección de los derechos y libertades³⁹⁹. En ambos supuestos, debe el Estado miembro comunicar a la Comisión, de forma automática y “sin dilación”⁴⁰⁰, las disposiciones más específicas que se adopten, legal o convencionalmente, cuando se haga uso de esta medida. Sin embargo, de la legislación española se desprenden grandes carencias, constituyendo una fuente de conflictividad y de inseguridad jurídica, que aconseja la adaptación de la legislación laboral.

Debe precisarse que tanto la habilitación del legislador europeo y nacional al marco regulatorio convencional español, como la remisión a la negociación colectiva prevista en la LOPDPyGDD quedaría limitada, desde mi punto de vista, a la negociación colectiva estatutaria. Debiendo interpretarse excluida de tal posibilidad a la negociación colectiva extraestatutaria o de eficacia limitada. Y ello porque se entiende que, por sus connotaciones, además del alcance general o *erga omnes* que requiere la materia, cualquier acuerdo que se adopte al respecto debería ser aplicable para todos los trabajadores. Motivo por el que esta circunstancia elimina cualquier posibilidad de negociación colectiva de esta materia mediante un pacto extraestatutario. Dado que exclusivamente disponen de valor normativo los convenios reconocido en el art. 82.3 del ET, según el cual, *“Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el*

³⁹⁸ Al respecto MIÑARRO YANINI, M. “Impacto del reglamento comunitario de protección de datos en las relaciones laborales, un pretendido «cambio cultural»” RTSS, CEF, Núm. 423, 2018, págs. 5 y ss.

Estudia la problemática de la inseguridad jurídica del marco normativo español en el trabajo CRUZ VILLALÓN, J., *Protección de datos personales del trabajador en el proceso de contratación: facultades y límites de la actuación del empleador*, Albacete, Bomarzo, 2019.

³⁹⁹ Vid el Capítulo IX del RGPD regulador de las Disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento (Art. 85 a 91). También reflejado en el art. 91 LOPDPyGDD sobre derechos digitales en la negociación colectiva, ofreciendo la posibilidad de que los convenios colectivos podrán establezcan *“garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”*.

⁴⁰⁰ Art. 88.3 RGPD.

tiempo de su vigencia". Razón por la que debe entenderse que la remisión realizada por el legislador comunitario va dirigida de forma obligada a pactos de eficacia general.

Por lo que respecta al ámbito temporal de protección del trabajador en la relación individual, esta abarca a todas las diferentes etapas de la relación laboral, desde la fase de selección de candidatos en las relaciones laborales, continuando por los acontecimientos que se producen durante la vigencia de la relación laboral (incluyendo las distintas vicisitudes que se producen durante la vida laboral del empleado, entre las que se encuentran las interrupciones del contrato, sanciones, licencias y permisos etc.). Finalizando con la extinción laboral, lo que permite disponer de reglas especiales sobre protección de datos una vez producida la extinción de la relación laboral (ya se trate de extinciones o despidos y sus causas), así como el tiempo máximo durante el cual el empresario puede almacenar los datos personales de los trabajadores. Téngase en cuenta que el RDL 8/2019 amplía hasta cuatro años el tiempo durante el cual el empresario debe conservar la información sobre la jornada de trabajo, con lo que el derecho a la protección de datos permanecerá intacto durante este tiempo. Entendiéndose que, la protección frente a los riesgos debe mantenerse hasta el momento en el que se destruya tal información. Y junto a ello, tal marco jurídico protector se extiende a los derechos colectivos de los trabajadores (derecho de reunión, comunicación, convocatorias de huelga, actividad de los representantes legales y sindicales, etc.).

En síntesis, por todo ello, a la luz de lo establecido con carácter enunciativo en el RGPD, adviértase que la tipificación de bloques de datos personales a proteger comprendería el *iter* completo de la vida laboral, que se inicia desde la fase previa de la contratación, hasta la finalización de la relación de trabajo. Lo que abarca a todos los distintos eventos producidos durante la ejecución del contrato laboral (cumplimiento de las obligaciones legales o convencionales), además de la gestión, la planificación o la organización del trabajo, así como los aspectos relativos a la igualdad y diversidad en el lugar de trabajo. Por otra parte, también se contemplan otro tipo de materias horizontales vinculadas con datos de salud y seguridad en el trabajo, implicaciones de las funciones de control, que afecten a la protección de los bienes de empleados o de los clientes, así como el ejercicio y disfrute de cualquier derecho y prestaciones relacionado con el empleo (individual o colectivo).

3.4.1 La cesión de datos de los trabajadores y el deber de confidencialidad

Durante la vida de una relación de trabajo cada vez resulta habitual que, en algún momento, se produzca la cesión legal de datos personales. Ya se ha advertido sobre la

necesidad de la existencia de un vínculo entre los datos cedidos con las circunstancias del contrato de trabajo. Tal es el caso de la cesión de determinados datos personales de los trabajadores a la representación legal de los trabajadores, a aquellas empresas con las que se tenga contratada la prestación de servicios externalizados, al servicio de prevención, Mutuas de accidentes de trabajo, Agencia Tributaria, TGSS, a la Autoridad laboral, etc., al amparo de la normativa específica. Advirtiéndose que como ha interpretado la doctrina judicial, no se produce cesión de datos, en los casos de fusión, escisión, cesión global de activos y pasivos, aportación o transmisión de negocio o rama de actividad, o para la tramitación administrativa de un ERE⁴⁰¹. De forma paralela, el derecho a la protección de datos implica la facultad del trabajador de contar con las garantías adecuadas de control del contenido de los datos revelados, así como del destino de estos.

Si bien, y en todo caso, cualquier regulación debería respetar, mediante medidas adecuadas y específicas, la dignidad humana de los interesados, así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales. De modo que, esta exigencia normativa expresamente recogida en el Reglamento europeo incluye el deber de prestar especial atención a la transparencia en la transferencia de los datos personales.

Además, la cada vez mayor complejidad de las relaciones entre las empresas no debe ser incompatible con el respeto a la protección de datos de los trabajadores de sus plantillas. Extendiéndose tales cautelas, a aquellos supuestos en los que se lleva a cabo una cesión legal de datos personales de los trabajadores. Tal es el caso de cesiones entre empresas dentro de un mismo grupo empresarial, al igual que entre empresas que integran una Unión Temporal de Empresas para una actividad económica conjunta.

Con lo cual, en definitiva, cualquier cesión de datos personales de los trabajadores, de cuya custodia responde el empresario, debe garantizar la transparencia y el derecho de información del interesado. Correspondiendo así al empresario, no solo acreditar el

⁴⁰¹ La doctrina judicial contencioso-administrativa entiende que no se produce cesión de datos " en los supuestos en que se produzca una modificación del responsable del fichero como consecuencia de una operación de fusión, escisión, cesión global de activos y pasivos, aportación o transmisión de negocio o rama de actividad empresarial(...) no se producirá cesión de datos". Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2013 (sección primera) Recurso número 391/2011, ECLI: ES:AN:2013:1381. La sentencia resuelve la impugnación del sindicato ALTA (Asociación Laboral de Trabajadores de Ahorro), la resolución de la AEPD de 26 de abril de 2011 que acuerda no incoar actuaciones inspectoras y no iniciar un procedimiento sancionador, por la utilización de datos personales de los trabajadores en la tramitación de un ERE, que no eran necesarios para resolver el expediente por la Autoridad Laboral. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&referenc e=6680937&statsQueryId=118710386&calledfrom=searchresults&links=%22391%2F2011%22&optimize=20130415&publicinterface=true> [consulta, 2 mayo 2017]

detalle del contenido de la información cedida, sino, además, contar con el consentimiento del trabajador en los supuestos en los que la información vaya más allá del contenido exigido legalmente. Respondiendo tal supuesto a la exigencia del art. 42 ET en relación con la Subcontratación de obras y servicios.

3.4.2 Listas negras y calidad de datos

Obviamente, la legalidad de la autorización de cesión de datos de trabajadores resulta incompatible con el tratamiento de datos para la elaboración de las denominadas “listas negras”⁴⁰², que han sido objeto de estudio por parte de la AEPD y del Grupo de trabajo creado al efecto en la UE⁴⁰³ y de los tribunales de justicia. Debiendo ser interpretadas a la luz de la jurisprudencia española (por todas, STS 609/2015⁴⁰⁴), que atendiendo a la doctrina del alto tribunal, las “listas negras” se definen como ficheros de datos personales elaborados a través de « *la recogida y difusión de determinada información relativa a un determinado grupo de personas, de conformidad con determinados criterios, dependiendo del tipo de lista negra en cuestión, que generalmente implica efectos adversos y perjudiciales para las personas incluidas en la misma, que pueden consistir en discriminar a un grupo de personas al excluirlas de la posibilidad del acceso a un determinado servicio o dañar su reputación*».

Por lo cual, no cabe la menor duda de que las “listas negras” persiguen la recopilación de diversa información, referida a variados tipos de datos, almacenados durante todo el *iter laboris* del empleado, siendo el elemento común de tal selección, el carácter desfavorable para la imagen del trabajador. De manera que la intimidad del trabajador podría verse afectada a consecuencia del almacenamiento, tratamiento, y posterior cesión de datos, si la finalidad perseguida consiste en causar un daño en la imagen del trabajador o perjudicar su futura empleabilidad.

⁴⁰² Al respecto también el apartado V de la Exposición de motivos de la LOPDPyGDD advierte que la prestación del consentimiento no da cobertura a la creación de «listas negras» de sindicalistas, si bien los datos de afiliación sindical pueden ser tratados por el empresario para hacer posible el ejercicio de los derechos de los trabajadores y sindicatos ex art. 9.2.b) y d) del REPDP.

⁴⁰³ Además de por los tribunales de justicia, como es el caso de la citada STS 609/2015 de 12 de noviembre de 2015, las “listas negras” han sido objeto de informe por la AEPD, Vid Informe Jurídico núm. 2010/0201, además del documento de trabajo elaborado por el Grupo de Trabajo del Art. 29, de la Directiva 95/46/CE, como órgano consultivo independiente de la UE sobre protección de los datos y la vida privada, (cit. supra, nota núm. 124)

⁴⁰⁴ STS 609/2015 de la Sala Primera de 12/11/2015, Número Recurso: 899/2014, ECLI:ES:TS:2015:4686 (Cit. supra, nota núm. 124 y 403).

A este respecto, siguiendo con la doctrina del TS, en la citada sentencia 609/2015, bien podría decirse que esta recuerda la línea jurisprudencial del TC sobre la protección de datos de carácter personal, ante la nueva realidad del progreso tecnológico. Un progreso que ofrece grandes posibilidades y serias amenazas⁴⁰⁵. Dado que, efectivamente, existe un riesgo cierto en el almacenamiento de datos personales en soportes informáticos, al resultar enormemente fácil su conservación y posterior difusión, y de extrema dificultad su detección por el trabajador. Riesgo que se materializa en la dificultad de conocer la cantidad (cada vez mayor) de datos personales que pueden grabarse en un fichero, así como la multiplicación de posibles destinatarios, unido a los diversos fines de la cesión de datos, lo que requiere determinar su licitud en cada caso. Adviértase que el Tribunal define el derecho a la protección de datos, como *«un derecho o libertad fundamental [...] frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de las personas provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama la informática»*⁴⁰⁶.

Centrándonos en el supuesto concreto analizado por el Tribunal, la cesión de datos personales de un empleado pretende impedir que sea contratado por otra empresa (listas negras). Para ello, se difunde información subjetiva en relación con las causas que motivaron el despido del trabajador, lo que constituye una cesión de datos ilícita, en la que además se vulnera el derecho al honor del trabajador, por no responder a la realidad. Reuniendo una serie de irregularidades que el tribunal sintetiza en los siguientes argumentos:

- i. La falta de concurrencia de un requisito perceptivo para la cesión, como es el consentimiento favorable del afectado.
- ii. Tampoco cuenta con el amparo de ninguno de los supuestos regulados en el art. 11.2 LOPD, en los que se exige de la exigencia de consentimiento del afectado para que la cesión se encuentre bajo un paraguas de legalidad.

⁴⁰⁵ Refiere también la oscilación del trabajo entre dos utopías extremas, positiva y negativa, debido al rápido desarrollo tecnológico, consistente en la sociedad liberada del trabajo y las nuevas esclavitudes, FERRARI, V., “El incierto futuro de los derechos en el trabajo humano, Revista Trabajo y Derecho”, Núm. 52, 2019, Pág. 15 y ss.

Al respecto MERCADER UGUINA, J, “La robotización y el futuro del trabajo, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, Ed. Wolters Kluwer, Núm. 27, 2017, pág. 13-24.

⁴⁰⁶ En el FJ 5 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre el Tribunal reconoce que el derecho fundamental a la protección de datos atribuye a su titular un abanico de facultades que persiguen la facultad de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, que ex art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). (Cit. supra, nota núm. 123 y 176).

- iii. No se respeta el principio de calidad de datos, ya que los datos cedidos no son veraces. En tal sentido, aun cuando existe una resolución judicial que declara la improcedencia del despido disciplinario, por no haberse acreditado los hechos imputados al trabajador, es la empresa la que optado por el pago de la indemnización en lugar de la readmisión.
- iv. Además, que se ha privado al trabajador del ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, regulados en los arts. 15 a 17 LOPD.

Se trata, en conclusión, de una práctica empresarial extendida, de difícil detección y acreditación ante los tribunales de justicia, lo que aconsejaría mayores iniciativas para su erradicación en el ordenamiento jurídico español, más allá de la cita en la Exposición de Motivos en la LOPDPyGDD. Una práctica, que puede ocasionar graves perjuicios cuando se refiere a información confidencial, como datos de afiliación a una organización sindical, a partidos políticos, condición religiosa etc., lo que podría constituir además un atentado adicional contra otros derechos fundamentales (libertad sindical, al ejercicio del derecho de huelga, a la intimidad, o a otros derechos). Cuestión que requiere de un refuerzo especial para alcanzar la protección efectiva de derechos, más allá de declaraciones programáticas.

4 LA REDEFINICIÓN DE LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL MODELO DE TRABAJO EN LA ECONOMÍA DIGITAL

El empuje de la digitalización está dando lugar a constantes modificaciones de aquellas condiciones y elementos definitorios de la prestación tradicional del trabajo, que sirvieron de inspiración para la redacción del ET. De tal forma que los rasgos y características clásicos de la relación laboral siguen siendo objeto de permanente debate, tanto desde un punto de vista doctrinal como jurisprudencial. De hecho, el art. 1.1 del ET, al determinar su ámbito de aplicación, establece que el Estatuto será de aplicación “*a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”. Concretándose los elementos definitorios de un trabajo por cuenta ajena en la voluntariedad, la retribución, la dependencia y la ajenidad⁴⁰⁷.

Desde esta premisa, se observa como la tecnología se ha convertido en la principal preocupación de las empresas, está facilitando la aparición de nuevas formas de trabajo, y acelerando los procesos de transformación digital marcados por unas notas características, que han superado el concepto tradicional de trabajo, lo que exige una redefinición de las mismas. Por lo cual, el objeto de este capítulo reside en analizar las implicaciones que las TIC en cada uno de los citados elementos definitorios del trabajo por cuenta ajena, examinándose la necesidad de adaptar tales criterios de interpretación a la realidad de la economía digital. Para ello se ha de partir de la inicial falta de definición en la CE y en el ET del concepto de trabajador. Al limitarse la normativa española a determinar que ha de entenderse, a efectos de lo dispuesto en el ET, como relación de trabajo y cuáles son sus características.

Por otra parte, cabe apuntar también aquí el potencial que la economía digital tiene sobre las relaciones laborales, y la lenta evolución en la adaptación tecnológica de los recursos humanos que se está produciendo en España, frente a los ritmos de otros países. Lo que, a mi juicio, exige un replanteamiento de las políticas socio-laborales a implementar por

⁴⁰⁷ Sobre el cambio del modelo de trabajo que inspira el ET (empresas con plantillas de trabajadores con contrato indefinido, a tiempo completo, presencial), en las que el trabajador se jubila tras toda su vida laboral el trabajador, aparecen nuevas fórmulas de organización y gestión del trabajo, entre las que se encuentra el *on call work*, *mini job*, *job sharing*, *silvpreneur* o *greyhopper*. CASADO GONZÁLEZ, M. “Sobre el porvenir del trabajo y el trabajo por venir”, Harvard Deusto business review, Núm. 230, 2014, págs. 66-73.

las administraciones educativas y laborales⁴⁰⁸ nacionales y europeas, con la finalidad de alcanzar un mejor aprovechamiento del reto que implica esta cuarta revolución industrial.

Desde un punto de vista técnico, las oportunidades que ofrecen las TIC para generar nuevas formas de empleo vinculadas a la economía digital abarcan un amplio abanico. Entre ellas destaca el teletrabajo (ya sea como fórmula exclusiva o complementaria a la prestación clásica de servicios en el centro de trabajo). También aquí se ha de incluir la nueva bolsa de empleo vinculada con la economía colaborativa, que genera un intenso debate social en relación con los denominados falsos autónomos⁴⁰⁹. Un debate asentado sobre la simulación de contratos que pretenden la inaplicación de Derecho del Trabajo, evitando así el reconocimiento de determinados “privilegios”, entre los que se encuentran el derecho al salario, a las vacaciones, a la jornada, a la huelga, en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales⁴¹⁰, así como a cualquier otro derecho reconocido a los empleados por cuenta ajena que prestan sus servicios en estas organizaciones.

Se plantean aquí dos primeras cuestiones. Por un lado, que las peculiaridades de las nuevas formas de trabajo generan un elevado volumen de conflictividad laboral en torno a los derechos laborales⁴¹¹. Por otro lado, la evidente necesidad de modernizar la

⁴⁰⁸ España se sitúa decimocuarto lugar en el ranking del *Digital Economy and Society Index 2017* (DESI) que elabora la Oficina Europea de Estadística Eurostat para el conjunto de países que forman la Unión Europea (UE), a partir de una serie de variables clave, entre las que se encuentran la conectividad, el capital humano con destrezas digitales, las infraestructuras tecnológicas y la integración de las principales TIC en el tejido empresarial. Por tanto, existe un amplio espacio para avanzar hasta posiciones de países como Dinamarca, Suecia, Finlandia, Países Bajos y Luxemburgo, especialmente cuando el informe destaca que se han registrado un avance interanual en todas las dimensiones, a excepción de los indicadores relativos al capital humano. Vid supra, nota núm. 60, 62 y 64). Disponible en:

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/SpainDESIcountryprofile.pdf> [consulta: 21 Julio 2018]

⁴⁰⁹ Al respecto OJEDA AVILÉS, A., “Colaboradores independientes: autónomos, semiautónomos y falsos autónomos”, 2010, La Ley, 14452 (Ed. Dig.).

⁴¹⁰ La problemática de las condiciones laborales de los trabajadores de la economía colaborativa y la subcontratación o el subalquiler de licencias concedidas, para conseguir mejorar la valoración del perfil del trabajador y elegir horarios de trabajo, ha salido nuevamente a la luz a consecuencia de un accidente de tráfico con resultado de muerte de un rider. Concretamente, a raíz del accidente ha aflorado las condiciones en las que se trabaja en las “horas diamantes para el consumo”, coincidentes con los tramos horarios y días en los que se realizan mayor número de pedidos, en los que, al existir más competencia, los repartidores pueden ganar más dinero.

⁴¹¹ Vid la Sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019, Núm. Recurso: 1214/2018 sobre un repartidor (Glover) en la empresa Globo, en la que se declara la nulidad del despido del trabajador, reconociendo la relación laboral. Frente al criterio emitido en sentencias anteriores por los tribunales españoles, franceses o italianos sobre esta misma figura. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&referenc=8683712&links=%2253%2F2019%22&optimize=20190306&publicinterface=true> [consulta: 2 de marzo de 2019]

regulación de las notas características de la relación de trabajo reguladas en el Art. 1.1 ET, para dar cabida a las nuevas formas de trabajo, lo que exige un proceso de redefinición.

De lo cual, resulta que debería garantizarse la protección social de los trabajos en la economía digital, evitando así, tanto las bolsas de fraude, como las vulneraciones de los derechos de los trabajadores en la cobertura de nuevos puestos de trabajo. En este mismo sentido se comienza a mostrar la más reciente doctrina judicial, afirmando que *“sin perjuicio de que dicha relación no encaje plenamente en el marco normativo que actualmente proporciona el ordenamiento laboral y en la interpretación hasta ahora dada al mismo por los tribunales,... .. quizá lo más recomendable es que este nuevo modo de trabajar, venciera la pereza legislativa configurando lo que como sostiene algún sector de la doctrina (Todolí), una nueva relación laboral especial de las previstas en el art. 2 ET. Mientras tanto al intérprete no le cabe otra salida que, aplicando el ordenamiento, alcanzar la solución que se ha considerado más acertada”*⁴¹².

Ilustrativos son también los retos y oportunidades que brindan las tecnologías en la dirección y en la organización de trabajo. De tal manera, siguiendo la estela de la jurisprudencia relativa a la interpretación del art. 1.1 del ET, podemos afirmar que, las TIC permiten al empresario fortalecer los instrumentos de control, tanto sobre el trabajo como sobre los trabajadores. Siendo aquí, como veremos, donde se encuentra el mayor peso de uno de los elementos clave de la laboralidad, consistente en la subordinación al poder de dirección y control empresarial.

Se trata del reconocimiento constitucional (*lato sensu*) consagrado en el art. 38 CE, donde reside la facultad del empresario de dirigir discrecionalmente su empresa, dentro del marco de la economía de mercado. Siendo tal precepto el germen de un volumen importante de conflictos, en los que la tecnología constituye un elemento clave. Además de la nota característica de una relación laboral. De lo que resulta, como señala RODRÍGUEZ PIÑERO, que la crisis de la centralidad de la empresa a ciclo completo y del empleo estable, sobre los que se habían estructurado las reglas jurídico-laborales, está sometiendo a una revisión profunda las pautas y valores que han venido inspirando el Derecho del Trabajo⁴¹³.

⁴¹² FJ 18 de la S. Juzgado de lo Social 33 de Madrid de 11 de febrero de 2019, Núm. Recurso: 1214/2018. Vid cita en nota anterior. Respecto de la cual, la empresa ha anunciado su intención de recurrirla al haber obtenido en otros supuestos la confirmación de la corrección del encuadramiento en el régimen de autónomos por Inspección de trabajo y los tribunales españoles. Al igual que en procesos judiciales de otros países de la UE como Francia o Italia (Corte suprema de Milán).

⁴¹³ RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M, “El Derecho del Trabajo a fin de siglo”, *Tres décadas de Relaciones Laborales en España*, 2015, Universidad de Sevilla, Pág. 163.

4.1 El trabajo a distancia como antecedente del teletrabajo.

Con carácter general, tradicionalmente, el trabajo por cuenta ajena se ha venido prestando en el espacio físico de la empresa, denominado centro de trabajo, como lugar en el que se desarrolla la actividad laboral objeto del contrato. Actualmente, continúa siendo el RD 486/1997, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, la norma que ofrece una definición del centro de trabajo. Determinándose como tales, las áreas físicas del centro en las que debe permanecer el empleado, o a las que puede acceder una persona física por razón de su trabajo. Con lo cual, la definición alude al lugar destinado a albergar los puestos de trabajo, incluido cualquier otro lugar dentro del área de la empresa al que el trabajador tiene acceso, en virtud de su trabajo.

De esta manera, la laboralidad de la prestación y el ejercicio de determinados derechos tiene una directa vinculación con la adscripción al centro de trabajo que corresponda a cada trabajador, tras la incorporación a la empresa. Y ello porque en el ordenamiento jurídico español, el ejercicio de determinados derechos (de representación, de condiciones de seguridad y salud) o el control por parte de la Inspección de Trabajo, se vincula a la citada adscripción⁴¹⁴. Por otra parte, dentro de las reglas generales de competencia, el ejercicio de la tutela judicial también se delimita, como una de sus opciones, en función de la circunscripción en la que se encuentre ubicado el lugar de trabajo⁴¹⁵.

Los antecedentes a la excepción a la norma general se encuentran en la actividad en centros de trabajo móviles o itinerantes (con regulación propia)⁴¹⁶, además de, en el

⁴¹⁴A estos efectos, el art. 1.5 ET define el centro de trabajo, como la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral. Además, se prevé la especialidad de la actividad de trabajo en el mar, teniendo, en este caso, la consideración de centro de trabajo el buque, junto a su ubicación, atendiendo al reparto de competencias establecido en España, en función de la organización territorial del estado, en la provincia en la que radique su puerto de base.

⁴¹⁵ El art. 10 LJS regulador de la competencia territorial de los Juzgados de lo Social, determina que con carácter general será juzgado competente el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado, a elección del demandante.

⁴¹⁶ Vid el art. 40 ET relativo a los supuestos de movilidad geográfica de trabajadores en centros móviles o itinerantes y art. 2.2 del RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el art. 8.5 ET, en materia de información al trabajador sobre elementos esenciales del contrato de trabajo, así como, por todas, la STJCE de 27 de febrero de 2002 (C-37/200), ECLI:EU:C:2002:122, sobre la Petición de decisión prejudicial (Hoge Raad der Nederlanden - Países Bajos), referente al lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo, siendo realizado en parte en una instalación situada en la plataforma continental adyacente a un Estado contratante y en parte en el territorio de otro Estado contratante. Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46757&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3986830> [consulta: 24 de abril de 2008]

denominado trabajo a domicilio (actualmente trabajo a distancia) regulado en el art. 13 ET. Resulta por ello conveniente profundizar en esta última figura, al residir en el trabajo a domicilio el precedente más inmediato al vigente modelo de teletrabajo⁴¹⁷. Cuyo origen histórico gira en torno al empleo de las denominadas "medias fuerzas" (en referencia a las mujeres, menores y discapacitados), cuya mano de obra era aprovechada, mayoritariamente, por la industria intensiva del sector textil y del calzado.

Salvando las distancias con la originaria modalidad de trabajo, el teletrabajo ha venido a engrosar la relación de supuestos, que desde sus orígenes han caminado de forma paralela a la reivindicación del reconocimiento de su carácter de relación laboral⁴¹⁸. Encontrándose la única referencia jurídica de carácter general, al trabajo realizado fuera del centro,⁴¹⁹ en el Art. 13.1 ET, donde se define el trabajo a distancia como aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.

Con lo cual, finalmente, esta definición de trabajo, que tiene sus orígenes en la producción intensiva del sector textil y del calzado, resulta también aplicable a las formas de trabajo diferentes a las tradicionales, surgidas a consecuencia de los avances tecnológicos. Encontrando en el teletrabajo la prestación de servicios, que, por sus características, no requiere la prestación física obligatoria (al menos durante el 100% de la jornada de trabajo) en el espacio físico donde se ubica la empresa.

La nueva redacción del art. 13 ET se lleva a cabo a través de la reforma operada mediante el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Disponiéndose la modificación de la regulación del trabajo "a domicilio" para pasar a denominarse "a distancia", incluyendo, por primera vez en España una referencia

⁴¹⁷ Al respecto, CASTRO ARGUELLES, M.A. "Contrato de trabajo y figuras afines", *Trabajo asalariado, trabajo autónomo, trabajo no lucrativo: una mirada retrospectiva a la doctrina del Tribunal Central de Trabajo*, GARCÍA MURCIA, J. (coord.), Ed. Laborum, 2007, págs. 47-68.

⁴¹⁸ Por primera vez en España se reguló el trabajo a domicilio en sendos Reales Decretos-Leyes, de 26 de julio de 1926 y de 20 de octubre de 1927. Posteriormente, la Ley de Contrato de Trabajo de la II República, de 21 de noviembre 1931, mantuvo la vigencia de las disposiciones citadas, reconociendo la laboralidad de los denominados obreros a domicilio ex art. 6.3. Finalmente, la Ley de Contrato de Trabajo, incluyó en su libro II, título II (arts. 114 a 121) aprobado por Decreto de 31 de marzo de 1944 (BOE 11 abril), la regulación del trabajo a domicilio, dentro de las modalidades de contratos especiales de trabajo, derogando así la primera regulación del RDL de 1926. En el mismo sentido, la Ley 16/1976, de 8 de abril (BOE. 21 abril), de Relaciones Laborales, mantuvo la categoría de relación laboral especial para el contrato de trabajo.

⁴¹⁹ Hay que recordar que España no ha ratificado el Convenio núm. 177 de la OIT de 1996, sobre el trabajo a domicilio, además del hecho de que a pesar de que sí lo ratificó la UE, por medio de la Recomendación 1998/370/CE, de 27 de mayo. No obstante, las Recomendaciones, al igual que los Dictámenes, *per se*, carecen de eficacia vinculante ex art. 288, final TFUE.

nominativa (aunque solamente sea en la Exposición de Motivos) al teletrabajo⁴²⁰. Fundamenta el legislador la nueva redacción del precepto en el deseo de promover nuevas formas de desarrollar la actividad laboral, con las garantías adecuadas. Definiendo el teletrabajo como una particular forma de organización del trabajo, compatible con el modelo productivo y económico perseguido con el RDL y sus medidas urgentes.

Téngase en cuenta, en este sentido, que el Real Decreto Ley responde a la necesidad de aprobar medidas urgentes para el mercado de trabajo español, que en el año 2012 se enfrenta a un complejo escenario, en el que 6.021.400 españoles se encuentran desempleados (según datos de la EPA). Lo que representa una tasa de paro del 25,77%⁴²¹. Con lo que se halla en el teletrabajo una oportunidad para reducir el desempleo. Por lo cual, entre las medidas abordadas por el RDL, la regulación del teletrabajo es definida por el legislador, como equilibrada en derechos y obligaciones, así como una vía alternativa para la creación de empleo. Si bien, la reforma pasa prácticamente desapercibida en su momento, al quedar difuminada por la gravedad de la crisis económica y por lo exiguo de su contenido. Téngase en cuenta además que, en el momento de la reforma, el debate nacional e internacional se centra (de forma casi exclusiva) en la amenaza del rescate de España por Europa, con una Prima de riesgo que llegó a alcanzar los 637 puntos, antes que en analizar las medidas adoptadas por el Gobierno para salir de una crisis que incidió con especial virulencia en nuestro país⁴²². De esta manera, el RDL, contempla el teletrabajo como un elemento de flexibilidad para las empresas, ofreciendo un marco diferente en la organización del trabajo de las empresas, que a su vez permita incrementar las oportunidades de empleo, además de optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar.

Independiente de todo lo anterior, deben hacerse dos críticas. Como primera crítica apuntamos que el legislador podía haberle dado un mayor impulso con la denominación del epígrafe. Ya que, cuando en el año 2012 se modifica el Art. 13 ET relativo al “contrato de trabajo a domicilio” sustituyéndolo por “trabajo a distancia”, podía haberlo titulado directamente como “teletrabajo”. Lo cual, hubiera supuesto una apuesta más firme por la digitalización de las relaciones de trabajo.

⁴²⁰ Vid art. 6. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2012/02/11/pdfs/BOE-A-2012-2076.pdf> [consulta: 2 junio 2018]

⁴²¹ Datos a cierre de 2018. Disponible en: http://www.ine.es/prensa/epa_tabla.htm [consulta: 12 enero 2019]

⁴²² Debe recordarse que el RDL de medidas urgentes se dictó en un momento en el que la prima de riesgo española supero máximos históricos. El 24 de julio de 2012 el riesgo soberano de España alcanzó su máximo nivel en la historia de la democracia española, ante la falta de confianza de los mercados. Superando los 525 puntos alcanzados durante la crisis de 1994 y 1995. Ante la amenaza del rescate europeo, en un entorno de falta de credibilidad de nuestro país, nunca antes visto en la democracia española, y tras un proceso de elecciones generales anticipadas.

La segunda observación que se formula reside en el hecho de la cuestionable ubicación escogida por el legislador para la regulación del “trabajo a distancia”, permaneciendo situado en la Sección 4.ª del Capítulo I, del Título I ET, que regula las “Modalidades del contrato de trabajo”. Y es que, a mi juicio, el teletrabajo no debe entenderse como una modalidad de contrato de trabajo, sino como una modalidad de prestación de servicio que, ordinariamente (pero no necesariamente), convive con fórmulas tradicionales de realización del trabajo. Motivo por el cual encontraría mejor encaje en un Capítulo diferente, relativo al trabajo con utilización intensiva de tecnologías, en el que se recogiesen sus singularidades.

En resumen, consideramos que, como mejor opción, debería apostarse por un tratamiento específico del teletrabajo, atendiendo a las nuevas formas de organización del trabajo que permiten las tecnologías, desvinculándolo de la definición actual que lo relaciona con “el trabajo que se realiza de forma preponderante en el domicilio”, y reformulando la figura, de forma que permita dar respuesta a las demandas de la economía digital.

Cierto es que, inicialmente se ha venido utilizando el domicilio como puesto fijo para teletrabajar, así como que podría resultar un procedimiento adecuado para mejorar la conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo, pero podría abarcar un espectro inmensamente más amplio de forma generalizada. Por lo cual, sin perjuicio de que desde sus orígenes se ha vinculado mayoritariamente con la conciliación de la vida laboral y personal, no debe olvidarse que el domicilio responde a la voluntad de determinar la ubicación de un puesto fijo inamovible, conforme a la filosofía del puesto de trabajo tradicional. Sin embargo, los avances tecnológicos permiten que se desarrolle el trabajo no solo desde un puesto fijo, como es el domicilio, o cualquier otro (incluidos los puestos de trabajo móviles), con lo que el lugar concreto de prestación de trabajo pierde su condición de elemento definidor de la relación laboral al dejar de estar en el ámbito de control visual del empresario.

Por todo lo expuesto, parece más aconsejable distinguir entre distintas fórmulas de realización del trabajo por cuenta ajena, en el centro de trabajo con o sin uso intensivo de las TIC, y el que se realiza fuera del mismo, actualmente denominado trabajo a distancia, que también puede, o no realizarse con tecnologías. Ambos supuestos, en los que se produce un uso intensivo de las TIC, son objeto de tratamiento en esta tesis doctoral, sin que ninguno de ellos tenga un carácter excluyente frente a los demás.

4.1.1 La particularidad del trabajo a distancia en el domicilio y el centro de adscripción

Sin duda, como ya se ha señalado, una de las singularidades del trabajo a distancia se encuentra en el lugar de prestación de la actividad laboral (realizado de manera preponderante en el domicilio del trabajador, o en el lugar libremente elegido por este), surgiendo un espacio alternativo al lugar en el que se presta de forma presencial en el centro de trabajo de la empresa. De esta manera, aparece una primera particularidad que debe de tenerse en cuenta, concretamente, que cuando la prestación de trabajo se realiza en el domicilio del trabajador, escapa al ámbito de actuación de la inspección de trabajo y seguridad social, al no estar incluida en los supuestos previstos en el art. 19 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁴²³.

Y es que efectivamente, la actuación de la ITSS se extiende a personas físicas, jurídicas, públicas o privadas, además de a las comunidades de bienes u otras entidades sin personalidad jurídica, en su calidad de sujetos obligados o responsables que sean del cumplimiento de las normas del orden social. Incluyéndose entre ellos a las empresas, los centros de trabajo, en general, y aquellos lugares en que se ejecute la prestación laboral, que en un sentido amplio y exhaustivo enumera el precepto. Con lo cual quedaría incluido a) el trabajo itinerante, los vehículos y los medios de transporte en general, en los que se preste trabajo; los trenes, los aviones y aeronaves civiles, así como las instalaciones y explotaciones auxiliares o complementarias en tierra para el servicio de aquéllos; b) los buques de pabellón español (de la marina mercante o de pesca), que se hallen en puertos del territorio español o en aguas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, así como las instalaciones y explotaciones auxiliares o complementarias para el servicio de estos que se hallen en tierra y en territorio español; c) los puertos, aeropuertos, vehículos y puntos de salida, escala y destino (en viajes de emigración e inmigración interior); así como, d) las entidades y empresas colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social; las entidades públicas o privadas que colaboren con las distintas Administraciones Públicas en materia de protección y promoción social; y las sociedades de economía social, como las cooperativas y sociedades laborales.

Adviértase por lo expuesto, que la limitación de acceso al lugar de trabajo a la ITSS afecta a los supuestos en los que el teletrabajador presta sus servicios en su domicilio, pero no en el caso de que se desarrolle en otros espacios distintos del domicilio. Tal es el supuesto de los trabajadores vinculados a empresas de economía colaborativa, que, por realizar

⁴²³ Ciertamente, la inviolabilidad del domicilio impide su inclusión en la relación de espacios que pueden ser objeto de actuación por la inspección de trabajo en el Art. 19 de la Ley 23/2015, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

los servicios en espacios públicos, permitiría sin problemas una fiscalización por parte de la autoridad inspectora. De manera que, como se analiza con detalle más adelante en este capítulo, los criterios para determinar la adscripción al centro de trabajo podrían ser fácilmente determinables, conforme al centro base de la actividad principal. Para lo cual resultaría conveniente actualizar el marco normativo por el que se determinen los criterios para fijar el centro de adscripción de un trabajador que preste sus servicios mediante un uso intensivo de las TIC. Lo que exigiría identificar la zona geográfica en la que el empleado presta sus servicios.

4.1.2 Tipología del contrato a distancia

Dentro de las alternativas existentes para suscribir un contrato a distancia, se abre un extenso abanico de opciones susceptibles de aplicar al teletrabajo. Así, atendiendo a la duración del contrato, la relación podrá ser tanto indefinida como eventual. Además, en función del número de horas trabajadas, se admite la posibilidad de formalizar un contrato de trabajo a tiempo parcial ex art. 12 ET, como un contrato a tiempo completo. Asimismo, no resultaría extraño compatibilizar una situación de pluriempleo o pluriactividad, atendiendo a la innegable realidad de los grandes cambios que están operando en el mercado de trabajo⁴²⁴, en la que el trabajador presta sus servicios para varios empresarios al mismo tiempo, o simultanea el trabajo por cuenta ajena con el empleo por cuenta propia.

Mayor dificultad en la formalización presenta actualmente, a mi juicio, la posibilidad de suscribir un contrato formativo ex art. 12 ET, dado que, del desigual avance de la integración de la economía digital, resulta un difícil encaje entre el trabajo a distancia y la obtención de la práctica profesional adecuada. Sin embargo, tampoco parece impensable que, en un futuro, más o menos próximo, sea posible alcanzar la formación y la práctica con ayuda de entornos virtuales.

Igualmente, tampoco resulta extraña esta figura en el ámbito de la contratación vinculada a la industria digital, con amplia demanda de trabajadores de alta cualificación, para actividades relacionadas con la programación. Si bien, en cualquier caso, para llevar a

⁴²⁴A diferencia del mercado de trabajo tradicional, en el que el trabajador, ordinariamente, se ha jubilado habiendo dedicado toda su vida a una empresa, en la actualidad, es habitual trabajar para distintas empresas a lo largo de la vida laboral, además de que, cada vez más trabajadores tienen más de un trabajo, al mismo tiempo, con distintas empresas. Realidad, que desde el punto de vista de la OCDE obliga también a replantearse el rol de la acción sindical y de los propios sindicatos de trabajadores. *OECD Employment Outlook 2018*, pág. 112. Vid cita en nota núm. 67, pág.48.

cabo una experiencia de este tipo, resulta indispensable contar con un nivel de desarrollo tecnológico de la empresa, que permita hacer un seguimiento del trabajo en formación que se esté llevando a cabo (lógicamente mediante otro equipo informático a disposición de quien sea el responsable de controlar y enseñar al empleado) así como el tutelaje telemático permanente del trabajador al que hay que formar.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que estas tecnologías actualmente se encuentran al alcance de cualquier empresa, siendo una realidad la virtualización del puesto de trabajo. Con lo cual, en tales supuestos, ya sea un contrato en prácticas, o para la formación y el aprendizaje, se deberá cumplir con las exigencias previstas en el art. 12 ET dirigidas a garantizar el aprendizaje y la experiencia práctica del empleado.

En coherencia con lo anteriormente expuesto, de *lege ferenda*, sería aconsejable excluir el trabajo a distancia como una de las modalidades del contrato de trabajo reguladas en la Sección 4.^a (Modalidades del contrato de trabajo), del Capítulo I (Disposiciones generales), del Título I (De la relación individual de trabajo). Así como debería concretarse que modalidades de prestación de trabajo pueden ser objeto del teletrabajo o trabajo a distancia mediante el uso de tecnología.

Con lo cual, además de explorar las posibles tipologías del contrato que se realicen a distancia, debería también concretarse los criterios necesarios para concretar la asignación del centro de trabajo al que ha de adscribirse al trabajador. Para que con ello se facilite el ejercicio del derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación legales regulados en el ET, tanto en su condición de elector, como de elegible.

4.1.3 El requisito formal: el contrato escrito vs. el contrato digital

La primera de las exigencias, desde un punto de vista formal, del acuerdo por el que se pacta el trabajo a distancia es que debe documentarse por escrito, atendiendo a lo dispuesto en el art. 13.2 ET. De esta forma, tanto en el supuesto de la prestación de servicios acordada bajo la modalidad de teletrabajo desde el inicio de la relación laboral, como en caso acuerdo para teletrabajar durante la vigencia de la relación laboral, el empresario debe redactar las condiciones por escrito, y entregar una copia básica del acuerdo de teletrabajo al delegado o comité de empresa ex art. 8.4 ET.

Por lo que, en definitiva, será el contrato de trabajo (junto al acuerdo de teletrabajo) el que detalle, además del contenido general de la relación laboral (periodo de prueba, duración del contrato, categoría, convenio colectivo aplicable, tiempo de jornada, etc.)

además de la forma de organización del trabajo. Si bien, cabe preguntarse sobre la posibilidad de dar cabida a otras formas de formalización de los términos de la relación laboral, más allá de la forma escrita o verbal aludidas en el ET, es decir, si es posible utilizar un fichero digital con firma electrónica.

Por otra parte, no surge la menor duda en quien escribe estas palabras de la legalidad de la opción, atendiendo al reconocimiento de la legalidad de la firma electrónica en la UE⁴²⁵, conforme a lo dispuesto en el art. 25.2 del Reglamento núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, que determina que *“una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita”*. Con lo que nada obstaría a que la legislación laboral española ampliara las opciones formales de la constitución de la relación de trabajo incluyendo la modalidad digital con *“firma cualificada”*. Por más que, también en este caso, se encuentre otro vacío en el marco normativo del Derecho del Trabajo español que sería aconsejable abordar, por razones de seguridad jurídica.

Para concluir con estas notas sobre la necesaria adaptación normativa, convendría incluir en la nueva redacción del ET las fórmulas digitales de formalización de contratos. Lo que conlleva también a la extensión de la vía digital a las comunicaciones, ya que constituyen un cauce adecuado para articular nuevas formas seguras de prestación de consentimiento en las relaciones habituales, más allá de las clásicas editadas en formato de papel. Fundamentalmente porque en este caso, la digitalización de la economía ofrecería diversas soluciones para atender a las necesidades del mercado⁴²⁶. Facilitando especialmente la inmediatez en los procesos de contratación, extraordinariamente útil

⁴²⁵ El art. 25 del Reglamento Núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, reconoce respecto a los efectos jurídicos de las firmas electrónicas, que: *“1. No se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a una firma electrónica por el mero hecho de ser una firma electrónica o porque no cumpla los requisitos de la firma electrónica cualificada. 2. Una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita. 3. Una firma electrónica cualificada basada en un certificado cualificado emitido en un Estado miembro será reconocida como una firma electrónica cualificada en todos los demás Estados miembros.”*

⁴²⁶ Para garantizar la confianza y la transparencia de los usuarios en los servicios electrónicos, el Reglamento de ejecución de 2015/806 de la Comisión de 22 de mayo de 2015, establece las especificaciones de la nueva *“etiqueta de confianza”* para *“servicios de confianza cualificados”* en la UE, en el que la *“etiqueta de confianza”* distingue los *“servicios de confianza cualificados”* de cualquier otro *“servicios de confianza”*. Vid asimismo la *“Guía”* del Ministerio de Industria y Agenda Digital, para la notificación de los servicios electrónicos de confianza cualificados y contenido mínimo del informe de evaluación de la conformidad en el marco del reglamento 910/2014. Disponible en: <http://www.mincotur.gob.es/telecomunicaciones/es-ES/Servicios/FirmaElectronica/Documents/GuiaNotificacion.pdf> [consulta: 22 junio 2018]

para el desarrollo de la economía colaborativa. De tal manera, mediante distintas fórmulas de firma segura, a través de un terminal (ya sea un ordenador fijo o un teléfono móvil inteligente), sería posible formalizar un contrato de trabajo, con independencia de la distancia física que separase a ambas partes⁴²⁷.

4.1.4 Condiciones subjetivas de la prestación del trabajo

Desde el punto de vista de los requisitos subjetivos del candidato a teletrabajar, en principio se podría afirmar que, con carácter general, cualquier trabajador puede ser candidato para realizar el trabajo mediante este procedimiento, siempre que el mismo participe de un uso ordinario de la tecnología (un equipo -PC- o dispositivo móvil, junto con las aplicaciones precisas para ello y conectividad). Junto a lo cual se precisa también disponer de la tecnológica adecuada en la empresa, además de venir referida a un puesto de trabajo que sea susceptible de realizarse mediante la utilización de las TIC.

Al margen de lo anterior, debe advertirse sobre la existencia de una limitación en nuestro marco jurídico, que desde mi punto de vista ha quedado obsoleta. Se trata del art. 7.3 del Real Decreto que regula la prestación laboral de minusválidos en CEE⁴²⁸, en el que se prohíbe la formalización de un contrato de trabajo a domicilio en estos Centros Especiales con minusválidos psíquicos. Tal obsolescencia es resultado de la consideración del teletrabajo, como se verá en el siguiente capítulo, como una reconocida herramienta para mejorar la integración de los trabajadores con discapacidad. Motivo por el que se hace preciso que el legislador adecúe la regulación a este colectivo, haciéndola extensiva también para los CEE.

4.1.5 las exigencias de laboralidad del trabajo a distancia por medios tecnológicos

Las TIC han revestido de un nuevo enfoque al tradicional concepto de prestación trabajo, en el que el empleado queda sometido a una jornada determinada, a un horario concreto, o a la presencia continua en el centro de trabajo con control directo del empresario. Lo que no significa, desde mi punto de vista, que se vaya a producir una

⁴²⁷ Existen diversas aplicaciones de usos seguro de la firma electrónica. Entre ellas, una de las más habituales es *Signaturit*, que ofrece distintos servicios en materia de recursos humanos. Disponible en: <https://www.signaturit.com/es> [consulta: 26 junio 2018]

⁴²⁸ El precepto fue modificado mediante Real Decreto 427/1999, de 12 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-7037> [consulta: 26 junio 2018]

sustitución de la modalidad tradicional de prestación de servicios, o que esto suponga la completa desaparición del trabajo durante una jornada específica y en el centro de trabajo. Ya que determinados puestos continuarán requiriendo la presencia física en el centro y la jornada se desarrollará mayoritariamente en las mismas franjas horarias. Sin embargo, junto a ellos surgirán nuevas formas de desempeño, facilitando otra manera, más eficiente, de organizar y ejecutar el trabajo. Con lo cual, parece previsible que cada vez será más común la convivencia de ambas formas de prestar el trabajo (presencial y virtual), lo que aconseja determinar los límites de la prolongación en el tiempo de la jornada de trabajo, así como a la necesidad de articular un procedimiento para la desconexión digital.

Adicionalmente a ello, otro fenómeno que se multiplica es el de trabajadores que prestan servicios para empresas de otros continentes con lo que existe una diferencia horaria significativa. Piénsese que algún sector doctrinal ha sugerido la conveniencia de la eliminación de todos los husos horarios y crear, en su lugar, un horario universal⁴²⁹. Tal propuesta, que ya se aplica para todas las líneas aéreas del mundo (la del huso horario del Meridiano de Greenwich), responde a la necesidad de evitar accidentes en el tráfico aéreo. Sin embargo, no parece aconsejable que la medida sea extendida de forma generalizada a todo el planeta. Motivo por el que, salvo para el desempeño de trabajos que encontrasen en la unificación de horario justificadas razones de seguridad, parece más razonable mantener la adaptación del horario de trabajo a la hora local. En cualquier caso, si la relación de trabajo requiere teletrabajar en horarios diferentes a los locales, habrán de incluirse en el convenio colectivo las cautelas adecuadas, para garantizar el ejercicio del derecho a la desconexión y el derecho al descanso. Argumento que refuerza la propuesta de preservar el derecho a la desconexión digital, especialmente en el caso de estos trabajadores.

Por lo tanto, con independencia de que la prestación de los servicios se lleve a cabo en un entorno real, virtual o mixto, a falta de mención expresa por el legislador entre las exclusiones del Art. 1.3 ET, se presume que todos los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario, se encuentran dentro del ámbito subjetivo de aplicación del ET.

⁴²⁹ Así lo defienden dos profesores de la Johns Hopkins University Tal es el caso del economista estadounidense Steve Hanke, o el astrofísico Dick Henry que han defendido la obsolescencia de los husos horarios vinculados al modelo de desarrollo local (coordinated universal time), apostando por el "Universal Timezone System". Sin embargo, al encontrarse la economía digital dentro de un modelo de actividad global, los autores defienden tal unificación.

De tal manera, frente a quienes cuestionan la laboralidad de la relación, justificando la inaplicación del Derecho del Trabajo en la ausencia de control del empresario (al realizarse el trabajo fuera del entorno del centro de trabajo), debe advertirse del dato incuestionable de que el uso de las TIC refuerza el poder de control del empresario sobre el trabajador en las relaciones laborales⁴³⁰. Por este motivo, el simple hecho de que la prestación de los servicios se ubique fuera del centro de trabajo, no implica una relajación de dependencia en la relación, cuando el seguimiento puede realizarse a través de la geolocalización. Antes, al contrario, debe ser interpretada como una redefinición del concepto de la dependencia, que es resultado de nuevas formas de organización del trabajo. De hecho, las TIC, incluyen un elemento diferenciador respecto a las modalidades tradicionales de prestación de trabajo a distancia, al consolidar e intensificar el poder de organización y control del empresario.

Con lo que, en definitiva, se manifiesta la necesidad de poner luz sobre la apariencia de autonomía de algunas modalidades contractuales utilizadas en las nuevas formas de economía digital, con el objetivo de delimitar la condición de laboralidad. Viene siendo habitual, en este sentido, que las empresas justifiquen el carácter no laboral de determinadas relaciones de trabajo con argumentos como la falta de control empresarial, la autonomía en la organización del trabajo o la flexibilidad de la jornada, lo que exige un análisis detallado de las circunstancias en las que se presta el servicio para deslindar las relaciones incluidas en el ámbito del ET. Lo cual requiere que los tribunales apliquen la doctrina del levantamiento del velo, diferenciando así los supuestos que revisten la condición de relación de trabajo, de otras formas de prestación de trabajo.

Por otra parte, desde el punto de vista de la productividad y de la competitividad de la empresa, el objetivo de cualquier contrato debería centrarse, con carácter general, en que el servicio se preste de forma eficiente durante las horas de trabajo debidas al empresario⁴³¹, con respeto a los derechos de los trabajadores y de forma pactada y coordinada con la empresa. Siendo así, parece razonable hacer una breve referencia a los elementos definitorios de la laboralidad:

⁴³⁰ Cfr. Con la reflexión sobre las amenazas hacia los derechos fundamentales de los trabajadores, y la lucha permanente en defensa de la intimidad digital. MERCADER UGUINA, J.R., "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?", Revista Relaciones Laborales, Núm. 10., 2001, (cit. supra nota núm. 81).

VALDÉS DAL-RE, F. "Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa", Revista de Derecho Social, Núm. 79, 2017, pág. 19.

⁴³¹ El Informe de la OCDE sobre perspectivas de empleo 2018 sitúa a España entre los peor posicionados de entre los países ricos a causa de los efectos de la crisis iniciada en el año 2008, como la ineficacia empresarial, atendiendo a los datos contrastado sobre las tendencias de calidad de los trabajos, y expresamente el coste por hora trabajada, Pág. 28, (Cit. supra, nota núm. 74).

4.1.5.1 *La organización de la jornada de trabajo como factor de novedad*

Desde un punto de vista práctico, tanto en la negociación colectiva, como en las experiencias de teletrabajo impulsadas en las distintas administraciones, existe una cierta tendencia a concretar un horario rígido para los teletrabajadores. Sin embargo, como bien afirma MELLA MENDEZ, esto supone un límite a “una de las grandes ventajas del trabajo a distancia”⁴³². Efectivamente, tal encorsetamiento condiciona aspectos beneficiosos como la flexibilidad horaria, así como la libertad personal del empleado para adaptar la ejecución de la actividad laboral (ya sea de noche, fines de semana o festivos). Desde mi punto de vista, respondería mejor al potencial de la medida las propuestas dirigidas a acordar de forma individual una bolsa de horas (semanal, mensual o anual) en las que se debe teletrabajar, en un sistema mixto, en el que parte de la jornada pudiese estar determinada.

En concreto, uno de los argumentos de mayor peso, utilizados por los detractores de la laboralidad del trabajo realizado mediante uso intensivo de las TIC, reside en la flexibilidad de la jornada de trabajo. Sin embargo, tal circunstancia constituye una de las grandes aportaciones de la cuarta revolución industrial al mundo del trabajo. Con lo que, a mi parecer, el hecho de que se abra la vía a que el trabajador pueda organizar su tiempo de trabajo no debería interpretarse como un elemento ajeno a una relación laboral, sino, más bien, como una de las aportaciones de la tecnología, que ofrece la posibilidad de organizar el tiempo de trabajo, así como de impulsar la iniciativa del trabajador. Dado que ha quedado obsoleta, en la economía digital, el deber de asistencia, como condición *sine qua non*, al centro de trabajo físico durante la jornada laboral.

4.1.5.2 *Sumisión al poder de dirección de la empresa.*

Otro de los elementos determinantes de la laboralidad incluidos en el art. 1.1 ET viene referido a la dependencia en la relación de trabajo. Exigiéndose, de esta manera, que la prestación se desarrolle dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. Independientemente de las distintas fórmulas de realización del trabajo que analicemos, (teleoperadores, teletrabajadores, economía colaborativa etc.), cuando se trabaja

⁴³² Vid MELLA MENDEZ, L. en “Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: Contenido general y propuestas de mejora”, RDSE, Núm. 6, 2016, Pág. 15.

Disponible en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/articulos_RDSyE_Num_6_2016_MELLA.pdf

accediendo a la intranet de la empresa desde un punto fijo o móvil, o mediante la virtualización del puesto de trabajo, se encuentra el elemento de la dependencia, al pasar a formar parte los empleados de un modelo de organización, siempre que la prestación personal y retribuida de servicios se realice atendiendo a las directrices de la empresa. En este sentido, resulta pacífica la aplicación de la presunción *iuris tantum* de laboralidad definida en el art. 8.1 ET, cuando entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe existe un acuerdo voluntario, caracterizado por “*la ajenidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios*”⁴³³.

Generalmente, los indicios más comunes invocados por la jurisprudencia para deslindar el arrendamiento de servicios de la relación laboral han venido ligados, tanto a aspectos como la asistencia al centro de trabajo, al lugar de trabajo designado por el empleador, o al sometimiento a un horario determinado. Es cierto que estos elementos desaparecen o se modulan con las TIC., motivo por el que, en defensa de la seguridad jurídica, se debe insistir en la necesidad de su regulación. Junto a ello, se han utilizado otros hechos indiciarios de dependencia, como el desempeño personal del trabajo, admitiéndose la compatibilidad de puntuales suplencias o sustituciones, así como la falta de una organización empresarial propia del trabajador».

No resulta una novedad, por otra parte, el hecho de que las distintas respuestas dadas por el ordenamiento jurídico hayan variado a lo largo del tiempo. Las cuales han estado siempre precedidas de un intenso debate doctrinal, habitualmente zanjado por la doctrina unificada del TS, al reconocer que la calificación de los contratos de trabajo no depende tanto de la denominación otorgada por las partes contratantes sino “*de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto*”⁴³⁴. Es por ello, por lo que la doctrina iuslaboralista afirma que, la interpretación que el Derecho del Trabajo realiza sobre la relación laboral, tiene un carácter dinámico, abierto y flexible, en función de las circunstancias. De hecho, RODRÍGUEZ PIÑERO, reconoce la “*necesidad de un margen de autodeterminación en el contrato de trabajo en aras de lograr una mayor flexibilidad para adecuar la gestión del trabajo a las experiencias de la empresa y del sistema*”

⁴³³ STS 2773/2005 de 3 de mayo de 2005, recurso 2606/04 ECLI:ES:TS:2005:2773, (FJ 4 y 5). Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&referenc e=4634326&links=%222606%2F2004%22&optimize=20050630&publicinterface=true> [consulta: 8 junio 2018]

⁴³⁴ Por todas STS de 23 de noviembre de 2009, Sala de lo social, RCU 170/2009, ECLI: ES:TS:2009:8549, relativa al despido de un arquitecto en el ayuntamiento de Proaza en Oviedo, respecto del que reconoce carácter laboral de la relación. (FJ2, 3, a). Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&referenc e=5055133&statsQueryId=111036818&calledfrom=searchresults&links=%22170%2F2009%22&optimize=20100304&publicinterface=true> [consulta: 14 mayo 2017]

económico”⁴³⁵. Lo que se ha traducido en el replanteamiento del papel de la autonomía contractual en el Derecho del Trabajo, así como la aplicación de algunos principios y reglas civiles.

Con todo, una primera aproximación permite detectar determinados indicios de laboralidad en algunas de las nuevas formas de trabajo. Para lo cual, inicialmente, habría de determinar si se cumple con el componente jerárquico en la organización en la que participe el trabajador. Debiendo revestir el trabajador la condición de ser humano, es decir persona física (para distinguirlo del robot)⁴³⁶. Además, resulta ilustrativo el análisis del clausulado del pacto suscrito, por el que el trabajador se pone a disposición del empresario, dentro de un determinado horario, una jornada, o bien en una horquilla de tiempo durante la que se han de prestar los servicios. Y junto a ello, en tercer lugar, que debe analizar si se dispone de algún sistema de control, tanto si es ejercido directamente por el empresario, como si se lleva a cabo a través de la participación *ex post* el cliente, a través de encuestas de satisfacción o sistemas de evaluación de la actividad. Ya que todos ellos permiten medir la calidad del servicio que se presta, valorarla y adoptar medidas correctoras, si proceden. Por lo que, en definitiva, para realizar una aproximación a la laboralidad, resulta más aconsejable realizar un análisis de los procedimientos utilizados por el empleado y la evaluación del trabajo, que limitarnos a valorar la calificación jurídica otorgada al contrato.

Tampoco debería existir problema alguno, conforme a lo dispuesto en el art. 10.3 ET, en que el teletrabajador pacte por escrito con el empresario la asociación a su trabajo de un auxiliar o ayudante. En tal caso, como dispone la norma, el empresario del teletrabajador, lo será también de su colaborador, no quedando alterada la obligatoria concurrencia del carácter personal del trabajo.

⁴³⁵ RODRIGUEZ PIÑERO, M., *Tres décadas de relaciones laborales en España*, Pág. 105. (cit. supra, nota núm. 413).

⁴³⁶ No se comparten por la autora opiniones como la de Bill Gates en defensa de que las empresas tributen por utilizar robots o que los robots coticen a la seguridad social. Propuestas de imposible encaje con la voluntariedad exigida en el art. 1.1 ET, así como en el TRLGSS, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que en su art. 136.1 obliga a incluir en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, a los trabajadores por cuenta ajena y los asimilados, salvo que por razón de su actividad deban quedar comprendidos en el campo de aplicación de algún régimen especial de la Seguridad Social. La condición humana, por tanto, resulta un requisito indispensable para la inclusión en alguno de los regímenes previstos en la LGSS española.

No se comparte por la autora la propuesta de considerar a los robots “personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar”, cuando los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente. (Vid supra, nota núm. 129).

4.1.5.3 La retribución del servicio prestado

El Real Decreto 1658/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, del ET en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, determina las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral que el empresario debe poner en conocimiento del trabajador. Se establece en este marco el derecho del trabajador a ser informado sobre La cuantía del salario base inicial, así como de los complementos salariales y la periodicidad de su pago (art. 2 e) RD 1658/1998). Exigiéndose también la obligación de informar al empleado sobre la duración y la distribución de la jornada ordinaria laboral ex art. 2 f). Sin embargo, si bien la norma lo circunscribe a relaciones de trabajo superiores a cuatro semanas⁴³⁷, sería deseable su adaptación a la realidad de gran parte de los trabajos vinculados a la economía digital, que en ocasiones tienen una duración inferior a la semana, e incluso de horas durante un día.

En esta misma línea, el principio núm. 5 del pilar europeo de derechos sociales⁴³⁸ dispone que, *“con independencia del tipo y la duración de la relación laboral, los trabajadores tienen derecho a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo, así como al acceso a la protección social y a la formación, y que debe fomentarse la transición hacia formas de empleo por tiempo indefinido”*. Debiendo compatibilizarse tal reconocimiento con la necesidad de garantizar en los Estados miembros la flexibilidad necesaria, para que los empresarios puedan adaptarse con rapidez a los cambios en el contexto económico. Por este motivo, el Parlamento europeo ha impulsado la adopción de una Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea⁴³⁹. Siendo su objetivo que las formas innovadoras de trabajo garanticen condiciones de trabajo de calidad, se fomente el espíritu empresarial y el trabajo por cuenta propia y se facilite la movilidad profesional. Evitándose, así, las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, la utilización abusiva de contratos atípicos, o los períodos de prueba desmedidos.

En el caso del ordenamiento español, como elemento diferenciador entre una relación laboral y otras formas de prestación de trabajo, establece el ET la obtención de un rendimiento económico, más o menos fijo, vinculado al elemento de la ajenidad. Lo que permite al trabajador percibir un salario, con independencia del resultado final de la

⁴³⁷ Téngase en cuenta también que el precepto excluye de tal obligación a las relaciones laborales especiales del servicio del hogar familiar, y de los penados en las instituciones penitenciarias.

⁴³⁸ Proclamado en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017,

⁴³⁹ La posición del Parlamento europeo ha sido aprobada el 16 de abril de 2019. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0797&from=ES> [consulta: 3 mayo 2019]

actividad realizada (ajenidad). De esta manera, la obtención de un salario puede revestir diversas fórmulas tanto en la periodicidad de su abono, así como en la existencia de conceptos fijos. Indicios todos ellos que, en conjunto con las demás notas características, vendrían a avalar la laboralidad de una relación.

Con lo cual, junto a las notas definitorias de la laboralidad, como la ajenidad o la dependencia, debe valorarse también el sistema de retribución, como elemento diferenciador. Así, frente al contrato de arrendamiento de servicios en el que se produce un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo, a cambio de un «precio» o remuneración de los servicios, en la relación laboral, el intercambio de obligaciones y prestaciones consiste en un trabajo dependiente por cuenta ajena, que se lleva a cabo a cambio de una retribución garantizada legal o convencionalmente.

Por otra parte, no debe olvidarse que la nueva redacción del art. 13.3 ET dispone la igualdad de derechos de los trabajadores a distancia, respecto a los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa. Con lo que surge el derecho a percibir, al menos, la retribución total establecida para su grupo profesional y sus funciones. Siendo las únicas excepciones, en materia de igualdad de derechos, aquellas que vienen referidas a los derechos reconocidos por razón de la realización del trabajo presencial, y por tanto exclusivos del mismo.

4.1.5.4 La igualdad de derechos básicos del teletrabajador

Ciertamente, el art. 13.3 ET consagra tal igualdad para los trabajadores, independientemente del lugar de prestación de sus servicios (en el centro de trabajo o fuera de él). Esto incluye no solamente los derechos de información sobre los elementos esenciales de la relación mencionados anteriormente, sino que además impone al empresario la obligación de establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de los trabajadores a distancia a una formación profesional continua, para, así, favorecer su promoción profesional. Llámese la atención del lector sobre la constante demanda de formación en habilidades digitales apreciada por distintos informes internacionales⁴⁴⁰. Constituyendo ésta, una de las grandes debilidades de la economía digital española.

Asimismo, por otra parte, el precepto refleja el derecho de movilidad y de promoción profesional, mandando al empresario a que cumpla con el deber de informar, a los

⁴⁴⁰ Como se expone en la introducción, los informes de la OCDE, así como de la UE destacan la necesidad de avanzar en la formación digital de los recursos humanos en nuestro país.

trabajadores a distancia, sobre los puestos de trabajo vacantes presenciales que puedan existir en los distintos centros de trabajo de la empresa.

Además, el apartado 4 del art. 13 ET también atribuye a los trabajadores a distancia el derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud, siendo de aplicación la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y su normativa de desarrollo. Lo cual requiere focalizar la evaluación de riesgos y las políticas preventivas a las singularidades del puesto de trabajo a desarrollar.

Finalmente, se extiende el principio de igualdad ex apartado 5 del art.13 a los derechos de representación colectiva reconocidos en el Título II del ET. Motivo por el que los teletrabajadores quedan, a tal efecto, adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa.

Por todo lo expuesto, habría que entender, en conclusión, que todos los trabajadores, con independencia de la prestación de servicios de forma presencial o virtual, son titulares, en condiciones de igualdad, de los derechos laborales reconocidos en el art. 4 del ET. Con lo que resulta obvio, a partir de aquí, que es precisa una armonización de los derechos reconocidos a los trabajadores en nuestro entramado jurídico, para evitar situaciones de desprotección de los derechos de los trabajadores.

4.1.5.5 La titularidad de los medios de producción

Cualquier relación de trabajo por cuenta ajena requiere la preexistencia de un empresario, titular de la organización en la que se presta la actividad laboral. Por ello, en el análisis de las nuevas formas de trabajo vinculadas a la economía digital realizadas a distancia, habrá de determinarse la existencia y titularidad de una estructura empresarial en la que desarrollar la actividad, pudiendo calificarse, en base a ello, un trabajo como autónomo o por cuenta ajena.

En este caso, resulta conveniente realizar un análisis de los bienes de equipo (entre ellos las TIC) de titularidad empresarial puestos a disposición del trabajador para la prestación del servicio. Con lo que el elemento a considerar, para valorar si una relación es laboral o no, reside en la trascendencia de la cesión de distintas tecnologías (el software, el hardware, los dispositivos electrónicos, así como cualquier otra herramienta tecnológica indispensable para la realización del trabajo), de las que la empresa es titular. De manera que, si resultan indispensables para la prestación de los servicios contratados, tal circunstancia constituye un indicio adicional de la ajenidad de la relación.

4.1.5.6 *La posición dominante de las superstarfirms frente a la debilidad del empleado persona física*

La pobreza normativa de la regulación de las tecnologías en las relaciones laborales merece una crítica adversa. Por ello, la demanda de un marco delimitación de su utilización resulta incuestionable para garantizar el respeto de los derechos laborales. Debe tenerse en cuenta que la evolución de la economía digital ha situado, en una posición dominante en los mercados, a un pequeño número de empresas, denominadas *superstarfirms*, surgidas a raíz de la Cuarta Revolución Industrial. Tales modelos de negocio se encuentran basados en fortalecer la oferta y la demanda de la economía de escala, dando lugar a las dinámicas anunciadas hace décadas por SAMUELSON⁴⁴¹ denominadas “winner-takes-most”⁴⁴². En las que el que gana, se lleva la mayoría de la riqueza generada.

Debe alertarse al lector sobre la tendencia de la economía global dirigida a concentrar mercados de mayor tamaño, mediante los cuales se absorben grandes cuotas de mercado por parte de un número reducido de estas empresas. Tal circunstancia anuncia un riesgo cierto de incidir negativamente en la conquista de derechos laborales. A esta misma conclusión llegan los expertos, mereciendo una referencia expresa el informe de las previsiones de empleo para 2018, *OECD Employment Outlook 2018*⁴⁴³. Tal fenómeno también ha sido analizado en el Simposio Económico celebrado en agosto de 2018, del Banco de la Reserva Federal en EU⁴⁴⁴ “*Cambiando la Estructura del Mercado y las Implicaciones para la Política Monetaria*”⁴⁴⁵. En el que se ha puesto en evidencia el poder de nuevas empresas como Google o Amazon, y el desafío estructural e intelectual que

⁴⁴¹SAMUELSON, P.A., NORDHAUS, W.D. *Economía*, Mc. Graw Hill, 18º Pág. 214

⁴⁴² Los economistas vienen anunciando desde hace décadas los riesgos de los monopolios, así como la dinámica “del ganador se lleva todo” en los mercados. implica una intensa rivalidad en las primeras etapas, entre pocos competidores una vez que la tecnología ganadora ha surgido. Por otra parte, los mercados de red son a menudo de inercia, por lo que una vez que un producto ha conseguido una ventaja sustancial, es muy difícil que otros productos consigan estar a la altura, lo que alimenta el ansia de las empresas por obtener una ventaja temprana sobre sus rivales. SAMUELSON, pág. 113 (cit. supra, nota núm. 441). Téngase en cuenta que la Comisión Europea ha sancionado hasta en tres ocasiones a Google por abuso de posición dominante con multas que suman en total 8.257 millones de €.

⁴⁴³ Vid pág. 60 del informe de la OCDE sobre previsiones de empleo 2018. (Cit. supra, nota núm. 74)

⁴⁴⁴ El Banco de la Reserva Federal de Kansas City convoca cada año en Jackson Hole, un foro sobre política económica, donde se reúnen la mayoría de los responsables de los bancos centrales, así como a políticos, académicos y economistas de todo el mundo. Concretamente, en el acto celebrado en agosto de 2018, se han analizado los retos a los que se enfrentan las economías.

⁴⁴⁵ Los informes del simposio económico “Changing Market Structures and Implications for Monetary Policy” se encuentran disponibles en:

<https://www.kansascityfed.org/publications/research/escp/symposiums/escp-2018> [consulta: 30 agosto, 2018]

representan. Y ello porque utilizan sus datos para predecir el crecimiento de las ventas regionales o la pérdida de empleos con una agilidad mayor a la que históricamente han tenido los bancos centrales y otros organismos que, si bien tradicionalmente han tenido una visión más completa y precisa del estado de la economía, han quedado relegados a una segunda posición frente al rápido crecimiento de las TIC⁴⁴⁶. Lo cual provoca que, actualmente, estas empresas creen una dinámica del mercado, que les permite disponer de información más completa, precisa y oportuna que los reguladores.

De forma que, dado que la información es poder, su capacidad para alterar las condiciones sociales evidencia, con una claridad meridiana, la fragilidad e inestabilidad de la economía de mercado. Motivo por el que debería ser abordado por el legislador, a fin de preservar los estándares del estado de bienestar, y evitar la conflictividad social.

De esta manera, la excesiva concentración corporativa podría debilitar el marco de derechos sociales de los trabajadores alcanzado en el Estado del bienestar, perjudicando sus condiciones laborales y salariales. Por el cual, es preciso que las instituciones hagan frente a este nuevo escenario, dotando al sistema de relaciones laborales de marco que reequilibre la posición de superioridad de las *superstarfirms*, que pueden controlar los precios de los bienes y salarios, al haberse convertido en los nuevos líderes de la economía y del empleo⁴⁴⁷. En consecuencia, resulta obligada una adaptación adecuada del marco jurídico, con el fin de que queden garantizados los derechos básicos de los trabajadores que prestan sus servicios en los nuevos modelos de negocio de la economía digital.

4.2 La realidad de la economía colaborativa como oportunidad para la creación de nuevos puestos de trabajo

La economía colaborativa es definida por EUCoLab como *“un sistema social y económico que permite a las personas compartir acceso a sus activos, recursos, tiempo y habilidades*

⁴⁴⁶ Vid los comentarios de SCHOAR, A. del Instituto de Tecnología de Massachusetts. Disponible en: <https://www.kansascityfed.org/~media/files/publicat/sympos/2018/papersandhandouts/824180817scholarhandout.pdf?la=en> [consulta: 2 septiembre 2018]

⁴⁴⁷ Uno de los ejemplos expuestos en el foro es el caso de *Amazon* y su posición dominante en el mercado europeo, lo que le está permitiendo ajustar los precios a la demanda de forma automática. Un hecho que afecta a la fijación de los precios y con ello a la inflación y en consecuencia a la política monetaria. Lo mismo ocurre con el ejemplo de *Alibaba* en el comercio de Oriente, o bien, de Microsoft, Facebook o Google respecto a las TIC y la digitalización. Estos casos concretos han llevado a la conclusión en el foro de que, en la actualidad unos pocos actores están controlando los principales sectores de la actividad, posicionándose a un mismo nivel la microeconomía con la macroeconomía.

a través de tecnologías de red y comunidades entre iguales⁴⁴⁸". Se trata de un nuevo entorno, basado en la economía digital, que ofrecen las distintas plataformas virtuales, afectando a diferentes formas de prestación de servicios. De tal manera que, si bien en algunos supuestos, la actividad desarrollada carece de consecuencias laborales, al tratarse de actividad (gratuita) entre particulares, en otros casos, afloran modelos de prestación de servicios que reúnen las características necesarias para ser considerados como trabajadores por cuenta ajena.

De acuerdo con esta precisión, se puede avanzar una primera categoría de plataformas dedicadas al intercambio de bienes, ya sea mediante el alquiler o compartiendo sus bienes (vehículos, viviendas o cualquier otro bien). Las cuales permiten poner en común oferta y demanda entre particulares. Se trata de las plataformas denominadas "*peer communities*", en las que, como cualquier otra transmisión entre particulares, a la que no se aplica el Impuesto sobre el Valor Añadido, estaría sujeta en nuestro país, a efectos fiscales, al impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos documentados. No precisando un alta especial de actividad fiscal. Con lo que, tratándose de una actividad sometida al derecho civil, no se encuentra incluida en el ámbito de estudio de este trabajo.

Junto a ellas también han surgido otro tipo de plataformas digitales profesionalizadas que actúan como intermediarios en las relaciones empresa-cliente. Constituye esta categoría de plataformas colaborativas un ejemplo de negocio en el que habitualmente surge la prestación de servicios de trabajadores por cuenta ajena, bajo el poder de organización y dirección de la empresa responsable de la plataforma digital. Desde un punto de vista práctico, deben ser analizados estos supuestos caso por caso. Ya que la empresa responsable de la plataforma utiliza diversas fórmulas jurídicas para formalizar la relación de trabajo, haciendo uso en unas ocasiones de la fórmula del contrato civil bajo el régimen del empleo autónomo, y en otras, de forma más residual, el contrato de trabajo por cuenta ajena. En principio, no existe una única fórmula, pero resulta aconsejable analizar las circunstancias en las que se lleva a cabo la prestación de servicios, para así determinar cuándo nos encontramos ante una relación laboral o de carácter autónoma.

Resulta, a estos efectos, una práctica cada vez más habitual la utilización de las tecnologías para la ampliación de negocio de las empresas, ya sean propias o compartidas

⁴⁴⁸ Vid el informe de 2016 del Foro Europeo de Economía Colaborativa, "*Aprovechar los beneficios sociales y económicos de la economía colaborativa*" en el que se define la economía colaborativa en los siguientes términos: "The collaborative economy can be defined as a social and economic system which allows people to share access to their assets, resources, time and skills through network technologies and peer communities". Pág. 5.

mediante acuerdos de colaboración. El procedimiento consiste en utilizar una plataforma virtual para ampliar la actividad empresarial⁴⁴⁹, normalmente incrementando el fondo de comercio. En estos supuestos, se puede distinguir entre dos ámbitos empresariales perfectamente diferenciados. El primero de ellos, se concentraría en el núcleo de la actividad, integrado por una estructura básica de la empresa, que responde a los criterios tradicionales de empresa y trabajador por cuenta ajena. Y complementariamente al mismo, surge el espacio tecnológico, que aporta el valor añadido de la economía digital a la empresa tradicional, para ampliar su mercado de negocio objetivo. Tal es el caso de plataformas de *Marketplace*⁴⁵⁰ como *Amazon, Ebay, Aliexpress, Vente Privée, Google Shopping, o Walmart etc.* que se limitan a la venta *on line*, mediante acuerdos de asociación con empresas, particulares o autónomos. Se trata de nuevas formas de distribución que no solo han supuesto una verdadera revolución en el sector, sino que han obligado a adaptarse al *e-commerce*, además de a los comercios tradicionales, a sus empleados.

En tal caso, las tecnologías facilitan la ampliación de clientela, dando una mayor visibilidad a los productos, fabricantes, distribuidores o cualquier tipo de empresas, abriendo un segundo canal de ventas. Quedando así el sistema de venta física tradicional complementado inexorablemente por la venta *on line*, a través de una plataforma virtual, a cambio de una comisión, o por gestión directa de la venta telemática. De esta forma, cada empresa dispone de su propia actividad organizativa y del control directo de sus productos, funcionando las plataformas, como señalábamos, como un canal de intermediación entre oferta y demanda. Procedimiento que facilita enormemente la viabilidad del comercio minorista, pero que al mismo tiempo, exige la formación del personal para adaptarse a los requerimientos del mundo digital.

Muy relacionado con el anterior modelo de economía colaborativa, surgen distintas fórmulas consistentes en plataformas de empresas virtuales que comercializan las denominadas “marcas blancas” de productos elaborados por terceras empresas. De tal manera, la actividad se realiza a través de plataformas gestionadas por empresas

⁴⁴⁹ Lo analiza GINÈS FABRELLAS, A., “Diez retos del trabajo en plataformas digitales para el ordenamiento jurídico-laboral español”, RTSS, CEF, Núm. 425-426, 2018, Pág. 89 y ss.

⁴⁵⁰ Algunas de ellas, nacionales, a modo de ejemplo la empresa aragonesa *Certicalia* que facilita el contacto entre usuarios y más de 7.000 profesionales españoles, entre autónomos y pymes, para realizar más de 240 trámites técnicos de ingeniería, como certificaciones o diversos trámites relacionados con viviendas, locales o naves industriales. En este caso la plataforma no es más que un cauce facilitador de la intermediación entre un profesional liberal y un cliente usuario. Disponible en: <http://www.eleconomista.es/aragon/noticias/9176972/05/18/Certicalia-crea-una-plataforma-online-para-hacer-240-tramites-tecnicos-en-un-clic.html> [consulta: 12 junio 2018]

“digitales” con funciones de distribución. Para lo cual, se precisa conocer cuáles van a ser los bienes más demandados, para posteriormente adquirirlos o llegar a acuerdos de comercialización bajo el nombre de la marca de la empresa “digital”. Esta modalidad de nuevas empresas centra su política comercial en la información obtenida tras el tratamiento de datos relativos a los niveles de rotación de los productos, conforme a las demandas de los usuarios, la calidad del producto y precios más ventajosos. De tal manera que, una vez conocida la tendencia del mercado, tras el análisis del *big data*, se subcontrata la fabricación a otras empresas, para comercializar bajo su propia marca y desde su misma plataforma, con mayor nivel de imposición de precios y calidades, en función de la posición más o menos dominante que tenga en el mercado digital. Tal circunstancia condiciona la rentabilidad del negocio a la reducción de los costes, lo que podría afectar igualmente a las condiciones laborales (especialmente económicas) de los empleados.

Junto a los anteriores, existe otro modelo de negocio de distribución denominado *Dropshipping*⁴⁵¹, que comprende una organización empresarial en la que discurren dos espacios perfectamente diferenciados. El de la empresa *on line*, tiene asumidas funciones de mera intermediación, responsabilizándose exclusivamente de gestionar la atención al cliente, de la facturación, de las reclamaciones etc. Junto a ello, desempeña otro tipo de iniciativas no menos importantes vinculadas al *big data*, entre las que se encuentra generar y explotar las bases de datos. Mientras tanto, la empresa mayorista *off line*, se encarga de elaboración, almacenamiento, empaquetado y distribución del producto al consumidor final en unos supuestos, o de prestar el servicio, a nombre de la empresa *on line* en otros.

Como resultado de ello, se acredita la expansión de modelos emergente de negocios basado en plataformas virtuales, cuyo entorno está generando nuevos puestos de trabajo, respecto a los que, inicialmente, cada empresa cuenta con plantilla o servicios de *outsourcing* para realizar su cometido. Con lo cual, la cada vez mayor proliferación de diferentes plataformas virtuales obliga a una redefinición de las notas configuradoras del concepto de trabajador por cuenta ajena, de manera que se ofrezca una adecuada protección por el Derecho laboral a estas nuevas formas de trabajo que surgen en su entorno. Y junto a ello, y no menos importante, pasa a constituir un valor estratégico de primer nivel el *big data*. De ahí la importancia de contar con una visión global y paralelamente de intentar evitar que trascienda la información de la esfera empresarial.

⁴⁵¹ Entre los que se encuentran distintas plataformas conocidas de intermediación como *Magento*, *Prestashop*, o *Shopify*

4.2.1 El estudio del caso de *Riders* y *Globers* en la economía colaborativa

Dentro de las nuevas fórmulas de economía digital comentadas, han aparecido fórmulas de prestación de servicios, entre las que se encuentran los denominados “*rider*”⁴⁵² o los “*Glover*”⁴⁵³. Se trata de trabajadores que prestan sus servicios para empresas de reparto a domicilio en grandes ciudades, bajo la modalidad, mayoritariamente, de trabajadores autónomos. Lo que unido a la presión social⁴⁵⁴ dirigida a reconocer condiciones laborales dignas aconseja la regulación de las nuevas realidades de prestación de trabajo, como es el caso de la economía “*on demand*”. Sin embargo, aunque no se trata de un fenómeno generalizado en las relaciones de trabajo, resulta conveniente dar respuesta adecuada en el ordenamiento jurídico, a la mayor brevedad, a estas fórmulas jurídicas, por seguridad jurídica y para evitar situaciones de abuso por la utilización de la figura de falsos autónomos⁴⁵⁵.

De tal manera, el verdadero desafío para encuadrar adecuadamente la relación de trabajo se encuentra en detallar las circunstancias en las que se prestan estos servicios, especialmente respecto de aquellos que se puedan encontrar en las denominadas “zonas grises”⁴⁵⁶. Siendo que, de esta manera se podría determinar en qué supuestos nos

⁴⁵² *Deliveroo* es una sociedad intermediaria de economía colaborativa que utiliza su plataforma web y una aplicación para poner en contacto a propietarios de los restaurantes asociados, con los clientes que ordenan comidas a través de su plataforma, encargándose los “*rider*” de entregar los pedidos que se realicen. Aunque en España es la mercantil ROOFOODS SPAIN S.L.U. la titular de la plataforma virtual, nos referiremos a ella a través de su nombre comercial “*Deliveroo*”. El modelo consiste en que los clientes se registren a través de una aplicación informática (APP), compren y paguen cualquier comida o bebida de la relación de restaurantes adheridos a la plataforma. El producto es posteriormente transportado por el repartidor desde el restaurante al lugar solicitado. En el mismo sentido, la figura del “*Glover*” es el repartidor para la plataforma *Glovo*. Figuras, en ambos casos que han sido objeto de interpretación por la ITSS y los Juzgados de lo Social en España.

⁴⁵³ La figura del “*rider*”, corredor, o del “*Glover*” es el término anglosajón utilizado para la denominación del repartidor, que ha surgido en empresas de distribución a domicilio (*Deliveroo*, *Glovo*, *Uber Eats*, o *Just Eat etc.*). La denominación de corredor encaja con el modelo que exige rapidez en los repartos para obtener un mayor salario.

⁴⁵⁴ A ello ha contribuido el atropello de un rider, así como los procesos judiciales incoados a instancia de la ITSS en reclamación de las cuotas de afiliación a la Seguridad Social.

⁴⁵⁵ Reconociendo la bondad de la adaptación de la regulación jurídica por seguridad jurídica, algún sector de la doctrina que afirma con énfasis que la regulación de la Uber economy, pueda ser una cuestión de ahora o nunca. O sobre que el avance de la integración de las tecnologías no permite esperar a que el sector tecnológico alcance su madurez, ya que para entonces el statu quo de las relaciones laborales ha podido saltar por los aires por el abuso de las posiciones dominantes del lobby tecnológico cft. Con TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, Pág. 70.

⁴⁵⁶ Analiza las distintas figuras, MARTÍN VALVERDE, A., “Fronteras y «zonas grises» del contrato de trabajo: reseña y estudio de la jurisprudencia social (2002-2008)”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Núm. 83, 2009, pág. 15-40. Disponible en:

encontramos ante un trabajo por cuenta ajena, incluido en el marco del ET, y cuando ante una prestación autónoma. Lo que, por otra parte, no difiere, en gran medida, de los debates que tradicionalmente se han suscitado históricamente en el ámbito del Derecho del Trabajo a la hora de analizar los presupuestos de laboralidad. Es por ello por lo que la doctrina mayoritaria considera inadmisibles la inacción del legislador. Omisión que facilita a determinadas plataformas digitales un mejor posicionamiento, a costa de ganar competitividad mediante la inaplicación de los costes derivados del Derecho del Trabajo⁴⁵⁷, frente a aquellas que sí son respetuosas con el marco normativo laboral.

En relación con ello, conviene no perder de vista la respuesta sobre la calificación jurídica de tal relación en otros países (principalmente de la UE). Aunque, en la práctica, los órganos administrativos o judiciales en Europa, están ofreciendo diferentes interpretaciones jurídicas sobre los “*rider*” y los “*Glover*”, y con ello sobre si resulta, o no, aplicable el Derecho del Trabajo⁴⁵⁸.

En concreto, esta modalidad de trabajo, más extendida en grandes ciudades con un peso de población importante, se va incrementando exponencialmente. Su proceso de actividad se gestiona a través de una plataforma virtual, que permite realizar pedidos a domicilio, con opción de elección del momento concreto de entrega. Siendo precisamente los empleados quienes llevan a cabo las encomiendas del intermediario virtual. Con lo que, a falta de regulación al respecto, son candidatos a incluir en las citadas zonas grises del Derecho del Trabajo. Tal circunstancia constituye un aspecto de gran trascendencia práctica en las relaciones laborales, no solo por su conexión y sus implicaciones con el Derecho del Trabajo, sino también por sus efectos sobre el encuadramiento y cotización al sistema de Seguridad Social. De manera que la interpretación que se haga sobre estas figuras impacta directamente sobre los derechos de los empleados, así como sobre la financiación del sistema público de protección social.

4.2.1.1 *Unas pinceladas sobre la actuación de la Inspección de Trabajo*

En este contexto, merece ser destacada la labor realizada por la ITSS a resultas de la fiscalización en España de tales modalidades contractuales, y junto a ello la reciente

http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/83/est01.pdf

[consulta: 10 marzo 2017]

⁴⁵⁷ Vid TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Pág. 76. (cit. supra, nota núm. 455).

⁴⁵⁸ Téngase en cuenta que la última tendencia de Juzgados de lo Social de Valencia y Madrid difiere del criterio manifestado por otros Jueces de lo Social, así como por los tribunales franceses y de la Corte Suprema de Milán en Italia, respecto a los *Glover*.

doctrina emanada por los tribunales de primera instancia en la jurisdicción social. No obstante, debe advertirse sobre que este debate doctrinal, también se está produciendo en otros países de nuestro entorno⁴⁵⁹, con soluciones dispares. Lo que refuerza la propuesta de recomendación de disponer de normativa propia que regule y distinga los supuestos, que, por sus características, se encuentran en el marco de una relación laboral, de los que puedan tener un carácter mercantil o civil. En definitiva, la falta de adaptación del ET a la economía digital atribuye a los informes de la ITSS un extraordinario valor, como medio de prueba para el trabajador, con el fin de poder acreditar en el acto del juicio oral los elementos que condicionan la valoración jurídica o no de la laboralidad. De tal manera que, entre la prueba celebrada en la fase de juicio oral⁴⁶⁰, la presunción de certeza sobre los hechos constatados por la IT, ex art. 151.8, párrafo 2, de la LIS, otorga a las actas de la Inspección un valor y un peso especial en la decisión final del juzgador. Con lo que, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los derechos e intereses de la empresa se puedan también aportar, las actas ilustran también al órgano judicial para concluir sobre la calificación jurídica de la relación de trabajo⁴⁶¹.

Por lo que respecta a esta actuación inicial de la ITSS⁴⁶², una vez analizada la relación jurídica de los *rider*, la inspección ha concluido con la extensión de diversas actas de liquidación junto a la existencia de alta en el régimen general de la Seguridad Social, considerándose irregular la contratación civil o mercantil de los empleos analizados. En resumen, merece poner en valor la actividad de la institución de la ITSS, dirigido a impulsar el reconocimiento de la relación laboral, en aquellos supuestos en los que realmente así concurre, exigiendo a la empresa la regularización de las cotizaciones oportunas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social conforme a la nueva

⁴⁵⁹ Vid la sentencia de 9 de noviembre de 2017 del Tribunal de apelación de París que niega la existencia de relación laboral entre dos repartidores y la sociedad *Deliveroo France*. El Tribunal se basa en la libertad para elegir horario, jornada, incluso si se trabajaba o no, ya que los repartidores eligen cada semana sus días, sus horas o su rango de trabajo, así como la inexistencia de subordinación para concluir que la relación no es de trabajo, entendiendo que no es comparable la situación de los demandantes con un contrato a tiempo parcial. Disponible en:

<https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2017/C125532D4DDC78DA11AE2> [consulta: 2 abril 2018]

⁴⁶⁰ Téngase en cuenta que aun cuando por aplicación del art. 148 d) podría haberse iniciado procedimientos de oficio, dentro de un proceso liquidador que no ha llegado a término, la interpretación judicial que va surgiendo trae como causa la extinción de contratos de trabajo.

⁴⁶¹ Tienen especial valor en el acto de juicio las actas de la ITSS al tener atribuida la presunción de certeza respecto de los hechos que se reflejan en ellas, al haber sido constatados por el inspector que las ha elaborado ex art. 23 de la ley 23/2015, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁴⁶² Hasta la fecha, ha trascendido la actuación de las Inspecciones de Trabajo en Valencia, Madrid y Barcelona, en cuyas actas obliga a dar de alta a los repartidores en el régimen general de la Seguridad Social, rechazando la posibilidad de que los trabajadores sean calificados como TRADE, motivo por el cual ha trascendido que las cantidades reclamadas por cuotas a la SS se elevarían a 1,3 millones de €, lo que da idea del volumen de empleados que se encuentran contratados, a pesar de tratarse de negocios “incipientes”.

realidad de estos trabajos por cuenta ajena. Tratándose de una labor indispensable, hasta tanto se adapte el ET a la economía digital, por razones de seguridad jurídica y protección de los derechos de los trabajadores.

4.2.1.2 La judicialización de los conflictos en la economía digital

Junto al citado criterio emitido por la Inspección, por primera vez en España, han comenzado a pronunciarse en primera instancia distintos Juzgados de lo Social⁴⁶³, fallando, en algunos supuestos, a favor de la laboralidad de los contratos en la economía colaborativa. Muestra de ello es la declaración de improcedencia del despido de un 'rider', empleado en la empresa de economía colaborativa Deliveroo⁴⁶⁴, así como la declaración de nulidad del despido de un Glover, por vulneración de su derecho fundamental a la huelga⁴⁶⁵. Con lo cual, ambos fallos coinciden al considerar la relación de trabajo de carácter laboral, y no como trabajador por cuenta propia.

Considerando la admisibilidad de supuestos que puedan ser encuadrados en una relación autónoma, debe centrarse la atención sobre aquellos otros casos en los que las circunstancias acreditan la existencia de una relación laboral. De tal manera, surgen novedosas resoluciones judiciales que están fallando a favor de la declaración de laboralidad de la relación entre los repartidores demandantes en distintas empresas de economía colaborativa (*Deliveroo* y *Glovo*). Motivándose las decisiones judiciales en la concurrencia de determinadas notas características acreditadas en el juicio, como son la ajenidad y también la dependencia.

⁴⁶³ Vid Sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018, ECLI: ES:JSO:2018:1482. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&referenc e=8406292&links=&optimize=20180604&publicinterface=true> [consulta: 6 septiembre 2018]

⁴⁶⁴ Vid la web de los servicios de *Deliveroo* como empresa cuyo objeto consiste en facilitar al usuario cualquiera de los servicios de catering que ofrece en su página web, procedentes de diversas empresas de restauración con las que tiene suscritos contratos de colaboración. Según define en su web, los datos personales de sus usuarios se utilizan para predecir las demandas de los clientes, evaluar de forma eficiente la distribución de pedidos en función de la ubicación de los restaurantes, de los clientes y de los repartidores (*riders*) que deben utilizar un sistema de geolocalización. Disponible en: <https://deliveroo.es/es/> [consulta: 28 abril 2017]

⁴⁶⁵ Vid S Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, 53/2019, de 11 de febrero de 2019, autos 2014/2018. ECLI: ES:JSO:2019:279. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&referenc e=8683712&links=%2253%2F2019%22&optimize=20190306&publicinterface=true> [consulta: 25 febrero 2018]

4.2.1.3 *La declaración de improcedencia en el caso Deliveroo*

En este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018, utiliza distintos argumentos, vinculados a la economía digital para concluir que el encuadramiento de la figura del repartidor no se corresponde con es una relación autónoma, sino con una relación laboral por cuenta ajena. Por lo cual, conviene realizar un análisis de la argumentación del órgano judicial en la que basa la declaración de improcedencia del despido, para delimitar las singularidades que se aplican a esta nueva forma de trabajo.

Con carácter previo a un análisis más detallado, se pueden avanzar los siguientes argumentos utilizados en la sentencia, en la que la juez destaca a) el ejercicio del control empresarial de la prestación de trabajo a través de la geolocalización; b) la acreditación de la titularidad de la empresa de la estructura tecnológica, con base en la cual se desarrolla en proyecto empresarial. Por otra parte, se acredita que c) es la empresa quien fija el precio del servicio a pagar al *rider* por su trabajo prestado. Extremo sobre el que el empleado carece de facultad de disposición; e) además, destaca la resolución judicial que la competencia de organización y dirección corresponde en exclusiva a la empresa. A lo que se suman dos poderosos argumentos a favor de la laboralidad relacionados indirectamente con las TIC, por un lado, la ajenidad en la información de la que dispone la empresa, tras la explotación de datos, así como, por otro, la ajenidad de la marca.

4.2.1.4 *El caso Glovo: ¿TRADE o trabajador por cuenta ajena?*

Por lo que respecta a la sentencia del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid, 53/2019, de 11 de febrero de 2019, autos 2014/2018, que declara la nulidad del despido de un huelguista de Glovo, se analiza de forma exhaustiva la laboralidad de la relación de trabajo (declarada como TRADE), dando cuenta de la casuística resuelta por los tribunales a nivel nacional y global⁴⁶⁶, así como de la recomendación 198/2006 de la OIT, en la que

⁴⁶⁶ Adviértase de la relación (todavía escasa) de supuestos en los que los tribunales han analizado el trabajo en plataformas digitales a los que se refiere la sentencia en su FJ 14^a. A nivel nacional, se han dictado distintas sentencias de instancia, de las que destaca la citada del Juzgado Social 6 de Valencia en sentencia de 1 de junio de 2018, que reconoce la improcedencia del despido de un rider, reconociendo la relación laboral. Mientras que los Juzgados 39 y 17 de Madrid en recientes resoluciones se han decantado en contra de esta calificación respecto de relaciones de glovers despedidos.

Por su parte recuerda la sentencia las resoluciones del Tribunal Superior del Condado de Los Ángeles en su decisión de 30-4-2018 en el caso *Dynamex Operations West* considera laboral la relación, salvo que se acrediten los siguientes extremos: (A) que el trabajador está libre del control y la dirección por la empresa, tanto en virtud del contrato para el desempeño del trabajo como de hecho; (B) que el trabajador realiza

se sugiere la inclusión de los elementos definitorios de la relación laboral. Circunstancia que se constata en el ET, pero que merece ser actualizada. Dado que las TIC han dado lugar nuevas formas de evaluación, control y retribución en las relaciones laborales. Motivo por el cual, ya no es preciso que sea ejercido el control directo por otra persona (el mando intermedio), sino que tal control se encomienda a sistemas automatizados (cámaras, ordenadores, sistemas de geolocalización etc.).

Según se desprende de la fundamentación jurídica de la sentencia, el trabajo desempeñado consiste en un servicio de transporte de mercancías, en el que la plataforma relaciona a cliente y proveedor, *“pero necesita de un eslabón adicional: la persona que ponga a disposición de aquellos los bienes elaborados por éstos”* (FJ 3). Con lo que se califica como *“relación contractual permanente “hibernada” que se actualiza con la asignación de cada microtarea concreta”* (FJ 10 A).

Junto a lo cual, debe tenerse en cuenta la circunstancia de la facilidad de acceder, a través de las tecnologías, a grandes cantidades de información, así como a su rápido y barato tratamiento. Lo que se lleva a cabo a través de algoritmos que facilitan la información necesaria sobre cuándo, cómo, dónde y con qué resultado se trabaja. Factor que facilita la *“vinculación de la retribución compensatoria del trabajo, no al tiempo en que el trabajador está a disposición sino al resultado de su actividad”* (FJ 2). Con lo que se da paso a un sistema de retribución de carácter variable (en lugar del salario fijo tradicional) que se ve incrementado o disminuido, en función del resultado de la actividad personal del trabajador, produciendo un efecto de traslado de parte del riesgo asumido por el empresario al trabajador.

Téngase en cuenta además la capacidad de selección del trabajador por parte de la empresa⁴⁶⁷, mediante el sistema de asignación de trabajo a cada repartidor analizado en

un trabajo no incluido en el objeto del negocio de la entidad contratante; y (C) que el trabajador desempeña otras actividades comerciales adicionales, de la misma naturaleza que el trabajo realizado. Por lo cual, por aplicación de estos criterios indiciarios al caso concluye a favor de laboralidad. Igualmente, la sentencia del Employment Tribunal of London el 26-10-2016 caso Aslam vs Uber aprecia también la laboralidad. Junto a la sentencia del Tribunal de Casación de Francia de 28-11-2018 en el caso Take it Easy, que revoca la Sentencia del Tribunal de Apelación de París, al apreciar la laboralidad de un repartidor de mercancías a través de una plataforma digital. En los mismos términos las sentencia caso Fodora de la Fair Work Comission de Australia de 16-11-2018.

Sintetiza los fundamentos utilizados (geolocalización, otras formas de control, dependencia, posibilidad de sustitución del trabajador) en distintas resoluciones de tribunales de justicia en distintos países del mundo, para discernir entre relaciones de trabajo y trabajo autónomo, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., *plataformas digitales y mercado de trabajo*, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, Pág. 70.

⁴⁶⁷ Adviértase que el FJ 9ª de la Sentencia citada del Juzgado de lo social núm. 33 de Madrid, 53/2019, determina que la empresa cuenta con un amplio elenco de repartidores, que conforman la mano de obra

la sentencia (pedidos)⁴⁶⁸. Para lo cual, la App selecciona al trabajador conforme al criterio de menor coste. Para ello, esta aplicación elabora un perfil de cada trabajador mediante el análisis del sistema de evaluación de repartidores, atendiendo a distintos parámetros tales como, la eficacia en las 40 últimas entregas, los pedidos realizados en las últimas 72 horas de alta demanda, el volumen histórico de pedidos realizados, además de la puntuación obtenida a consecuencia de la valoración de clientes y proveedores.

Visto lo cual, el órgano judicial analiza los argumentos a favor de la consideración como TRADE (FJ 6º) centrados en la libertad del repartidor respecto a determinadas decisiones: a) para seleccionar los días que trabaja y los que no; b) para decidir la franja horaria en la que trabaja; c) para rechazar dentro de esa franja horaria los pedidos asignados (incluso cancelar otros pedidos previamente por él seleccionados); d) para elegir periodos de descanso y vacaciones; y e) para organizarse en la prestación del servicio (medios de transporte, rutas etc.). Paralelamente a lo expuesto, el trabajador también asume parte de los costes de la actividad, ya que utiliza medios propios para realizar el servicio (de transporte y de comunicación). Y finalmente se destacan otros aspectos, como que no tiene un régimen de exclusividad con la empresa, así como que ha hecho frente al depósito de una fianza (30 euros) por el uso de otros accesorios propiedad de GLOVOAPP23 SL.

Frente a ello, entre los indicios existentes a favor de la laboralidad de la relación destacan: a) el alta automática en la base de datos de la empresa (para lo que el trabajador debe facilitar los datos personales y medios de que dispone) seguido de la suscripción del contrato elaborado por la empresa, sin capacidad de intervención en la conformación de su contenido. Lo que para el juzgador evidencia una *“inicial posición de desigualdad entre partes desde la que la relación ha quedado conformada”*; b) además, se desprenden distintos *“rasgos demostrativos de la sumisión del repartidor a las instrucciones de GLOVOAPP23 SL”*, tales como la duración de la jornada (40 horas); los criterios a seguir para la compra de productos y relaciones con el cliente final; diversas prohibiciones de uso, ya sea de distintivos corporativos propios o diferentes de los de GLOVOAPP23 SL, de la imagen corporativa en redes sociales o fuera del tiempo de trabajo, de revelación de secretos comerciales; la obligación de cuidar los comentarios en redes sociales; o las instrucciones sobre el procedimiento de comunicación con GLOVOAPP23 SL (preferentemente por correo electrónico); así como una relación de posibles vicisitudes

necesaria para cubrir los repartos (previa adscripción inicial) los distintos días y por franjas horarias. Mediante el *big data*, la App realiza las predicciones de demanda atendiendo a distintas circunstancias y en función de ello determina el número de repartidores que ocuparán las distintas franjas. Asignándose posteriormente por la empresa el trabajo, atendiendo al criterio del menor coste.

⁴⁶⁸ Vid Hecho probado 4º de la Sentencia citada del Juzgado de lo social núm. 33 de Madrid, 53/2019.

en el contrato (interrupciones justificadas de la actividad, y hasta las que dan lugar a la resolución del contrato, a instancia de GLOVOAPP23 SL, por incumplimiento contractual del repartidor). Adviértase, en este caso, que el contrato, incluso, contempla la autorización del trabajador para que terceros accedan a sus datos personales (FJ7º). Y finalmente, se considera relevante el procedimiento para determinar la contraprestación retributiva y su abono (FJ8º), mediante el libramiento de facturas semanales (elaboradas por la empresa), como muestra de que el pago no se efectúa por el cliente al repartidor, sino que es GLOVOAPP23 SL quien cobra del cliente, así como que posteriormente retribuye al repartidor.

Además, la ajenidad es reconocida por el Juzgado, dado que sería inviable para el repartidor la prestación del servicio desvinculado de la plataforma. Y ello porque *“el trabajo del repartidor carece de todo sentido si no se integra en la actividad empresarial de GLOVOAPP23 SL, integración que tiene lugar desde el momento en que cada microtarea se encomienda y acepta”*. Surge a partir de este momento la responsabilidad de la empresa frente a proveedores y clientes. Siendo la empresa quien factura por la actividad de transporte a proveedores y clientes. Con lo cual, la ajenidad en los frutos resulta evidente para el juzgador *“porque la demandada hace suyo el resultado de la actividad del repartidor, desplazándose también a GLOVOAPP23 SL los riesgos del trabajo prestado”*. Adicionalmente, aparece también la ajenidad en el mercado cuando la empresa *“se constituye como intermediario imprescindible entre la tarea del repartidor y su destinatario final”* (FJ 13º).

Tal cumulo de indicios lleva al Juzgado a concluir que la relación es laboral, existiendo un vínculo de subordinación por la naturaleza del trabajo, además de encontrarse remunerada (FJ. 15).

4.2.1.4.1 La geolocalización como instrumento de control empresarial

La geolocalización, como expresión de una relación dependiente que facilita la facultad de control empresarial, constituye una de las esenciales notas configuradoras de la relación laboral. Tal tecnología permite un control de seguimiento a distancia del trabajador, ya que *“geolocalización”*, permite estimar al empresario la ubicación geográfica del trabajador, con gran fiabilidad y un mínimo margen de error. Se trata de información de gran utilidad para el ejercicio de las funciones disciplinarias, así como para la optimización de la gestión de los recursos humanos.

Algunas pautas sobre la geolocalización ya han sido definidas por la AEPD⁴⁶⁹, que, sin perjuicio de justificar la legitimación del empresario para su utilización, en el marco del poder de dirección y control dispuesto en el art. 20.3 del ET, impone la creación de un fichero de obligada inscripción en el Registro General de Protección de Datos. Todo ello sin perjuicio de la obligación de informar al trabajador sobre su instalación, además de la prestación de consentimiento inequívoco del trabajador, como veremos, en determinados supuestos.

Adicionalmente a lo cual, también existen pronunciamientos de tribunales del orden social sobre la instalación de sistemas de geolocalización con GPS, para el seguimiento del trabajador, que pueden resumirse en la facultad de utilización por el empresario, sin perjuicio del deber de informar al trabajador, así como de respetar sus derechos fundamentales.

En concreto, la STSJ de Madrid, de 13 de octubre de 2009, vino a confirmar la improcedencia del despido de un trabajador, al que la empresa, sin previo aviso, ni comunicación de instrucciones o protocolos a seguir a sus empleados, instala sistemas de GPS en los vehículos de la empresa. Permitiendo, tal tecnología, conocer las ubicaciones de sus empleados, para posteriormente contrastar la información y constatar, en su caso, las diferencias entre la información de ubicaciones declarada en el parte de trabajo sobre la jornada laboral, con los datos obtenidos del reporte del sistema de geolocalización instalado en el vehículo. El argumento que utiliza el tribunal para justificar la improcedencia de tal medida se justifica en que *“la discrecionalidad nunca es sinónimo de arbitrariedad”*, y si bien se reconoce al empresario puede utilizar mecanismos de control, tal facultad conlleva una serie de responsabilidades, como es la obligación de informar con precisión y claridad a sus trabajadores sobre las reglas relacionadas con la jornada laboral⁴⁷⁰.

Esta misma línea interpretativa, centrada en que la publicidad o el ocultamiento de la aplicación de un sistema de GPS, puede determinar la procedencia o improcedencia de una medida disciplinaria, se sigue por el TS al inadmitirse el recurso de casación en

⁴⁶⁹Vid Informe 193/2008 del Gabinete Jurídico de la AEP.

⁴⁷⁰ Vid STSJ de Madrid, Sala de lo social de 13 de octubre de 2009, Recurso núm. 4032/2009 ECLI: ES:TSJM:2009:11970, sobre un GPS instalado en los vehículos de la empresa, bajo el salpicadero del vehículo de la empresa, completamente camuflado y accesible exclusivamente para personal técnico que dispusiese de herramientas adecuadas. La sentencia destaca la falta de información a los trabajadores, así como que, pese al hecho de existir discrepancias en los partes de varios trabajadores, solo se haya despedido a uno de ellos. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&referenc e=5020749&links=%22636%2F2009%22&optimize=20100128&publicinterface=true> [consulta: 7 abril 2017]

unificación de doctrina, mediante Auto del TS el 19 de julio de 2018⁴⁷¹. En tal caso, la resolución analiza el supuesto de un trabajador que alega en casación la nulidad de la prueba ilícitamente obtenida por vulneración del derecho a la intimidad y al tratamiento automatizado de datos. La inadmisión del recurso conlleva la confirmación de la Sentencia del Juzgado de lo Social y del TSJ de Andalucía, de 19 de julio de 2017, que desestimaba, en ambos casos, la pretensión formulada por el trabajador sobre despido. En este caso, la empresa utiliza la información obtenida por el GPS de localización instalado en el vehículo furgoneta conducido por el empleado despedido (quien alega desconocer el control ejercido por la empresa a los trabajadores de su categoría profesional -inspectores-), cuyos datos desvelan que este se encuentra fuera de su puesto de trabajo durante la jornada. En este supuesto, la publicidad de la instalación de GPS de localización queda acreditada por los términos del pliego de condiciones de la contratación del servicio, al constituir una de las exigencias prevista el mismo. Unido a lo cual, también es conocido por la plantilla que el procedimiento de control de los empleados se realiza mediante dos plataformas de control de gestión del servicio, una en la empresa (utilizada por el encargado y por los inspectores –como el demandante-) y otra ubicada en el Ayuntamiento. Tecnologías que permiten identificar la localización de los vehículos en servicio en cada momento.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si bien la información sobre la instalación de GPS, así como los fines perseguidos por el mismo resultan determinantes para la aplicación de medidas disciplinarias, debe advertirse que el uso de tal tecnología no es ilimitado. A este respecto, la STS de 21 de junio de 2012, confirma la sentencia de instancia que declara la nulidad del despido de un trabajador, por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo. En este caso, la empresa, para acreditar las prácticas desleales del trabajador, en situación de Incapacidad temporal, contrata los servicios de un investigador privado que instala inicialmente un aparato localizador GPS en el vehículo particular del trabajador, realizando posteriormente el seguimiento. El Tribunal Supremo confirma la nulidad del despido, porque está basado en unos hechos, cuya prueba se ha obtenido con vulneración del derecho fundamental a la intimidad del trabajador⁴⁷², en relación con

⁴⁷¹ Vid ATS de 19 de julio de 2018, Recurso núm. 3945/2017, ECLI: ES:TS:2018:8598A. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&referenc e=8465381&links=%223945%2F2017%22&optimize=20180803&publicinterface=true> [consulta: 7 enero 2019]

⁴⁷² Sobre prueba obtenida de forma ilícita Vid STS de 8 de marzo de 2011, Sala de lo social, Núm. recurso 1826/2010, ECLI: ES:TS:2011:1323. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&referenc e=5908468&statsQueryId=111149224&calledfrom=searchresults&links=%221826%2F2010%22&optimize =20110407&publicinterface=true> [consulta: 27 marzo 2017]

otros derechos fundamentales, como el derecho a la libertad de circulación o el derecho a la tutela judicial efectiva.⁴⁷³

En este contexto, puede afirmarse que la geolocalización constituye un valioso instrumento de control de la actividad laboral para el empresario. Con lo que, volviendo a la interpretación de la actividad de repartidores en plataformas digitales, se debe concluir que la empresa lleva a cabo, a través del GPS, una doble actividad de control. Ya que permite hacer un seguimiento de la ubicación de estos trabajadores (*rider, Glover etc.*), conociendo así en tiempo real donde se encuentra cada uno de sus repartidores, (además de servir como instrumento de control para el ejercicio de la potestad disciplinaria). Lo que aporta a la empresa los datos necesarios para reorganizar constantemente las órdenes de trabajo, en función de los pedidos nuevos que entran, asignando nuevos encargos a los trabajadores, en función de la ubicación más próxima en la que se encuentren, así como su disponibilidad real. Todo ello, teniendo en cuenta de la utilidad de la App para realizar perfiles profesionales de los repartidores y asignar los trabajos atendiendo a criterios de eficiencia económica.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que un sistema de geolocalización permite controlar otros muchos aspectos, entre los que se encuentran los tiempos de reparto, haciendo un seguimiento del pedido con la aplicación informática⁴⁷⁴. Con lo cual, desde un punto de vista práctico, el trabajador no dispone realmente de libertad para rechazar pedidos dentro de su horario, si pretende obtener un salario digno, y mantener elevadas valoraciones de su servicio.

Toda la argumentación expuesta en la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018⁴⁷⁵, con relación a esta materia, se sintetiza en que la facultad de control empresarial a través del citado sistema de GPS sitúa al trabajador en una posición de rígida subordinación frente a la empresa, no solo atendiendo a un criterio

⁴⁷³ Vid STS de 21 de junio de 2012, Sala de lo social, Recurso núm. 2194/2011, ECLI: ES:TS:2012:5259 de la que es ponente el Magistrado Desdentado Bonete, que declara la nulidad de la prueba obtenida por vulneración de los derechos fundamentales del trabajador. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&referenc e=6454424&links=%222194%2F2011%22&optimize=20120730&publicinterface=true> [consulta: 12 abril 2017]

⁴⁷⁴ Alude, la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia, a la praxis del “Falseo de métricas”, motivo por el que se exige al repartidor que los datos de tiempos que llegan a la plataforma sean reales. Como medio de contraste se reconoce que se hace una comparación entre el tiempo real de entrega y el tiempo estimado del reparto. Por otra parte, la Sentencia del Juzgado núm. 33 de Madrid detalla que *Glovo* proporciona al repartidor una caja para transporte de mercancía a cambio de una fianza, estando geolocalizado de forma que los usuarios y los proveedores saben dónde se encuentra.

⁴⁷⁵ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018, (Vid supra, nota núm. 463).

temporal, sino también desde un punto de vista formal y espacial, lo que debe interpretarse como un claro elemento definitorio de la relación como laboral. Abundando en lo anterior, no encontraría adecuada justificación, semejante nivel de control, en una relación comercial de carácter civil o mercantil, basada en la igualdad entre las partes. Con lo cual, como se refleja de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, *“el centro de trabajo potencialmente es ahora todo aquel que pueda ser objeto de geolocalización y el tiempo de trabajo también puede ser potencialmente todo aquel en el que la actividad pueda prestarse empleando las TIC”* (FJ 3º).

4.2.1.4.2 Titularidad de la estructura empresarial tecnológica

De acuerdo con lo expuesto, no cabe duda, a nuestro juicio que el desarrollo del modelo de negocio de las plataformas digitales responde a la libertad constitucional de empresa ex art. 38 CE. En este mismo sentido se refleja en los distintos pronunciamientos citados, ya que se trata de un núcleo de actividad económica, que permite el intercambio de bienes y servicios, conforme a su propio modelo de organización, para obtener un beneficio industrial o ganancia, mediante la realización de sus funciones. Es decir, siguiendo la línea del TC, la libertad de empresa, constitucionalmente garantizada en el art. 38 CE, a pesar de no ser un derecho absoluto o incondicionado, como todos los derechos fundamentales, incluye como una de sus vertientes fundamentales la libertad de creación para actuar en el mercado, además de la libertad para fijar los objetivos y planificar su actividad en atención a los recursos y a las condiciones del mercado⁴⁷⁶.

Con lo cual, otro de los argumentos a valorar se centra en la organización de la actividad y en la titularidad de la estructura empresarial tecnológica. Se reconoce, de este modo, que el modelo de negocio surge alrededor de la utilización de una plataforma específica de la empresa, como medio de producción, cuya titularidad (de plataforma y herramientas digitales de software como la *App*), corresponde a la empresa.

⁴⁷⁶Por todas, STC 35/2016, FJ 3º., en la que se recoge la doctrina declarada por el máximo intérprete de la CE al reconocer que el art. 38 CE incluye como una de sus vertientes fundamentales no solo la libertad para crear una empresa y actuar en el mercado, sino también, por lo que aquí importa, la libertad para fijar los objetivos y planificar la actividad de esa empresa en atención a los recursos y a las condiciones del mercado Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-A-2016-3401.pdf> [consulta: 20 octubre 2017]

En este sentido, se distingue entre aquella actividad, desarrollada en el *back office*⁴⁷⁷ de una empresa, que se corresponde con el concepto tradicional de empresa, con la realizada a través del *front office*, que comprende la imagen corporativa, así como la actividad en el exterior, en la cual, las herramientas tecnológicas (página web, App...), juegan un papel predominante. De tal manera, a través de esta forma de organización, cualquier *rider* puede adentrarse en el *front office* de la plataforma de economía colaborativa, como un usuario más, con el nivel de acceso que tenga autorizado por la empresa. Lo que le permitirá conocer las rutas que debe realizar y los pedidos que tiene que entregar.

Adicionalmente a lo anterior, ha de tenerse en cuenta que el trabajador carece de estructura empresarial propia para el desarrollo de la actividad, más allá de disponer de un teléfono inteligente o un medio de locomoción como una bicicleta. Con lo cual, no se concibe la realización del trabajo al margen de la plataforma digital en la que se integra. Téngase en cuenta, por otra parte, que la plataforma digital constituye la tecnología de mayor valor (frente al medio de transporte y el móvil). En esta línea avanza la sentencia del juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid⁴⁷⁸, al reconocer que si el empleado “*decidiera emprender por sí mismo este tipo de actividad como auténtico autónomo, estaría condenado al fracaso y sus posibilidades de crecimiento como emprendedor serían nulas, ya que el éxito de este tipo de plataformas, se debe al soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo y a la explotación de una marca, en este caso Glovo, que se publicita en redes sociales a través de los buscadores tipo Google, sitio al que acuden los clientes cuando necesitan la compra y entrega de los productos que la demandada suministra*” (FJ 12).

De alguna manera, el modelo de negocio de estas empresas de economía colaborativa viene determinado por las siguientes reglas clave: La actividad principal consiste en prestar servicios de distribución mediante acuerdos civiles o mercantiles con distintas empresas (físicas o jurídicas). Actividad que permite incrementar, a través del *front office* de la plataforma digital, la capacidad de negocio y los resultados de las empresas con las que interactúa, a cambio de una prima. Con lo que se realiza el servicio ofrecido en la plataforma a través de repartidores. De lo expuesto, se deduce que realmente nos encontramos ante un proceso de externalización de la distribución⁴⁷⁹ y captación de

⁴⁷⁷ Tradicionalmente se ha definido el *back office* en la gestión de un negocio como el conjunto de actividades internas de gestión de la empresa, sus recursos humanos, fabricación, almacenaje, contabilidad o finanzas, frente al *front office*, que es la parte del negocio que tiene contacto con el cliente, los departamentos de ventas, distribución.

⁴⁷⁸ Sentencia del juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid (Vid supra, nota núm. 464).

⁴⁷⁹ Al respecto CRUZ VILLALÓN, J. “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, Relaciones Laborales, Ed. La Ley, 1992, Núm. 1 Pág. 115 y ss.

nuevos clientes a cambio de una comisión. Lo que bien podría considerarse como aportación de la economía digital al outsourcing⁴⁸⁰.

De tal manera, para llevar a cabo la externalización de la distribución, las plataformas precisan contar con su *back office* particular, del que constituyen la parte fundamental las empresas proveedoras y los repartidores, los cuales juegan un papel determinante, ya que, sin ellos la actividad de distribución no sería imposible.

En estos supuestos, la actividad económica tiene, por tanto, carácter permanente en el tiempo, con un soporte organizativo basado en unas herramientas de *software* y *hardware*, entre las que se encuentran además de la plataforma y la app, los dispositivos electrónicos que se utilizan para coordinarse con la empresa y recibir las ordenes de trabajo. Junto a ello, se detectan también reglas impuestas dirigidas a prohibir a los repartidores utilizar la imagen corporativa para otras actividades, al margen de la contractual, lo que incluye portar publicidad ajena a la empresa. Quedando reforzada así la diferenciación entre la empresa y el trabajador por cuenta ajena.

Nótese, además la singularidad de esta actividad, que se encuentra centrada en la prestación de servicios que no van dirigidos al autoconsumo o al consumo familiar, sino para un mercado de terceros. Por lo que, en conclusión, puede ser definido como un conjunto organizado de bienes y recursos humanos dispuesto por el empresario, al que será de aplicación la legislación laboral ex art. 1.2 del ET. Ya que incluye en su ámbito a empresarios (personas físicas, jurídicas, o comunidades de bienes) que reciban la prestación de servicios de trabajadores que, voluntariamente, presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro de su ámbito de organización ex art 1.1 ET.

4.2.1.4.3 La determinación del precio del servicio por la empresa

Avala también el argumento de la laboralidad el carácter retribuido y las condiciones económicas de la prestación del servicio. Utilizándose el criterio de la remuneración para distinguirlo de trabajos voluntarios o de compensación por costes, en cuyo caso quedaría excluido del ámbito laboral. Frente a lo cual, el modo de proceder de estas empresas en la determinación del salario se encuentra exclusivamente en manos de la organización

⁴⁸⁰Sobre los falsos autónomos y el outsourcing, CERDÁ MICÓ, A., “La ingeniería laboral del “outsourcing””, Aranzadi Social, Vol. V, Ed. Aranzadi, 1998, Pág.7 (ed. Dig.).

empresarial, ya que es esta la encargada de fijar el precio del servicio, a través de la plataforma tecnológica de la empresa, sin capacidad de gestión alguna del repartidor⁴⁸¹.

Adicionalmente a ello, ha de tenerse en cuenta que tampoco participan los repartidores en los beneficios obtenidos por la empresa. Con lo que se refuerza el principio laboral de la ajenidad. Sin embargo, el salario variará en función del resultado de la actividad personal del trabajador, resultando proporcional a la mayor o menor actividad desarrollada.

Sin embargo, debe resaltarse cómo estas empresas fuerzan la apariencia de autonomía en el contrato suscrito entre el trabajador y la empresa, en un proceso de huida del Derecho del Trabajo, en un afán escapista de las reglas que han de aplicarse en las relaciones laborales. De tal manera, se pretende simular a través de cláusulas en el contrato una relación de carácter civil o mercantil, exigiendo al repartidor cumplir con las obligaciones fiscales y de seguridad social correspondientes al régimen del RETA, además de la acreditación documental del servicio realizado (aunque sea la empresa quien elabore las nóminas), o en su caso exigiendo al trabajador presentar la liquidación de la actividad desarrollada. Esta circunstancia no es ocasional, ya que, de esta fuga, es responsable el poder legislativo por su falta de interés en adaptar el marco jurídico al uso de las tecnologías en la economía digital.

4.2.1.4.4 Facultad de organización y dirección: la elaboración de perfiles

Lógicamente, cuando se habla de la organización y dirección del trabajo, se entiende que se trata de una de las facultades típicas del empresario en la relación laboral. Lo que lleva a la conclusión obligada de la aplicación del Derecho del Trabajo, cuando se exige al trabajador la conexión permanente con el servidor de la empresa (a través de la App instalada en el teléfono móvil), para recibir la información sobre las ordenes de servicio. Unido a lo cual, destaca la obligación de comunicar a la empresa el momento de inicio y finalización de la jornada, a través de la citada aplicación informática, lo cual tiene los efectos equivalentes al fichaje.

⁴⁸¹ En la declaración de hechos probados de la sentencia, se acredita la forma de pago y la periodicidad del salario por los servicios realizados, de forma que, durante la vigencia del contrato, la empresa abonará al repartidor, que denomina "Proveedor", la cantidad bruta de 3.38 euros por cada entrega efectivamente realizada, haciendo dos liquidaciones mensuales, uno de ellos no más tarde del día 15 de cada mes, y el segundo se realizará no más tarde del último día de cada mes.

De esta manera, la operativa de funcionamiento de la economía colaborativa, como en el caso *Deliveroo* consiste, en la oferta previa del trabajador para acordar los días y franja de tiempo, en los que ofrece su disponibilidad, dentro de los cuales la empresa puede solicitarle que realice algún reparto. Una vez acordados los días de trabajo y la jornada, con una planificación semanal, la disponibilidad del trabajador exige que, cada vez que haya una solicitud de servicio, el trabajador conteste urgentemente si lo acepta o rechaza (para lo que dispone de un lapso máximo de tiempo -de conformidad con la aceptación del encargo- de 3 minutos). En caso de no contestar, el silencio del trabajador tiene un carácter negativo, de forma que se entiende rechazado el encargo, con la falta de contestación. Es de destacar, desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, que esta modalidad de trabajo puede generar, en sí misma, situaciones de estrés y ansiedad para el trabajador, lo que podría incrementar el riesgo de accidentes en misión, al implicar una actividad frenética⁴⁸² (a destajo) para alcanzar un salario mínimamente digno.

En el caso de los repartidores de Glovo, para realizar la actividad laboral, el empleado necesariamente debe integrarse en la plataforma. Lo que le permite recibir ofertas de servicios preseleccionados por GLOVOAPP23 SL. Siendo la empresa quien mantiene el control de la actividad desempeñada (al conocerse por la App en todo momento dónde se encuentra el repartidor). Además, la actividad de los repartidores es evaluada mediante la creación de perfiles, lo que a su vez tiene efectos para asignaciones de reparto futuras, así como para el ejercicio de funciones de naturaleza disciplinaria. Con lo cual, la exclusiva libertad del trabajador, concretada en la facultad de seleccionar los días y horas de trabajo, y sobre si aceptar o no los servicios concretos, no constituyen una facultad de entidad en la empresa, al no llegar a condicionar el desarrollo de la actividad empresarial, ante la elevada oferta de repartidores que ofrecen sus servicios.

Resultan, por tanto, estas dinámicas de funcionamiento una modalidad de trabajo por cuenta ajena que se lleva a cabo mediante el uso intensivo de las TIC. Concretamente surge la oferta de servicio (trabajo de reparto) por parte de la empresa, a quienes se encuentran en ubicaciones cercanas al lugar de prestación del servicio, dado que se encuentran geolocalizados mediante la aplicación móvil, propiedad de la empresa. A lo que se une que el software, que la empresa pone a disposición de sus trabajadores, es de uso obligatorio para los *rider*. Con lo que este trámite digital, ha sido equiparado en vía judicial a un marcaje, ya que facilita a la empresa la información necesaria para conocer en qué momento inicia la jornada cada repartidor, y cuando finaliza la disponibilidad del

⁴⁸² Piénsese que solo para conseguir el salario mínimo interprofesional diario, habría que realizar más de siete recogidas y entregas al día en grandes ciudades, como Madrid, Barcelona o Valencia, que implican largos trayectos y un denso volumen de tráfico.

trabajador. Lo cual constituye realmente un instrumento de planificación y control para la empresa. Al mismo tiempo, atendiendo a la disponibilidad de un elevado volumen de personas contratadas para realizar estos mismos servicios, la tecnología facilita a la empresa una cómoda planificación de la gestión del trabajo. De tal manera, la tecnología facilita la coordinación de aquellos recursos humanos que se encuentran disponibles, al coincidir durante el turno de trabajo elegido, para llevar a cabo los servicios de reparto. Lo que también simplifica a la empresa tener constancia de la finalización de cada turno de trabajo, por el simple cierre de la sesión en la App en el denominado punto de control o “centroide” de la zona asignada para su turno por el equipo de operaciones.

4.2.1.4.5 La nota laboral de la ajenidad

La ausencia de ajenidad, normalmente, explica la exclusión del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo a determinadas relaciones (v.gr. representantes de comercio que responden del buen fin de la operación, administradores o consejeros de sociedades, determinados trabajos familiares, etc.). En tales casos, responde la ajenidad en los riesgos, en los frutos y en el mercado, a las teorías doctrinales utilizadas de forma más habitual para deslindar la relación laboral de otras formas de trabajo, a efectos de la aplicación del ET. Al margen de mayores precisiones, la digitalización remarca determinados aspectos de la ajenidad en el *big data*, en la marca o en el mercado, que se pasan a concretar.

4.2.1.4.5.1 Ajenidad en la información

La parcelación de la explotación de datos, la jerarquización del acceso a la información y la reserva de la disponibilidad global y exclusiva de toda la información a través de los metadatos para los máximos responsables de la empresa conforma otra nota que permite calificar como laboral la relación contractual. Aspectos que sintetizan la nota de ajenidad.

Debe llamarse la atención sobre la utilidad de las distintas aplicaciones informáticas, que permite, a cada miembro de la organización, acceder exclusivamente y de forma limitada, a aquella parte de los datos sobre la que tiene autorización, en función de los permisos y privilegios que tenga el usuario⁴⁸³. Atendiendo a ello, en función del grado de

⁴⁸³ La implementación de las TIC implica una política de autorizaciones que sirve para determinar lo que un usuario puede ver o hacer, concediendo o denegando el acceso a determinados recursos de la empresa que se desean controlar o proteger.

conocimiento de determinada información, relevante para el desempeño de la actividad, concurrirá o no esta nota característica. Normalmente, los repartidores tienen vedados determinados antecedentes, indispensable para completar la actividad (p. ej. la relación de restaurantes que están adheridos a la app en cada momento; los datos globales del número de pedidos que se han formalizado en cada restaurante, ni, evidentemente, las tendencias de pedidos por días de semana o por horas, incluso los consumos más demandados). De manera tal que, este conocimiento se encuentra reservado y a disposición exclusiva de la empresa, ya que permite realizar la gestión empresarial. Por lo tanto, resulta obligado concluir que tal parcelación de la información para el trabajador constituye un elemento más que refuerza la condición laboral del repartidor.

Atendiendo a lo expuesto, es preciso, a mi juicio, hacer en estos casos un análisis de la atribución en cada ámbito de la empresa de la jerarquía de privilegios. De tal forma que, el nivel de privilegios mínimos, para el acceso a la información recopilada, permita dar una idea del escalafón de mandos en la empresa, en atención a los datos disponibles para cada categoría profesional. Con lo cual, la atribución de roles en la estructura de personal servirá, para delimitar fácilmente el acceso a los metadatos, en función del nivel de responsabilidad encomendado al trabajador; así como, por otro, concretar los derechos y obligaciones (de confidencialidad) de los empleados, atendiendo las características de cada puesto de trabajo.

4.2.1.4.5.2 Ajenidad en los frutos y en el mercado

Doctrinalmente, otro indicio de laboralidad se encuentra en la ajenidad en los frutos. De la práctica judicial se deduce tal circunstancia, cuando hace suyo la empresa el resultado de la actividad del repartidor. De tal manera, con independencia de las cláusulas de responsabilidad pactadas en el contrato, quedan desplazados hacia el negocio los riesgos del trabajo prestado.

Junto a ello, al quedar vinculada la actividad empresarial a la propiedad de la estructura tecnológica, se aplica también la ajenidad al mercado, ya que las plataformas digitales operan como intermediario imprescindible de doble dirección. Para encargar la elaboración de un producto y para acometer la tarea del repartidor con el cliente como destinatario final. En ambos casos, el repartidor actúa bajo la dirección de una empresa ejercido a través de la plataforma colaborativa. Siendo esta quien coordina la actividad, quien determina la remuneración a percibir por el repartidor en función de la actividad desempeñada, así como la última responsable del buen funcionamiento del servicio de reparto.

4.2.1.4.5.3 Ajenidad en la marca

Otro de los razonamientos utilizados en vía judicial, que apunta a la laboralidad de la relación, se centra en la ajenidad en la Marca. En efecto, esta circunstancia determina un nuevo elemento diferencial del trabajo prestado por el repartidor en estas empresas virtuales. De tal forma que, independientemente de la ubicación de la empresa en el mundo digital y de las campañas de marketing y publicidad, la actividad de reparto se lleva a cabo a través de personas físicas contratadas, que son las que formalmente materializan la prestación del servicio. Con lo cual, estos repartidores representan la imagen de la empresa ante los clientes.

En coherencia con ello, como quiera que, en la práctica, el trabajo de los repartidores se realiza de cara al público, al igual que se hace a través en otros ámbitos de la negociación colectiva (en determinados sectores como en la hostelería o en la industria de la alimentación para los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación), también en este caso se exige a los repartidores que cumplan con unos requisitos estéticos en su indumentaria, respecto a la publicidad de la marca, incluso en materia de comportamiento social⁴⁸⁴.

Es cierto, no obstante, que la interpretación de los tribunales no es unánime, dado que existen pronunciamientos judiciales en distintos países que discrepan de esta conclusión, tal es el caso del fallo de la sentencia del Tribunal francés de apelación de 9 noviembre 2017⁴⁸⁵. En este caso, para la justicia francesa, no es suficiente, con que la empresa *Deliveroo france* ponga a disposición del trabajador una bolsa frigorífica, una batería externa para recargar el teléfono inteligente, la aplicación informática denominada 'DEO', así como la ropa con la estampación de *Deliveroo*, para entender que existe una relación de subordinación. Ya que en tal caso se constata por el tribunal la falta de control por parte de la empresa, así como de sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones respecto al uso de la vestimenta adecuada.

⁴⁸⁴ Adviértase que, en las condiciones del contrato, la empresa Deliveroo recuerda a los *rider* que son reconocidos “*la cara de Deliveroo*”. O a los Glover se les prohíbe usar la imagen corporativa de GLOVOAPP23 SL y tampoco en sus perfiles en redes sociales, debiendo cuidar los comentarios que en ellas realice.

⁴⁸⁵ La Sentencia del Tribunal francés de apelación núm. 16/12875, de 9 de noviembre de 2017 citada ordena remitir al Tribunal de comercio de París la solución del conflicto, por entender que es competente la jurisdicción civil y no la social, al no considerarlo un contrato de trabajo. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030357324> [consulta: 20 febrero 2018]

Unido a lo cual, la sentencia gala considera que la empresa *Deliveroo france* no determina unilateralmente las condiciones de ejecución del trabajo, con base en que es el repartidor el que elige libremente sus espacios de tiempo y días de actividad. A lo cual añade que, la integración del servicio de mensajería en bicicleta en un servicio organizado es solo relativa, al no constatarse la obligación del repartidor de participar en reuniones, proyectos de capacitación o cualquier otro evento.

Sin embargo, no se puede compartir el rígido criterio del tribunal francés, dado que resulta de difícil encaje con una realidad en la cada vez se demanda mayor flexibilidad laboral. A diferencia de ello, se considera más ajustado a la demanda social y a la realidad de la economía digital la interpretación realizada por los juzgados de lo social núm. 6 de Valencia, y núm. 33 de Madrid en las sentencias ya comentadas en este capítulo sobre los casos *Deliveroo* y *Glove*⁴⁸⁶.

En conclusión, con independencia de la falta de unidad de criterio en su regulación, a mi juicio, el trabajo analizado, prestado por los repartidores en plataformas digitales, también reúne una nota adicional de laboralidad consistente en la ajenidad en la marca. Ofreciendo esta circunstancia una muestra más, de una nueva realidad laboral en la organización de la empresa digital, que abunda en la necesidad de redefinir las notas características de la relación laboral, atendiendo a las circunstancias expuestas en las que el trabajo se lleva a cabo.

4.3 Riesgos laborales derivados de la digitalización

El *Informe sobre prevención de riesgos laborales y su prevención*, conocido como *Informe Duran*, de marzo de 2001, permitió por primera vez a primera vez en España, disponer de un diagnóstico independiente, conclusiones y propuestas, tras seis años de aplicación de la LPRL. Sin embargo, el informe, más dirigido a justificar la necesidad de la prevención, por el elevado coste social que comportan los gastos de la reparación de un accidente, apenas dedica unas líneas a los riesgos laborales de la economía digital. Concretamente, a la vista de las estadísticas de accidentes de trabajo y la encuesta nacional de condiciones de Trabajo, el informe avanza el aumento en los porcentajes de percepción subjetiva “del ritmo y carga mental”. Junto a ello destaca además la baja percepción de los factores de riesgo ergonómico, como las posturas forzadas, los movimientos repetitivos⁴⁸⁷. Téngase

⁴⁸⁶ Vid supra notas núm. 430 y 432

⁴⁸⁷ *Informe sobre prevención de riesgos laborales y su prevención*, Pág. 58-59

en cuenta también que habrán de sumarse los riesgos correspondientes por accidentes *in itinere* y *en misión*, a la vista de la extensión de la figura del repartidor de empresas de economía colaborativa. Con lo cual, dieciocho años después de la emisión del citado informe, de gran repercusión entre las administraciones públicas y en la sociedad española en general, sería muy conveniente encargar un nuevo informe, por expertos independientes, a través del cual se aborde la problemática de la realidad económica y social española, en el que, sin duda, habría de incluirse los retos a los que se enfrenta la prevención de riesgos laborales en la economía digital.

La Encuesta de Condiciones de trabajo publicada por el INSHT en el año 2015, refleja una realidad cifrada en el dato de que “casi uno de cada tres ocupados utiliza para desarrollar su trabajo, siempre o casi siempre, ordenadores u otro equipamiento informático”⁴⁸⁸. Incluyendo el informe un análisis de riesgos psicosociales relacionados con el uso de las TIC, así como, sobre la Organización del trabajo. Con lo cual el estudio detalla el impacto producido por dos de los grandes cambios que ha provocado la economía digital, motivados por el crecimiento del uso de herramientas basadas en las TIC (especialmente entre los años 2005 y 2010) y, por las transformaciones en la forma de organización del trabajo⁴⁸⁹. A consecuencia de lo cual, las relaciones laborales deben dar respuesta a una creciente demanda de flexibilidad laboral, en la que predominan los trastornos musculoesqueléticos y los riesgos psicosociales entre los trabajadores.

En definitiva, hablar de prevención de riesgos laborales en la economía digital implica mencionar enfermedades y accidentes profesionales, abarcando singularmente los ámbitos psicosocial y ergonómico, que se agravan proporcionalmente a medida que se

⁴⁸⁸ La encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo, 2015, integra los datos que se aportan por parte del Estado Español para la elaboración conjunta de la sexta Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo (EWCS), que coordina la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo. Sectorizando la integración de las TIC en las relaciones de trabajo, el mayor volumen de trabajadores que utilizan las tecnologías se encuentra en la rama de Administración Pública y defensa, representando un 52%, seguido, de los trabajadores de la rama de Transporte, así como de Actividades administrativas, auxiliares y financieras, con un impacto, en ambos casos, de un 49%. Es significativo el dato de que ocho de cada diez Empleados contables y administrativos utilicen siempre o casi siempre equipos informáticos. En tercera posición se encuentra la rama de la Enseñanza, con un 45%, encontrándose en los puestos más bajos del ranking los trabajadores del sector de la agricultura, otros servicios o de la construcción, en cuyo caso, la mayoría de los trabajadores afirman no emplear nunca o casi nunca TIC, alcanzando en la rama de Agricultura un 82%, Otros servicios, un 76%, o el sector de la Construcción un 72%. Pág. 47. Disponible en: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/GENERALIDAD/ENCT%202015.pdf> [consulta: 18 junio 2018]

⁴⁸⁹ Entre los indicadores utilizados, se encuentra el uso de ordenadores y otros equipos de comunicación e información, la utilización de sistemas de trabajo basados en la rotación de los trabajadores entre varias tareas y el trabajo en equipo, el cumplimiento por el trabajador de normas de calidad.

incrementa el abuso en el uso de las TIC⁴⁹⁰. Habiéndose constatado que la exposición sin límites a las tecnologías aflora las consecuencias más negativas de la misma. Por este motivo, también resulta aconsejable hacer una referencia al lado oscuro de la economía digital, haciendo un apunte sobre los denominados “riesgos emergentes”⁴⁹¹. Adviértase que la materia de seguridad y salud en el trabajo no integra a todos los posibles riesgos adversos a los que se enfrenta el trabajador, sino que junto a ellos las tecnologías podrían poner en peligro otros derechos fundamentales como la protección de datos, el derecho a la intimidad, a la confidencialidad de las comunicaciones e incluso a la huelga, perjudicando gravemente los niveles de calidad del trabajo.

4.3.1 Aproximación de los riesgos laborales al maraco de la LPRL

El art. 4.2 LPR define el “riesgo laboral”⁴⁹² como la posibilidad de sufrir un trabajador un determinado daño derivado del trabajo, concretándose la gravedad de este, en función de variables como la probabilidad de producirse el daño, así como “la severidad del mismo”.

Centrándonos en los riesgos provocados por las tecnologías, la determinación de los principios de la acción preventiva concretados en el art. 15 LPRL, exige al empresario a adoptar las medidas necesarias para evitar los riesgos detectados. Para lo cual la ley mandata combatirlos desde su origen, adaptando, en su caso, el trabajo a la persona, a la hora de elegir los equipos, así como los métodos de trabajo y de producción. Junto a ello impone tomar las decisiones precisas, atendiendo a la evolución de la técnica, además de exigir una planificación de la prevención de forma coordinada entre el factor técnico, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.

⁴⁹⁰ Téngase en cuenta que la Clasificación internacional de Enfermedades de la OMS publicada en 2018 y aprobada en la Asamblea Mundial número 72, de mayo de 2019, ha incorporado el desgaste profesional, referido específicamente a fenómenos relativos al contexto profesional, dentro de la sección de “problemas asociados al empleo”, entre los que se encuentra el cambio de trabajo, (QD81) la amenaza de pérdida de empleo (QD82), Problema con las condiciones de empleo (QD83), o específicamente el síndrome “Burn out” (QD85). Disponible en: <https://icd.who.int/dev11/l-en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f1440218064?view=V167H3>

⁴⁹¹ Al respecto SERRA PALLISA, J. “Riesgos psicosociales; nuevos riesgos emergentes en el contexto de un mundo globalizado” Revista técnica de seguridad y salud laborales, Núm. 180, 2007, págs. 8 y ss.

⁴⁹² Profundiza sobre la innovación tecnológica como causa de perfeccionamiento y expansión de los riesgos laborales, VALLE VILLAR, J.M., “Innovación tecnológica y contrato de trabajo, prevención de nuevos riesgos laborales, Anuario de la Facultad de Derecho, Alcalá de Henares, Núm. 1, 2008, pág. 329 y ss.

Con lo cual, de su redacción cabe extraer la necesidad de realizar una planificación preventiva ante cualquier cambio tecnológico, lo que incluye ofrecer el tiempo necesario al empleado, para que facilite su adaptación al nuevo proceso de trabajo. Junto a ello, será preciso abordar las medidas necesarias para prevenir riesgos laborales, en caso de que la tecnología provoque efectos perversos, entre los cuales quedarían incluidas las situaciones de estrés. Y ello porque, en caso contrario, la inactividad del empresario podría llegar a dar lugar a la petición de extinción de la relación laboral, a instancia del trabajador por incumplimiento previo del empresario. Conviene recordar al respecto, la doctrina judicial sentada en este sentido, que determina que *“localizado un riesgo de estrés laboral o la aparición de un caso que merezca tal calificativo dentro de su empresa, el empresario debe acometer medidas que eviten para el futuro la materialización del riesgo o que, al menos, puedan minorarlo en lo posible y estas actuaciones se incluyen tanto en el ámbito de actuación de la LPRL, como en los arts. 4.2.d) y 19.1 ET, como en la Directiva 89/391. Si no lo verifica así, incumple el contrato de trabajo e incurre en la causa prevista en el apartado c) del art 50 del ET porque incumple de forma grave sus obligaciones”* con lo cual, *“conocedora la empresa de la existencia de un problema de estrés relacionado con el trabajo, con la organización y gestión por ella implantadas, no ha adoptado medidas encaminada a prevenirlo, eliminarlo o reducirlo en lo posible pues no ha existido actuación alguna encaminada a ajustar las demandas laborales del actor, aumentar su control o las fuentes de apoyo social. No ha actuado preventivamente contra los posibles resultados dañosos a los que la LPRL se refiere como las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo... ex art. 4.3 LPRL, extendiéndose la obligación legal del empresario ... a proteger la salud del trabajador al estrés ligado al trabajo”*⁴⁹³.

Por este motivo, el incumplimiento por parte del empresario de velar por la seguridad y salud del trabajador constituye un incumplimiento contractual grave ex art. 50 ET, que daría derecho a la extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador, con base en el incumplimiento previo empresarial. Lo que a su vez comportaría la aplicación de la máxima sanción al empresario, quien vendría obligado a indemnizar al trabajador en cuantía equivalente a un despido improcedente.

⁴⁹³ Vid FJ 3 y 4 de la STSJ Madrid de 5 de octubre de 2005. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&referenc=1155395&links=%222236%2F2005%22&optimize=20051027&publicinterface=true> [consulta: 30 agosto 2018]

4.3.2 Riesgos psicosociales

Ya en noviembre de 1966, en el informe “*Protecting the Health of Eighty Million Workers- A National Goal for Occupational Health*”, encargado con la finalidad de que sirviese de orientación para los distintos programas de salud en el trabajo en Estados Unidos, incluía los cambios tecnológicos, así como las crecientes exigencias psicológicas en el trabajo, como factores desencadenantes del estrés en la salud mental ocupacional (*Occupational Mental Health*), dentro de la lista de los veinte problemas más urgentes en esta materia⁴⁹⁴. De hecho, el informe cifra el impacto en las prestaciones de la Seguridad Social estadounidense a causa de los trastornos mentales, de la personalidad y enfermedades del sistema neuro-sensorial de trabajadores, en unos niveles que representan el 30 por ciento de todas las prestaciones por discapacidad⁴⁹⁵. Por este motivo, el citado informe singulariza en la salud mental en el trabajo, junto a aquellos de factores que rodean el lugar de trabajo, entre los riesgos que precisan de una atención prioritaria.

Desde esta misma perspectiva, cuando el informe, de diciembre de 1997, de la OIT, *Stress prevention for blue-collar workers in assembly-line production*, define el estrés, lo hace desde una visión holística. Y es que, efectivamente, el estrés no solo es presión o tensión negativa, o miedo a afrontar una situación, sino que también está vinculado a aspectos beneficiosos, entre los que se encuentra la generación de expectativa o la ambición. Reconociendo el informe la necesidad de potenciar la vertiente positiva del estrés, que nos permite reaccionar ante nuevas demandas y tensiones, ya sean de carácter físico o social.

Ahora bien, cuando el factor estresante, es excesivamente elevado, demasiado repetitivo, al producirse de forma constante en el tiempo, o bien cuando el individuo es demasiado débil (porque no cuenta con las habilidades necesarias de resiliencia), podría

⁴⁹⁴ El informe “*Protecting the Health of Eighty Million Workers - A National Goal for Occupational Health*”, en el que participaron la Oficina de Prevención de Enfermedades y Control Ambiental, el Centro Nacional de Salud Urbana e Industrial, el Centro Médico de la Universidad de Nueva York y el Instituto de Medicina Ambiental, a instancia del Comité consultivo nacional americano de salud ambiental (National Advisory Environmental Health Committee), define la salud mental ocupacional como un grave problema nacional que no puede separarse del campo de la salud en el trabajo, que es objeto de preocupación en distintas disciplinas, entre otras, en el ámbito de la gestión laboral e industrial, la medicina, la psicología y ciencias del comportamiento, además de otras profesiones sobre la salud mental de las personas que trabajan. Disponible en:

https://archive.org/stream/ProtectingTheHealthOfEightyMillionAmericansANationalGoalForOccupationalHealthNov19662ndPrinting/Protecting%20the%20Health%20of%20Eighty%20Million%20Americans%20a%20national%20goal%20for%20occupational%20health%20Nov%201966%202nd%20Printing_djvu.txt

[consulta: 7 abril 2017]

⁴⁹⁵ Téngase en cuenta que las cifras estimadas corresponden a fines del año 1962.

generar una tensión extrema en la persona, llegando incluso a bloquearla psicológicamente, provocando una situación de máxima vulnerabilidad en el individuo.

Motivo por el cual, el informe ya avanza la existencia de dos tipos de estrés, el estrés positivo y el estrés de efectos negativos. Afirmando que el estrés será positivo si permite situar al individuo en una mejor posición para manejar la situación. Lo que permitiría mejorar la satisfacción laboral, la competencia, incluso la autoestima. Frente a lo cual, se define como estrés negativo, aquel que implica riesgos psicosociales, en aquellos supuestos en los que las fuertes exigencias y tensiones del trabajo generan insatisfacción, y bloquean al empleado, provocándole, en definitiva, un sentimiento de frustración⁴⁹⁶.

Debe tenerse en cuenta que, en los últimos años, se califica el estrés laboral como un fenómeno global y uno de los mayores riesgos para el trabajador en las condiciones de trabajo, afectando tanto a los países industrializados como a los que están en vías de desarrollo. Además, impacta en todas las categorías de trabajadores, extendiéndose dentro y fuera del centro de trabajo, a consecuencia de la interacción entre trabajo y familia, por la organización misma del trabajo, y a consecuencia de la falta de flexibilidad de la jornada laboral⁴⁹⁷.

Con lo cual, se podría llegar a la conclusión de que las tecnologías permiten aportar grandes beneficios en la satisfacción de la prestación del trabajo, siempre que se utilicen como instrumento para favorecer la conciliación de la vida laboral y personal. Sin embargo, debe advertirse en sentido contrario, que un uso indebido de las mismas puede provocar patologías diversas en la salud del trabajador, entre las que se encuentra el estrés, adicción (o *tecnoadicción*), la ansiedad (o *tecnoansiedad*), o la fatiga (o *tecnofatiga*)⁴⁹⁸.

4.3.2.1 Tecnopatías e hiperconectividad

⁴⁹⁶ Vid el informe de 31 de diciembre de 2017 de la OIT *Stress prevention for blue-collar workers in assembly-line production*. Pág. 1.

Disponible en: https://www.ilo.org/safework/info/publications/WCMS_250106/lang--en/index.htm [consulta: 25 abril 2017]

⁴⁹⁷ Vid La edición española de *Conditions of work digest, Preventing stress at work* de la OIT, traducida por el INSHT, prevención del estrés en el trabajo, 1996, ed. INSH.

⁴⁹⁸ Sobre la dimensión psicosocial y biológica del riesgo de “fatiga digital”, MOLINA NAVARRETE, C. “La gran transformación” digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas”, RTSS. CEF. Núm. Extraordinario 1, 2019, Pág. 21.

La doctrina científica define el tecnoestrés como el estrés que experimenta un trabajador a causa del uso de las TIC, ya sea por la dependencia que le genera, o bien, por la falta de habilidades necesarias para su uso, lo que le provoca una dificultad de adaptación al trabajador. Inicialmente, en 1987 fue definido como "*una enfermedad moderna de adaptación, causada por la incapacidad de hacer frente a las nuevas tecnologías informáticas de manera saludable*"⁴⁹⁹. A ello hay que añadir que, a mayor rapidez en la evolución de las TIC, los niveles de ansiedad de los empleados se incrementan proporcionalmente, especialmente, respecto a aquellos que sufren una mayor dependencia de la tecnología.

En esta línea, la doctrina distingue tres características esenciales del entorno tecnológico laboral actual. La primera de ellas reside en la enorme y creciente dependencia de las TIC, especialmente en los niveles directivos y mandos superiores de la empresa. Se trata de una sujeción tecnológica que abarca la constante actualización de equipos informáticos y de aplicaciones colaborativas a versiones modernas, además de la necesidad de permanecer en entornos con suficiente conectividad.

Junto a ello, el perfeccionamiento y sofisticación de las TIC, provoca la rápida obsolescencia de los conocimientos adquiridos. Con lo cual resulta preciso reciclar permanentemente la formación de los empleados, entrando en una dinámica constante de adaptación a "nuevas versiones" de la tecnología. Junto a lo cual, hay que añadir que las TIC han provocado grandes cambios en los entornos laborales y culturales, facilitando el acceso a la comunicación a través de correos electrónicos, videoconferencias, virtualización de equipos de trabajo, así como nuevas formas de control empresarial ⁵⁰⁰, exigiendo del trabajador especiales habilidades multitarea. Se trata de permanentes novedades que impactan directamente en la organización diaria del trabajo.

4.3.2.2 Adiciones y dependencias

A este respecto, se ha venido reconociendo que "*el adicto al trabajo tiene más medios que en el pasado para estar constantemente conectado a su trabajo*". Lo que desde un punto de vista práctico implica una influencia recíproca entre dos adiciones que se retroalimentan, el trabajo y la tecnología, con lo cual resulta difícil distinguir cual es a la

⁴⁹⁹ BROD, C. *Technostress, The Human Cost of the Computer Revolution*, 1984, Addison- Wesley Publishing Company, Reading. Pág. 22.

⁵⁰⁰ Ragu-Nathan et al "The Consequences of Technostress for End Users in Organizations: Conceptual Development and Empirical Validation". Pág. 418. Disponible en: <http://www.tecnostress.it/wp-content/uploads/2015/02/Consequences-Technostress-End-Users.pdf>

causa y cuál es el efecto⁵⁰¹. A mi juicio, es importante avanzar en la inclusión de estas patologías en la negociación colectiva, así como en el diseño de estrategias de prevención de riesgos. A fin de impulsar, a través de estos instrumentos, la concienciación y la formación a los trabajadores, con el objeto de que dispongan de las habilidades necesarias para autogestionar la utilización de las TIC, poniendo límites al tiempo dedicado al trabajo.

4.3.2.2.1 Síndrome *Fomo*

Diversos informes vinculados con enfermedades de dependencia, como las provocadas por el alcohol o las drogas, comienzan a incluir a las tecnologías entre los factores limitadores de la libertad de las personas. Se trata de una mayor adicción a la conectividad y a determinadas tecnologías que provoca serias dificultades de control por algunos individuos. Entre ellas, los expertos apuntan a nuevas enfermedades como el Síndrome FOMO (Fear Of Missing Out)⁵⁰², que se define como la patología generada por el miedo provocado por factores de ansiedad que abarcan desde la sensación a no atender adecuadamente las responsabilidades personales, hasta no ser el primero en conocer cualquier tipo de información en relación con el trabajo desempeñado en la empresa, es decir, genera una situación de estrés provocado por la imposibilidad de abarcar todos los aspectos de la vida con una visión global. De forma que para estos individuos resulta indispensable mantenerse permanentemente conectados a internet.

Sobre lo cual, los expertos en prevención de riesgos laborales concluyen que tanto el uso intensivo de las redes sociales mediante el smartphone, como el FoMO constituyen indicios predictores del malestar psicológico del empleado. Para lo cual se tiene en cuenta el grado de FoMO experimentado, junto a los indicadores de uso problemático del teléfono móvil y los indicadores de malestar psicológico.

4.3.2.2.2 La Nomofobia

⁵⁰¹ SALANOVA SORIA, M "Nuevas tecnologías y nuevos riesgos psicosociales", 28 de abril, Revista digital de Seguridad y Salud en el Trabajo, Núm. 1, 2007, Pág. 14. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3630565> [consulta: 1 marzo 2017]

⁵⁰² Al respecto, GIL, F., DEL VALLE, G., OBERST, U., CHAMARRO LUSAR, A., "Nuevas tecnologías ¿Nuevas patologías? El "smartphone" y el "fear of missing out", Aloma: revista de psicología, ciències de l'educació i de l'esport,, Vol. 33, NÚM. 2, 2015, págs. 77 y ss. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/Aloma/article/view/301485/391086> [consulta: 12 agosto 2018]

Algunos investigadores sugieren también la inclusión en el Manual de desórdenes mentales (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders -DSM), la existencia de patologías como la nomofobia⁵⁰³. Se trata de la abreviatura de “no-mobile-phone phobia”, y se define como la ansiedad producida por la sensación de aislamiento profundo, cuando el trabajador, olvida o pierde su dispositivo inteligente. Este sentimiento irracional de miedo se produce cuando el trabajador se encuentra en lugares donde no existe cobertura de internet o se queda sin batería.

Consiste, en definitiva, en una patología que implica una dependencia a niveles extremos de las TIC. Lo que para los especialistas de la medicina se considera algo más que una simple adicción, siendo difícil también, en este caso, discernir entre la causa y la consecuencia del problema. Con lo cual resulta complejo concretar si existe un grave problema psicológico agravado por la tecnología, o bien, la tecnología agrava algún problema psicológico del trabajador⁵⁰⁴. Téngase en cuenta además que el estrés y las situaciones de ansiedad vienen acompañadas de otros síntomas como consecuencia de la somatización de la tensión. Entre las que se encuentran también numerosas enfermedades de la piel.

Dada la mayor exposición a este tipo de patologías por el teletrabajador (por la implicación de las tecnologías en el trabajo) debe tenerse también en cuenta como factor adicional, el riesgo singular de los teletrabajadores asociado a la dificultad de interacción con el centro de trabajo y el resto de los empleados que prestan sus servicios en modalidad presencial. Y ello porque esta separación física entre el trabajador y el resto de la plantilla genera un riesgo de aislamiento del empleado, que debería ser abordado en la planificación preventiva de la empresa.

Resulta preciso, por otra parte, recordar que, junto a los riesgos psicosociales, existen riesgos adicionales vinculados con la utilización de las tecnologías. En tal caso, el mayor sedentarismo que generan las TIC, unido al cambio de rutinas de las personas, implica efectos directos sobre la salud de los trabajadores⁵⁰⁵.

⁵⁰³ BRAGAZZI, N.L., DEL PUENTE, G., “A proposal for including nomophobia in the new DsM-V”, Psychology Research and Behavior Management, 2014. Disponible en:

<https://kopernio.com/viewer?doi=10.2147/PRBM.S41386&route=6> [consulta: 2 septiembre 2018]

⁵⁰⁴ Nomophobia: The Mobile Phone in Panic Disorder with Agoraphobia: Reducing Phobias or Worsening of Dependence? Cfr. Cognitive and Behavioral Neurology, 2010, Vol. 23, Pág. 53

https://journals.lww.com/cogbehavneurol/Abstract/2010/03000/Nomophobia_The_Mobile_Phone_in_Panic_Disorder.10.aspx [consulta: 12 agosto 2018]

⁵⁰⁵ Al respecto, llama la atención el dato que sitúa en el 42,4% a los trabajadores utiliza las TIC (ordenadores de sobremesa, portátiles, smartphones) durante la mitad o más de las horas de su jornada laboral. De los cuales, el 23%, las utilizan siempre. *La prevención de los efectos sobre la salud derivados del trabajo sedentario en jóvenes asociado a las nuevas tecnologías*, Madrid, INSHT, 2018. Pág. 26. Disponible en:

4.3.3 Otros riesgos vinculados a las tecnologías

Adicionalmente a los riesgos psicosociales, se detectan otro tipo de patologías asociadas al uso de las tecnologías, entre las que cabe incluir las lesiones musculoesqueléticas en diferentes zonas, fundamentalmente columna vertebral, cuello y manos⁵⁰⁶. A las que se unen las vinculadas, en este caso, a la salud visual.

Respecto al primer grupo de riesgos, los factores que influyen en la probabilidad de que los trabajadores desarrollen este tipo de trastornos, se encuentran relacionados con malos hábitos posturales, movimientos repetitivos, presión de determinados músculos, el estrés, carga excesiva de trabajo, y otros factores psicosociales.

En tal caso, vienen siendo cada vez más habituales enfermedades como las tendinitis, por la posición inadecuada de teclados, el ratón, el teléfono móvil o la pantalla de visualización de datos. Daños a la salud que pueden ser fácilmente corregidos mediante un simple cambio de ubicación del material de oficina donde se instalan los equipos tecnológicos. A los que hay que sumar las lesiones en las cervicales, que normalmente se producen por torsiones o movimientos no coordinados.

Asimismo, aunque con menor incidencia, otro de los trastornos vinculado al uso de las TIC es la nedrinitis palmar, caracterizada por la inflamación de las manos como consecuencia del uso prolongado de dispositivos móviles, así como el túnel carpiano, conocido como “túnel del ratón”, que en función de la intensidad de la gravedad puede encuadrarse en un grado de afección primario o secundario. En este caso la lesión se provoca por el uso prolongado de un ratón, lo que genera una tensión excesiva en las muñecas, causando un gran dolor que cesa habitualmente con el cambio de posturas y movimientos.

Además de los riesgos musculoesqueléticos, también ha de atenderse a la disposición de una ubicación adecuada del puesto de trabajo que va a ocupar el trabajador. Cobrando

http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Noticias/Noticias_INSHT/2018/Ficheros/Sedentaris_mo%20jovenes.pdf [consulta: 12 diciembre 2018]

⁵⁰⁶ Téngase en cuenta que el INSHT advierte del incremento de los riesgos para la salud, cuando se acumulan más de 7 horas diarias de sedentarismo y cuando se permanece sentado más de 30 minutos seguidos, sin interrupción. Informe cit. supra en nota anterior, *La prevención de los efectos sobre la salud derivados del trabajo sedentario en jóvenes asociado a las nuevas tecnologías*, Madrid, INSHT, 2018. Pág. 23.

especial relevancia la intensidad de la luz ambiental natural y artificial para la prevención de enfermedades oftalmológicas. En este caso, la patología, denominada “síndrome visual informático” es provocada por el esfuerzo permanente en la visualización de dispositivos. Con lo que, para reducir los riesgos de esta patología es preciso disponer de iluminación primaria, que permita una sencilla visibilidad de los documentos y materiales de trabajo. Adicionalmente a ello, esta iluminación directa, debe complementarse con iluminación secundaria, con la finalidad de proporcionar al usuario una sensación de entorno luminoso. Adviértase que, aunque en la mayoría de los casos estas lesiones tienen un carácter más leve, como es el caso del enrojecimiento de los ojos por el uso de pantallas de visualización de datos, pero también puede ocasionar otras más graves entre las que se encuentra la visión borrosa o la visión doble temporal.

En esta línea de patologías, la reingeniería organizativa de procesos⁵⁰⁷ puede aportar importantes soluciones como herramienta de gestión para adaptar las empresas a la realidad de la economía digital, diseñando nuevas formas de organización que permitan un uso adecuado de las tecnologías, con el menor impacto posible en la seguridad y salud de los trabajadores.

4.3.4 La singularidad del régimen jurídico de las enfermedades profesionales

En último extremo, ha de tenerse en cuenta el marco regulatorio que determina la calificación o no de enfermedad profesional de una patología. De tal manera, según determina el art. 116 de la LGSS " *Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen reglamentariamente..., siempre y cuando se encuentre provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional "*.

Con lo cual, constituye elemento determinante, a efectos de la calificación como enfermedad profesional, que la enfermedad se contraiga a consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena. Debiendo, además tener expresa acogida la patología en el cuadro de enfermedades profesionales del sistema de la Seguridad Social, regulado en el

⁵⁰⁷ Adviértase sobre las posibilidades de la reingeniería de procesos permite analizar los procesos productivos de la empresa para rediseñarlos, incluyendo las modificaciones necesarias que permitan reducir costes, tiempo de ciclo, calidad del servicio y calidad del producto. Objetivos entre los cuales debería tener un peso específico la prevención de riesgos laborales. Respecto al origen de la reingeniería de procesos, DAVENPORT, T.H., JAMES, E., *The new industrial engineering: information technology and business process redesign*, Massachusetts Institute of Technology, 1990.

RD 1299/2006, de 10 de marzo⁵⁰⁸. Y finalmente, debería estar provocada por la acción de elementos y sustancias que se determinen, para cada enfermedad, en el citado reglamento.

Con lo cual, actualmente, la única referencia a las patologías expuestas se limita a las lesiones musculoesqueléticas. Sin embargo, la redacción de las enfermedades provocadas por posturas forzadas en el Grupo 2, relativo a “enfermedades causadas por agentes físicos” del RD 1299/2006, no incluye ni las profesiones de utilización intensiva de TIC, ni todas las patologías derivadas de la misma. Por lo cual, como punto de inicio, resulta altamente conveniente que los convenios colectivos detallen las funciones y tareas de los trabajos digitalizados (incluido el teletrabajo), y expresamente la utilización de dispositivos que impliquen la realización de movimientos de extensión y flexión forzados, continuados o sostenidos, además de las medidas preventivas a adoptar.

Por otra parte, el RD tampoco recoge otras enfermedades, como el estrés laboral provocado por las tecnopatías. Lo cual obliga a adoptar singulares medidas preventivas, ya que no quedarían protegidas como enfermedades profesionales, sino, en su caso, como accidentes de trabajo.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que para que un accidente obtenga la calificación de laboral, se exige superar la prueba del nexo causal entre la lesión sufrida y el trabajo por cuenta ajena desarrollado. Situación que invita a adoptar medidas normativas para que el ejecutivo español actualice el cuadro de enfermedades profesionales a las patologías provocadas por la economía digital. Junto a lo cual conviene, además, profundizar en el impacto, en general, de las TIC en la seguridad y salud de los trabajadores e impulsar políticas de prevención de riesgos.

4.4 La tecnología como herramienta de prevención de riesgos

Por último, en este apartado se considera preciso hacer referencia, aunque sea de forma sucinta, a otra vertiente de las TIC, que permita, al menos, sugerir las posibilidades que ofrece el desarrollo tecnológico para aspectos tales como la prevención de riesgos

⁵⁰⁸ El RD 1299/2006 derogó y sustituyó al RD 1995/1978, atendiendo a los numerosos avances producidos desde entonces en los procesos industriales. Sin embargo, resulta necesaria la adaptación de la disposición reglamentaria a la economía digital, con la aprobación de un nuevo cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social que incluya las patologías emergentes en la economía digital.

laborales. Se trata de una oportunidad que debería tenerse en cuenta en el ámbito de la empresa, resultando altamente conveniente un impulso adecuado por parte de las administraciones. Entre tales tecnologías, la robótica o los drones pueden ofrecer importantes opciones como factor de reducción de la siniestralidad laboral. Con lo que podría ser de gran utilidad en todos los ámbitos y especialmente en aquellos que cuentan con mayores índices de gravedad en la siniestralidad (como el sector de la construcción)⁵⁰⁹. De esta manera, a través de la utilización de robots en los procesos más arriesgados, sería posible reducir los accidentes de trabajo.

Junto a ello, también destaca el amplio abanico de posibilidades que ofrece la tecnología en materia de salud laboral. Lo que permitiría disponer de mecanismos, no intrusivos, para detectar, con carácter predictivo, de información, a través de los datos biométricos del trabajador, que permiten conocer aspectos como el estado de salud del trabajador, e incluso los niveles de estrés que genera una determinada actividad. Con lo cual, esta información permitiría monitorizar el estado de salud del trabajador, resultando de especial trascendencia, en profesiones en las que puede verse implicada la vida de otras personas (conductores de transporte público, pilotos etc.), con el fin de evitar accidentes con víctimas mortales⁵¹⁰. Cuestión diferente será como determinar la gestión del tratamiento de datos personales, especialmente en caso de información sensible, para hacer un uso adecuado de tales datos.

A este respecto, podría reportar una gran utilidad el análisis tecnológico de las señales que emite el cuerpo humano (tensión, ritmo cardíaco etc.), mediante tecnología integrada en el equipo de trabajo. De forma que se pudiera medir la variación cuantitativa de una determinada magnitud, comparándola con otras magnitudes de referencia (del mismo o de otros individuos) en distintos espacios temporales, para detectar y anticipar determinados accidentes⁵¹¹.

⁵⁰⁹ Téngase en cuenta las previsiones de crecimiento del sector de la construcción en España se encuentran en el 5,8% en 2019, el 3,9% en 2020 y del 3,0%, atendiendo a las cifras provisionales de Contabilidad Nacional Trimestral. En este caso, la mayor tasa de recuperación prevista se atribuye al sector de la construcción. Por todos, el informe FUNCAS de mayo 2019. Disponible en:

<https://www.funcas.es/Indicadores/Indicadores.aspx?file=5> [consulta: 9 de mayo 2019]

⁵¹⁰ Piénsese en los accidentes en el tráfico aéreo o terrestre, que tienen su origen en un accidente laboral (infarto de miocardio, derrame cerebral ...) sufrido por el piloto durante el trascurso de un trayecto.

⁵¹¹ Vid a modo de ejemplo, el proyecto *Analyzer Vital Vieva*, que permite conocer el estado de salud física y psicológica de una persona a través de una cadena de mediciones de datos, previa clasificación las características de las señales biológicas, según magnitudes tanto estructurales, como biológicas. Entre las primeras, se encuentra la longitud, la extensión, la cantidad, el volumen, la elasticidad y viscosidad. Mientras que entre magnitudes funcionales permiten medir el potencial eléctrico, la temperatura, la presión, o la fluencia, que se describen según su frecuencia, su amplitud, la forma o el momento en el que aparecen. Disponible en: <https://vitaltuning.com/> [consulta: 31 agosto 2018]

Es cierto que las citadas mediciones, con tales tecnologías, exigen un firme compromiso de responsabilidad en el tratamiento respetuoso de datos, especialmente sensibles, del trabajador. Lo cual requiere indispensablemente contar con el consentimiento expreso del trabajador, otorgado al efecto. De tal manera, el tratamiento de estos datos requiere inicialmente un registro metrológico de la información, posteriormente un proceso de transformación de los datos que permita elaborar un informe, y, finalmente, la transferencia telemétrica de las señales biológicas. Lo cual requiere ofrecer una información completa y detallada al trabajador, que le permita conocer la finalidad perseguida con la obtención de datos sus datos biométricos, además de los beneficios de la medida, al tener una utilidad preventiva.

Se trataría de integrar la tecnología con una perspectiva de prevención de riesgos laborales, a fin de poder interpretar datos biológicos a través de diversas técnicas, sin que en ningún caso se pudieran utilizar en perjuicio del empleado. En dicho contexto, cabría analizar las señales electromagnéticas, bioacústicas, bioquímicas, biomecánicas, bioópticas, o señales biotérmicas que emite el ser humano. Tales magnitudes permiten detectar diferentes condiciones del cuerpo humano: a) por un lado, las señales electromagnéticas permiten conocer los impulsos eléctricos de los aparatos del cuerpo humano; b) además, las señales bioacústicas, ofrecen información sobre el ruido que emite el corazón, o los sonidos que se escuchan con motivo de la respiración en los pulmones, lo que permite conocer situaciones de estrés o la reacción del individuo ante agentes causantes de ansiedad; c) las señales bioquímicas apreciables con el tacto, revelan información sobre la composición o la concentración de fluidos, actuando como un rápido análisis de sangre; d) las señales biomecánicas resultan de gran utilidad para la prevención de riesgos musculoesqueléticos. Dado que se obtiene a través de ellas información sobre el tamaño o la forma de determinados músculos y órganos, el tipo de movimientos que se realizan, así como los niveles de aceleración, o la fluencia de los movimientos; e) finalmente, otras tecnologías basadas en el análisis de señales bioópticas, se basan en el color y en la capacidad de penetración o absorción de la luz en los órganos, lo que permiten hacer una interpretación de los fluidos del cuerpo humano (midiendo los niveles de oxígeno en sangre). Mientras que las señales biotérmicas, ofrecen información atendiendo a la evolución de la temperatura del cuerpo humano.

En resumen, es posible reconocer las numerosas oportunidades que ofrece la tecnología en beneficio de la seguridad y salud en el trabajo. No solo para utilizarla en sustitución de las personas en aquellos trabajos más arriesgados, sino para registrar un variado tipo de

señales, que haga posible una interpretación del estado de salud del trabajador y de las condiciones para desempeñar su trabajo. Cuestión especialmente importante, cuando del servicio del trabajador depende la vida de otras personas. De esta manera, las TIC permitirían realizar diagnósticos integrales inmediatos, con carácter preventivo. Facilitando una visión general sobre la aptitud y salud corporal de un trabajador (física y psíquica), especialmente ante la exposición a factores causantes de estrés. Una vez más, resulta conveniente aclarar, que, estas técnicas requieren de un marco legal que determine los límites de la utilización de esta información, de forma que, en ningún caso pueda utilizarse para discriminar o dañar de alguna manera al trabajador.

5 NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL TELETRABAJO EN ESPAÑA

No todos los trabajos a distancia se desarrollan por teletrabajadores, ni todos los teletrabajadores tienen por qué realizar sus servicios en el domicilio habitual. Por este motivo sería conveniente dotar al ordenamiento jurídico de un marco regulatorio específico actualizado del trabajo con uso intensivo de TIC, que determine sus singularidades, dando así respuesta a la incontestable realidad de las distintas formas de teletrabajo, lo que sin duda tendría evidentes efectos positivos. Y ello, no solo por razones de seguridad jurídica, sino también para potenciar un fenómeno que constituye una extraordinaria herramienta de impulso a la conciliación de la vida personal y laboral, para generar nuevos puestos de trabajo, así como para aportar otro elemento más de eficiencia en la empresa⁵¹².

También resulta conveniente determinar las distintas tipologías de teletrabajo, desde el punto de vista del derecho laboral. Con lo cual se podrían deslindar los supuestos que responden a las características del trabajo por cuenta ajena, ex art, 1 ET, de otras modalidades de prestación de servicios encuadrables en la categoría de trabajador autónomo, o incluso, autónomo por cuenta ajena. Desde mi punto de vista, siempre que se reúnan los criterios tradicionales de voluntariedad⁵¹³, personalidad, ajenidad y

⁵¹² El teletrabajo, télétravail, telelavoro, teletrabalho, telearbeit, remoteworkstation, como tal, no ha sido definido por el legislador español. La práctica lo califica como una modalidad de prestación del trabajo basada en la utilización intensiva de las TIC. No obstante, la definición que se utiliza normalmente es la del punto 2 del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, que lo define como *“forma de organización y/o de realización del trabajo, con el uso de las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la que un trabajo, que hubiera podido ser realizado igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de estos locales de manera regular”*.

⁵¹³ Respecto a la voluntariedad la jurisprudencia es tajante sobre la imposibilidad de transformar un contrato de trabajo de régimen común en un contrato a domicilio. Vid STS de 11 de abril de 2005, que en su JF 6, analiza un supuesto de acuerdo impuesto, impugnado por el trabajador, en el que “no consta el establecimiento de técnicas específicas de control informático de la prestación laboral”, lo que para el alto Tribunal implica “un cambio parcial del régimen contractual, pues al menos una parte de la actividad laboral va a realizarse “a domicilio” y sin vigilancia del empresario.” Un cambio que excede de las previsiones del Art. 41 ET, “porque este precepto se refiere a las modificaciones sustanciales ... en el marco de un determinado contrato de trabajo, pero no a las condiciones que puedan determinar un cambio de régimen contractual, como muestra la regla del apartado d) del Art. 12 ET para el contrato a tiempo parcial, y tampoco sería posible autorizar el cambio de una relación indefinida por una temporal o de una relación común por una especial. La doctrina científica ha resaltado que el Art. 41 del ET se aplica a “las condiciones de trabajo”, entendidas como los aspectos relativos a la ejecución de la prestación de trabajo y sus contraprestaciones, pero que no alcanza a “las condiciones de empleo” Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&referencia=1193831&links=%22143%2F2004%22&optimize=20051011&publicinterface=true> [consulta: 21 junio 2018]

dependencia, estaremos ante una figura que se enmarca en el Derecho del Trabajo⁵¹⁴. Quedando incluida en ella cualquier modalidad de prestación de trabajo en régimen de laboralidad, ya se presten los servicios a través de economía colaborativa, mediante una plataforma virtual, o en su caso, para una empresa tradicional.

En un entorno económico marcado por la fuerte crisis, ha sido el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el que ha introducido, de forma tangencial, por primera vez en España, la regulación del teletrabajo⁵¹⁵. Concretamente, da una nueva redacción al marco jurídico del trabajo a distancia (antes trabajo a domicilio) como fórmula de promoción de nuevas alternativas de actividad laboral. Resultando, efectivamente, este objetivo, lo que justifica el impulso del teletrabajo, con las debidas garantías.

Con todo, el RDL alude en su Exposición de Motivos al teletrabajo como una particular forma de organización del trabajo, que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que persigue la reforma⁵¹⁶. Se pretende de esta forma favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, e incrementar las oportunidades de empleo. Además de reconocer el valor de las tecnologías en la optimización de la relación entre tiempo de trabajo, y vida personal. Con base en estos argumentos el legislador ha modificado la ordenación del tradicional trabajo a domicilio, sustituyéndola por la modalidad de “trabajo a distancia”. El cual se basa en el uso intensivo de las tecnologías, y en una equilibrada regulación de derechos y obligaciones.

Ahora bien, a pesar de constituir el teletrabajo una realidad, cada vez más presente en la sociedad del S. XXI, lo cierto es que se ha venido extendiendo de forma espontánea, aun a falta de un marco general que la desarrolle. Sin embargo, las recientes expresiones de teletrabajo vienen asociadas a nuevas características de la prestación de trabajo, entre la que se encuentra la movilidad. Lo que permite al trabajador decidir desde que lugar desea trabajar, unido a una mayor libertad de horarios en la ordenación del trabajo. Con lo cual se amplían las facultades de autoorganización del trabajador, difuminando parcialmente algunos aspectos clásicos de la relación laboral, como la jornada de trabajo o el lugar de trabajo. Esta progresión del teletrabajo recibe la denominación de *smartworking* o

⁵¹⁴ Analiza los problemas de la práctica de prueba, VALLESPÍN PÉREZ, D., “La controvertida figura de los «falsos autónomos» desde la perspectiva del objeto de la prueba”,

⁵¹⁵ Vid art. 6. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2012/02/11/pdfs/BOE-A-2012-2076.pdf> [Consulta: 18 junio 2018]

⁵¹⁶ Así reza la exposición de motivos del citado Real Decreto Ley 3/2012.

trabajo inteligente como fórmula superadora del teletrabajo, con ejemplos extendidos en distintos ámbitos empresariales⁵¹⁷.

Como requisito previo para implementar esta fórmula de trabajo, resulta indispensable la existencia de una empresa que cuente con uno o más departamentos de alta madurez en la economía digital. Lo cual exige una sólida confianza entre el empresario y directivos con los *smartworkers*, por su solvencia y profesionalidad. Ya que la forma de prestación de trabajo dota a los recursos humanos de una gran flexibilidad en las variables de espacio y tiempo de trabajo, dejando que sea el propio trabajador el que decida cuando, como y donde desempeñar sus funciones, dentro del sistema de organización y dirección empresarial.

5.1 Una visión general de la experiencia del teletrabajo. Estado de la evolución del teletrabajo en España desde un punto de vista comparado.

Especialmente durante los últimos diez años, las distintas administraciones públicas europeas han iniciado un progresivo camino de implantación del teletrabajo, que encuentra el origen de su impulso en el *Acuerdo marco europeo sobre Teletrabajo*, de 16 de julio de 2002. Se trata de un acuerdo suscrito por los interlocutores sociales más representativos de ámbito europeo, gestionado a instancias de la Comisión Europea, como impulsora del desarrollo de diferentes iniciativas de teletrabajo, en varios países de la UE.

La experiencia no es exclusiva de Europa, ni de las administraciones españolas, sino que paralelamente han surgido experiencias en distintos Estados, siendo el norteamericano uno de los más destacados. Lo cierto es que EEUU se sitúa entre los estados que han optado por utilizar el máximo rango normativo para su regulación. A este respecto, por su carácter didáctico, destacan las recomendaciones recogidas en el informe *Lecciones aprendidas de la implantación del teletrabajo en cuatro de las Agencias Federales*

⁵¹⁷ Vid los distintos acuerdos suscritos en Italia sobre smartworking en el ámbito del diálogo social, que inicialmente se centraron en la satisfacción de necesidades de conciliación, y han evolucionado hacia una ampliación de objetivos hacia otros aspectos sociales, vinculados al consumo o la movilidad. Junto a ello, se amplía la participación de los trabajadores en términos de formación, empoderamiento y mayor autonomía del trabajador para organizar su trabajo. Entre los acuerdos firmados en el marco del diálogo social, destacan los de las compañías Nestlé, Vodafone, Barilla, o Gruppo FCA. Este último de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.fim-cisl.it/wp-content/uploads/files/smartworking/accordi/FCA-verbale-di-accordo-firmato-smart-working-12-marzo-2018.pdf> [consulta: 20 junio 2018]

*Estadounidenses, (Implementing Telework: Lessons Learned from Four Federal Agencies)*⁵¹⁸.

En efecto, el informe, basado en la Ley sobre teletrabajo aprobada en diciembre de 2010, *The Telework Enhancement Act of 2010*⁵¹⁹ sintetiza las claves de una adecuada implementación del teletrabajo en la Agencia de Sistemas de Información de Defensa⁵²⁰, en la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos⁵²¹, en la Corporación Federal de Seguros de Depósitos⁵²², así como en los Institutos Nacionales de Salud⁵²³. Concretando la norma la justificación de la experiencia en la voluntad de impulso político y proactivo de los máximos responsables de cada uno de los departamentos. Junto a ello, la Ley sugiere cuatro elementos clave, que han resultado determinantes para el éxito del teletrabajo. Entre los cuales destaca la aplicación general en el proceso del principio *in claris non fit interpretatio*, como una garantía de seguridad jurídica. También considera aspectos imprescindibles la formación de los teletrabajadores, así como la concreción por parte de la empresa de los objetivos perseguidos. Sin embargo, no lo hace de forma rígida, sino que se prima la iniciativa del trabajador. Como resultado de todo ello, contempla la compensación económica al trabajador por los esfuerzos tecnológicos que realice en beneficio de la empresa.

Sobre estos aspectos, el informe elaborado conjuntamente por la OIT y EUROFOUND “*Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*”⁵²⁴, analiza y contrasta la

⁵¹⁸ El citado informe contiene las lecciones aprendidas en la implementación de la experiencia de teletrabajo en cuatro Agencias Federales Estadounidenses, concluyendo con una serie de recomendaciones, que desde mi punto de vista resultan esenciales para una planificación adecuada de una política de teletrabajo. Entre ellas, se encuentran, en primer lugar, establecer planes y políticas para el impulso del teletrabajo. En segundo lugar, exigir la formalidad de la escritura y de la claridad de las condiciones frente a opciones de pactos verbales. La tercera recomendación gira en torno al diseño de una formación en TIC de carácter prioritaria dirigida a trabajadores y directivos. Un cuarto grupo de recomendaciones se dirigen a asegurar el rendimiento de los teletrabajadores, a articular sistemas de evaluación del rendimiento por objetivos y resultados frente a la mera constatación de la presencia en la empresa. En quinto lugar, centra el diseño de una gestión inclusiva de los recursos humanos, basada en principios como la proactividad de los dirigentes, así como la compensación económica al empleado en los supuestos en los que ponga a disposición del teletrabajo sus propios equipos. Disponible en: <http://www.businessofgovernment.org/sites/default/files/Implementing%20Telework%20Lessons%20Learned%20from%20Four%20Federal%20Agencies.pdf> [consulta: 2 agosto 2018]

⁵¹⁹ La Ley americana de teletrabajo, Public Law Núm. 111–292, aprobada durante el mandato de Barack Obama se encuentra Disponible en: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ292/pdf/PLAW-111publ292.pdf> [consulta: 2 agosto 2018]

⁵²⁰ Pág. 14 del Informe citado.

⁵²¹ Pág. 17 del Informe citado.

⁵²² Pág. 20 del Informe citado.

⁵²³ Pág. 22 del Informe citado.

⁵²⁴ El informe, diferencia tres modalidades de teletrabajo: Una primera clasificación es la correspondiente al teletrabajo tradicional, desde casa y sin aportación tecnológica. En segundo lugar, el teletrabajo desde

incidencia de las tecnologías en el ámbito laboral en diferentes países (Estados Unidos, Argentina, Brasil, India, Japón y diez Estados miembros de la UE: como Alemania, Bélgica, España, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Países Bajos, Reino Unido y Suecia).

No se pretende incluir abordar en detalle el sistema de fuentes en derecho comparado, sobre el que ya existen distintos estudios doctrinales⁵²⁵, pero sí parece oportuno exponer aquí los hitos regulatorios más significativos. Y junto a ello, analizar los resultados obtenidos en el avance del teletrabajo. Lo cual ofrece un mejor conocimiento del impacto real de las TIC en el Derecho del Trabajo durante los últimos años.

En este sentido, el análisis del citado informe “*Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*”, permite alcanzar varias conclusiones. En primer lugar, que ⁵²⁶ fuera de la UE, el teletrabajo evoluciona con distinta intensidad, encontrando su máximo nivel de desarrollo en EEUU, con un 20% de teletrabajadores de todos los trabajadores encuestados en el año 2015, seguido de Japón con un 16% de teletrabajadores.

Frente a tales Estados y en posiciones mucho menos relevantes, se encuentran países como Argentina⁵²⁷, del que se desprende un porcentaje de solo 1,6 puntos, o la India con una proporción aproximada de en torno a un 3% de teletrabajadores. Téngase en cuenta en este último caso, que la muestra sobre la que se realiza la encuesta viene referida al “trabajo organizado” (no agrícola). Lo que representa, en sí misma, una porción relativamente pequeña (entre el 14% y el 16% del empleo total en India). Lo cierto es que, respecto a los países no europeos, la incidencia de las TIC en el trabajo solo es significativa en los EEUU y Japón⁵²⁸.

el domicilio, mediante un uso más o menos intensivo de las TIC, distinguiéndolo de un último supuesto relativo al teletrabajo desde cualquier lugar del mundo, mediante un uso intensivo de las TIC. Concretamente, define estas dos últimas formas de trabajo como las desarrolladas mediante el uso de las TIC, a través de cualquier instrumento como teléfonos inteligentes, tablets, ordenadores, ya sean portátiles o de sobremesa, que permiten trabajar fuera de las instalaciones de la empresa”.

Vid Eurofound and ILO (2017), “*Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*”, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Pág. 5 Disponible en: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1658en.pdf [consulta: 2 agosto 2018]

⁵²⁵ Vid *Trabajo a distancia y Teletrabajo*, MELLA MENDEZ, L. VILLALBA SANCHEZ, A. (Coord.), en el que se analiza el enfoque de los ordenamientos francés, británico, alemán, italiano y argentino.

⁵²⁶ Vid Pág. 15 del informe, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work* (Vid supra, nota núm. 524)

⁵²⁷ Actualmente se está tramitando en Argentina el proyecto de ley de Régimen Jurídico del Teletrabajo ante el Congreso de la Nación, como modalidad de trabajo por cuenta ajena, en igualdad de derechos como el trabajo presencial y de carácter mixto, con lo que debe compatibilizarse con la presencia física en el centro de trabajo para evitar situaciones de aislamiento.

⁵²⁸ Vid Pág. 16 del Informe cit., *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*. (Vid supra, nota núm. 524 y 526)

Por otra parte, atendiendo al análisis comparado de los datos en los veintiocho Estados de la UE, la segunda conclusión que ofrecen los resultados, atendiendo a la sexta encuesta de condiciones de trabajo de la EWCS⁵²⁹, evidencia el amplio margen de mejora de la economía digital en España. Con lo que, atendiendo a la evolución del trabajo basado en el uso de las TIC, resulta que nuestro país se encuentra entre aquellos que cuentan con una baja implantación del teletrabajo⁵³⁰.

En tal sentido, la lenta evolución del teletrabajo en la economía digital en España se constata mediante el análisis comparado de la integración de las TIC otros países. A este respecto, el informe elabora un ranking de países, ordenándolos en función del porcentaje de teletrabajadores que presentan sus servicios fuera de las instalaciones del centro de trabajo. Encontrándose en una primera de categoría de Estados, aquellos que cuentan con un alto porcentaje de teletrabajo, entre los que destacan Finlandia, Japón, Países Bajos, Suiza o Estados Unidos. En otro tramo, con un nivel de implantación intermedio de teletrabajo, se encuentra Bélgica, Francia o el Reino Unido⁵³¹. Quedando relegados finalmente, la relación de países más rezagados, en los que se dispone de una baja proporción de teletrabajadores, entre tales, os que se encuentran Argentina, Alemania, Hungría, Italia o España⁵³².

A consecuencia de lo expuesto, se observa que la posición relativa de España en la evolución de las tecnologías, y especialmente respecto al impulso de formas de trabajo más atractivas para los empleados, es ampliamente mejorable. Lo cual, aconseja reforzar

⁵²⁹ Vid la Encuesta de condiciones de trabajo Europa. Disponible en:

https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1634en.pdf

[consulta: 1 agosto 2018]

⁵³⁰ El informe realizado con los datos de la Encuesta Europea de condiciones de trabajo, EWCS 2015, muestra la evolución del teletrabajo en España, que tiene, como ya se ha avanzado en este trabajo respecto a distintos aspectos, un importante campo de mejora, ya que se encuentra en decimosexto puesto de porcentaje de teletrabajadores en la Europa de los 28, por categoría y país, Pág. 15 del informe conjunto de OIT y EUROFOUND.

⁵³¹ Cualquier tipo de regulación no es, en sí misma, un instrumento de garantía absoluta en el impulso de las tecnologías en el trabajo, ya que Francia, p. ej. sí que cuenta con norma con rango legal sobre economía digital que se analiza en este trabajo, pero el Reino Unido, tan solo ha optado por una guía de buenas prácticas, sin carácter vinculante, basada en el Acuerdo Europeo de Teletrabajo del año 2002. *The UK Telework Guidance* del año 2003, acordado por la patronal y sindicatos más representativos británicos, se encuentra disponible en: <http://erc-online.eu/wp-content/uploads/2014/04/2006-01458-EN.pdf> [consulta: 22 junio 2018]

⁵³² Vid gráfico 3, del informe *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Classification of countries in relation to use of ICT outside the employer's premises from a comparative perspective. Pág. 20, (Vid supra, nota núm. 524, 526 y 528).

el dinamismo en la configuración de las relaciones de trabajo en las empresas. Argumento que refuerza la necesidad de impulsar un nuevo marco estable de derechos y obligaciones, que se adapte a las demandas de la economía digital. Junto a lo cual, resultaría muy conveniente disponer de un marco global, o al menos, un marco europeo, que armonice una serie de principios generales del teletrabajo. Ya que como destaca la doctrina, tampoco existe una regulación homogénea en la negociación colectiva europea. Sino que de la actividad negociadora de sindicatos y organizaciones empresariales se desprenden referencias al teletrabajo, mayoritariamente en convenios sectoriales, en países como en Bélgica o Finlandia. Mientras que se opta predominantemente por la negociación colectiva de empresa en países como Alemania, Francia, Irlanda o Reino Unido. Todo ello, sin perjuicio de que en otros ámbitos territoriales como Italia o Suecia se utilizan ambos instrumentos⁵³³ para la regulación del teletrabajo.

5.1.1 Sintetizando el modelo norteamericano de teletrabajo regulado en la *Telework Enhancement Act*

A la vista de los buenos resultados de la implantación del teletrabajo en EEUU, desde que se impulsara en 2010 mediante la ley norteamericana *The Telework Enhancement Act*, resulta conveniente recoger aquí una síntesis del modelo desarrollado en este país. La experiencia se basa en el carácter voluntario o elegible del teletrabajo, estableciendo la Ley un plazo máximo de ciento ochenta días para que el jefe de cada Agencia concrete la política general, para llevar a cabo el proceso de selección de los empleados que pueden ser objeto de autorización para teletrabajar, los requisitos y el procedimiento de notificaciones y comunicaciones con los trabajadores elegidos⁵³⁴.

Inicialmente, el modelo no se extiende a la totalidad de puestos, sino que exige la concreción posterior. Para lo cual, requiere concretarse con carácter de *número clausus* la relación de puestos de teletrabajo susceptibles de incluir. Sin embargo, la Ley americana se encarga de determinar a priori cuales son los supuestos de inelegibilidad de empleados públicos para teletrabajar, estableciendo tres limitaciones de carácter general, mediante las cuales se excluye a aquellos trabajadores que no cuenten con la confianza necesaria para el desempeño del trabajo mediante esta modalidad. Es por ello por lo que se utilizan, entre otras cuestiones, razones disciplinarias, para excluir a aquellos empleados públicos que hayan sido sancionados por falta de asistencia al

⁵³³ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. El Teletrabajo, Ed. Junta de Castilla y León, 2006, pág. 85 y ss.

⁵³⁴ Vid sección 6502. *Executive agencies telework requirement* de la *Telework Enhancement Act of 2010*. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/BILLS-111hr1722enr/pdf/BILLS-111hr1722enr.pdf> [consulta: 13 diciembre 2017]

trabajo, sin permiso, durante más de cinco días. Además, también quedan excluidos de inicio quienes hayan sido sancionados por descargar o intercambiar archivos de pornografía.

Adicionalmente a las razones de confianza señaladas, otra causa legal de inelegibilidad para este desempeño virtual del trabajo viene referida a aquellos supuestos en los que se precisa la presencia física diaria en el centro de trabajo del empleado. Ya sea porque desarrollan servicios de carácter sensible, en los que no es apropiado el teletrabajo, o bien, porque resulta indispensable la presencia física del empleado, no siendo susceptible su desarrollo de forma remota o en un lugar de trabajo alternativo⁵³⁵.

En dicho contexto, no resulta extraña la exigencia de que el pacto de teletrabajo revista el requisito formal de la escritura. Exigiéndose, de esta manera, que cada teletrabajador firme un acuerdo, por escrito, con su Agencia Federal, con la finalidad de que garanticen los niveles de rendimiento en el trabajo por parte del empleado⁵³⁶.

Asimismo, la ley da reflejo de un elemento clave para el buen desarrollo del teletrabajo, determinando el carácter obligatorio de la formación del empleado público teletrabajador, así como del equipo directivo con el que va a interactuar, para proporcionarles la capacitación adecuada. La exigencia es tal, que condiciona el inicio del teletrabajo a la consumación de la formación práctica de los afectados, para lo que el trabajador deberá encontrarse debidamente entrenado⁵³⁷.

Finalmente, resulta necesario mencionar la referencia hecha en la *Telework Enhancement Act* de 2010, al reconocimiento de la igualdad de trato de los teletrabajadores, en relación con los trabajadores que no teletrabajan en la empresa. Por lo que recalca la legislación que el teletrabajo y el trabajo presencial debe realizarse en igualdad de derechos. De esta manera, se extiende la igualdad de trato a las evaluaciones periódicas del desempeño laboral, al salario, a efectos de promoción laboral, e incluso, en orden a la asignación de trabajos de categoría inferior o de extinciones colectivas de trabajo.

Es a raíz de esta Ley, cuando el gobierno norteamericano publica en abril de 2011 la Guía para teletrabajar en el Gobierno americano, *The Guide to Telework in the Federal*

⁵³⁵ Vid sección 6504. *Policy and support* de la Ley Americana de teletrabajo (cit. supra, nota núm. 534).

⁵³⁶ Vid sección 6502. *Executive agencies telework requirement* b) 2) de la ley norteamericana de teletrabajo. (cit. supra, nota núm. 534).

⁵³⁷ Vid sección 6503. *Training and monitoring* de la Ley Americana de teletrabajo. (cit. supra, nota núm. 534).

*Government*⁵³⁸, que constituye la herramienta de información práctica básica para la gestión habitual del teletrabajo, concretándose en un instrumento clave en la orientación para solucionar los conflictos que pudieran surgir en la práctica del teletrabajo.

5.1.2 Unas pinceladas sobre el marco de teletrabajo en Francia y el derecho a la desconexión digital, como propuesta de debate en España.

No solo por la proximidad geográfica e identidad jurídica entre España y el país galo, sino por su reconocido protagonismo en la regulación de la desconexión digital, conviene incluir una referencia a las políticas abordadas en este país⁵³⁹. Concretamente, en Francia entra en vigor el 1 de enero de 2017, la modificación del Código del trabajo (*Code du travail*) aprobado mediante Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, a través de la cual, la nueva redacción del Título III, recoge las bases para un nuevo modelo social en la era digital.

Efectivamente, en el Capítulo II de este Título III, art. 55 a 60, se desarrolla un epígrafe denominado adaptación de la legislación laboral a la era digital (*Chapitre II: Adaptation du droit du travail à l'ère du numérique*), donde se contemplan distintas medidas, entre las que se encuentra el Derecho a la desconexión (*Droit à la déconnexion*).

Hay que decir, por otra parte, que la nueva redacción dada al *Code*⁵⁴⁰ incluye el reconocimiento al derecho a la desconexión digital⁵⁴¹, remitiendo a la negociación colectiva el desarrollo y ejecución de este derecho, a la que le otorga la misma el gran protagonismo de su desarrollo. Junto a lo cual, la norma apremia a implementar mecanismos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, en aquellas

⁵³⁸ Vid La Guía del teletrabajo en el Gobierno federal. Disponible en: <https://www.telework.gov/guidance-legislation/telework-guidance/telework-guide/> [consulta: 9 enero 2018]

⁵³⁹ Al respecto AUVERGNON, P., "Del teletrabajo gris al teletrabajo contractualizado: a propósito del lento avance del teletrabajo en Francia", *Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ; LOURDES MELLA MÉNDEZ (coord.), Ed. Aranzadi, 2015, pág. 265 y ss.

⁵⁴⁰ Vid Art. 55 y ss. de La *Loi Travail*, también denominada *Loi El Khomri*, en atención a la entonces ministra de Trabajo, Myriam El Khomri. Disponible en : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=A00B05A26EFDEDF5620B304D0B84F9B0.tplgfr24s_1?cidTexte=JORFTEXT000032983213&idArticle=&categorieLien=id#JORFARTI000032984268 [consulta 28 Noviembre 2017]

⁵⁴¹ ALEMÁN PÁEZ, F., "El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la "Loi Travail Núm. 2016-1088"", Pág. 21, (cit. supra nota 127).

empresas que tengan contratados teletrabajadores⁵⁴². Pretendiéndose, a través de estos, garantizar el respeto a los periodos de descanso, además de favorecer la conciliación de la vida personal y familiar.

Hasta el punto de que, a falta de regulación convencional, el derecho galo deja en manos del empresario, la articulación de un protocolo que fije el procedimiento para el ejercicio del derecho a la desconexión. Y no solo esto, sino también las acciones de capacitación y sensibilización necesarias para el uso razonable de herramientas digitales. Adicionalmente a lo cual, la norma exige la consulta previa a la representación de los trabajadores, con carácter preceptivo. Téngase en cuenta a este respecto, que la desconexión, como derecho de nueva generación en Francia, persigue evitar determinados riesgos profesionales a los trabajadores como el estrés o el síndrome de *burn out*.

Por su parte, el art. 56 de la ley francesa incluye una singular novedad en relación al teletrabajo de discapacitados. En tal supuesto se atribuye al empresario la responsabilidad de verificar la accesibilidad del software instalado en los equipos de trabajo, que resulten necesarios para el desempeño de su trabajo, cuando el teletrabajo se desempeñe por trabajadores con discapacidad. Se trata esta de una aportación de gran calado para este colectivo, cuya aplicación comienza el día 8 de agosto de 2019. Lo que ha permitido a las empresas disponer de un generoso lapso de tiempo, de tres años, para adecuar las herramientas informáticas oportunas a las necesidades de los trabajadores con discapacidad.

5.1.2.1 Medios electrónicos y representantes de los trabajadores en Francia

Otra de las cuestiones reguladas en la *loi travail* de 8 de agosto de 2016, con vigencia desde el día 1 de enero de 2017, alude a un ámbito no exento de polémica, como es el sistema de elección telemática de representantes de los trabajadores. Siendo que ya es posible la votación electrónica para las elecciones de los miembros del comité de

⁵⁴² L'article L. 2242-8 du code du travail est ainsi modifié : 2° Il est ajouté un 7° ainsi rédigé : « 7° Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques. ». II. - Le I du présent article entre en vigueur le 1er janvier 2017.

empresa (art. L2324-19), así como para la elección de delegados de personal (art. L2314-21), siempre que medie un acuerdo adoptado mediante negociación colectiva. Con todo, a falta de pacto convencional expreso, la medida podría ser decidida por el empresario.

Paralelamente, la legislación francesa se remite nuevamente a la negociación colectiva empresarial, para definir los términos y condiciones de distribución de la información sindical, mediante herramientas digitales disponibles en la empresa. En este caso, a falta de acuerdo, y de forma similar a la interpretación del Tribunal Supremo español, el texto permite a los sindicatos, con representación en la empresa, la difusión de información en un sitio web accesible de la intranet de la empresa, cuando esta exista⁵⁴³.

Para lo cual, la norma francesa establece una triple condición, a modo de exigencia, para el uso sindical de las herramientas digitales que el empresario ponga a su disposición. De manera que, un uso legítimo de las TIC requiere la compatibilidad de los requisitos de la operación, con la seguridad de la red informática de la empresa. Ya que, solo en este caso sería posible dar respuesta a las condiciones que exija la utilización sindical de las tecnologías. Junto a lo cual, resulta indispensable, además, que el uso sindical no perturbe, en ningún caso, el buen funcionamiento de la empresa. Conviene también advertir al lector que, en último extremo, la normativa señala que también habrá de garantizarse, que la libertad de elección de los empleados, para aceptar o rechazar un mensaje, debe quedar preservada.

⁵⁴³ El art. 58 de la Ley francesa modifica el art. L. 2142-6 que pasa a tener la siguiente redacción : « Art. L. 2142-6.-Un accord d'entreprise peut définir les conditions et les modalités de diffusion des informations syndicales au moyen des outils numériques disponibles dans l'entreprise. « A défaut d'accord, les organisations syndicales présentes dans l'entreprise et satisfaisant aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans peuvent mettre à disposition des publications et tracts sur un site syndical accessible à partir de l'intranet de l'entreprise, lorsqu'il existe. » L'utilisation par les organisations syndicales des outils numériques mis à leur disposition doit satisfaire l'ensemble des conditions suivantes: « 1° Etre compatible avec les exigences de bon fonctionnement et de sécurité du réseau informatique de l'entreprise ;« 2° Ne pas avoir des conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise ;« 3° Préserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser un message. »

La reforma también se ha extendido al Art. L. 514-3-1 del Código rural y de la pesca marítima facultando que mediante acuerdo de empresa se definan los términos y condiciones para distribuir información sindical con las herramientas digitales disponibles en la empresa, incluida la intranet y el correo electrónico de la empresa.

5.1.2.2 Tipología del teletrabajo en Francia.

De forma especial durante los dos últimos años, el diálogo social en Francia ha afrontado el proceso de adaptación del Derecho del Trabajo a la economía digital. Siendo su primer objetivo, elaborar un buen diagnóstico del impacto de la era digital en las relaciones laborales, para poder llevar a cabo las adaptaciones de las relaciones laborales que sean precisas.

Bajo esta premisa, el proceso de diálogo social se inicia mediante una fase de consultas con los sindicatos para recabar información sobre la tasa de teletrabajo por rama de actividad en Francia, el sexo de los trabajadores que utilizan las tecnologías, la relación de profesiones susceptibles de adaptarse al teletrabajo, junto a otros aspectos más concretos, como la evaluación de la carga de trabajo de los empleados durante los días laborables al año, así como su influencia en el derecho al descanso diario o semanal que tienen estos empleados. Todo ello, atendiendo a que las herramientas digitales deben ser utilizadas como medio de apoyo para mejorar la conciliación de la vida personal y profesional del trabajador.

Finalmente, el informe conjunto de los interlocutores sociales sobre teletrabajo "*el desarrollo del teletrabajo y el trabajo a distancia*"⁵⁴⁴, que ha contado con el respaldo unánime de todos los representantes del sector empresarial y sindical, bien puede considerarse, a mi juicio, como un hito en el derecho comparado europeo que indica el camino a la adaptación del marco de las relaciones laborales a la era digital para otros países europeos.

El contenido y alcance de este documento es ciertamente revelador, en cuanto que define, desde su introducción, cuatro modalidades distintas de relaciones laborales vinculadas a las TIC.

Ciertamente la categoría más extendida, desde los orígenes de la experiencia, es la que se corresponde con la definida como *trabajo remoto*. La cual queda delimitada como el trabajo a distancia que se desarrolla a través de teletrabajo, con la posibilidad de se realice desde cualquier lugar. Para lo que se exige que la empresa cuente con recursos técnicos disponibles para ello.

⁵⁴⁴ El informe, Conclusiones de la concertación: "*El desarrollo del teletrabajo y el trabajo a distancia*", fue presentado por los interlocutores sociales representativos a nivel nacional interprofesional, el 7 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.cpme.fr/telecharger2/170616100625-conclusions-de-la-concertation-teletravail-vf-chartee-.pdf> [consulta: 17 Julio 2018]

Por su parte, el enfoque del *trabajo itinerante* viene referido a la prestación de servicios relativa a trabajadores contratados, especialmente, para realizar trabajos en centros móviles. En este caso, cualquier cambio de lugar de trabajo se encuentra justificado en el objeto del contrato, con lo que, normalmente, no disponen de un puesto de trabajo físico permanente, en las instalaciones de la empresa (v.gr. representantes de ventas que visitan clientes, trabajo de despliegue de redes etc.) porque el empleado itinerante debe estar cerca del ámbito territorial donde se desarrolla el negocio. Ya sea por el carácter móvil de la actividad laboral a desarrollar, o bien por exigencias organizativas de la empresa, vinculadas a la dispersión geográfica de sus dependencias.

Junto a ellos, el *trabajador nómada o móvil* se caracteriza por la singular falta de regularidad en el tiempo de la prestación de los servicios, así como la indeterminación de los lugares de trabajo. Se trata en definitiva de una clasificación de la prestación de trabajo definida por el uso intensivo de herramientas digitales, no fijas, que facilitan la actividad desde cualquier lugar. Requiriendo la conexión permanente a una estación de trabajo física dentro de la compañía, mediante un canal seguro⁵⁴⁵. Consiste en un supuesto de virtualización del puesto de trabajo (un PC) a cuyo contenido se puede acceder mediante control remoto para el ejercicio de la actividad, como si se estuviese físicamente ocupando el puesto de trabajo, desde cualquier ubicación territorial, siempre que disponga de conectividad.

Por último, el cuarto modelo de relación laboral contemplada se refiere a la del *teletrabajo propiamente dicho*. En tal caso se admite que el teletrabajo forme parte del contenido del mismo contrato de trabajo, o bien que tal fórmula sea acordada en un momento posterior a lo largo de la vigencia de la relación laboral.

Merece la pena destacar también que el acuerdo suscrito por los agentes sociales galos, además de definir las categorías de teletrabajo expuestas, analiza tres grandes ámbitos de impacto de la era digital en el trabajo. Motivo por el que es objeto de análisis la situación en la que se encuentran los empleados en el teletrabajo, a pesar de tratarse de una práctica todavía no muy extendida en Francia. Para lo cual, el acuerdo estudia los distintos enfoques de cada una de las modalidades de trabajo, así como a sus elementos

⁵⁴⁵ Vid informe de 15 de septiembre de 2015 que el director general de Recursos Humanos de Orange, Bruno Mettling para adaptar el trabajo a la transformación digital, a la ministra francesa de Trabajo, Myriam El Khomri. Disponible en: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf> [consulta : 8 noviembre 2017]

clave o definatorios. Unido a lo cual, valora posteriormente los beneficios y riesgos de la utilización de las tecnologías en cada supuesto.

Por otra parte, desde un punto de vista empírico, el teletrabajo viene caracterizado por la nota definatoria de ser elegible o voluntario por parte del trabajador. Con lo que se trata de una peculiaridad que permite en cualquier momento la reversibilidad de la medida. Además de lo anterior, también se analizan los posibles lugares de trabajo, y formas de organización del trabajo. Profundizándose en la necesidad de atender en condiciones de igualdad a otros aspectos, como la seguridad, la salud o la capacitación y el desarrollo profesional del trabajador. Repárese además sobre la recomendación al empresario de colaborar con el trabajador en la asunción de costes indirectos inherentes al teletrabajo.

Con lo que, una vez analizada la implantación del teletrabajo, las circunstancias en las que se presta y las consideraciones sobre los derechos de los trabajadores, el informe expone los nuevos problemas que plantea la era digital en el trabajo. Resaltando la necesidad de aclarar en las normas legales aplicables determinados aspectos claves del teletrabajo, como el vínculo entre el teletrabajo regular, casual e informal. Unido a lo cual propone una adecuada planificación de la organización del tiempo de trabajo, del derecho a la desconexión, protección de los datos personales, la movilidad, o el impacto en la supervisión del empresario en una relación basada en la confianza.

Destaca, en suma, la importancia de unas conclusiones que no deben pasarse por alto, al ser perfectamente extrapolables a cualquier otro país. Con lo que, el documento comporta una verdadera guía de buenas prácticas, de gran utilidad como punto de referencia para la negociación colectiva empresarial o de ámbito superior a la empresa en Francia. Todo ello, sin perjuicio del valor potencial ejemplificador, desde el punto de vista del derecho comparado, en la adaptación del modelo español.

En conclusión, téngase en cuenta el valor reconocido en el seno de la UE a las buenas prácticas y el diálogo social respecto a las nuevas formas de trabajo surgidas a consecuencia de la economía digital. Como muestra, cabe señalarse la creación por la Comisión de un depósito de buenas prácticas, que como se sugiere en el Dictamen exploratorio del Comité Económico y Social Europeo *“Asignación y desarrollo de capacidades, incluidas competencias digitales, en el contexto de las nuevas formas de trabajo: nuevas políticas y evolución de los papeles y responsabilidades”*, de 20 de septiembre de 2017 (recomendación 1.12) puede servir como facilitador de un debate a escala de la UE que permita adoptar directrices y normas basadas en las mejores prácticas.

5.2 Antecedentes de la incorporación del Teletrabajo en la AGE

La ausencia de regulación legal del teletrabajo en España no ha sido obstáculo para que distintas administraciones españolas hayan impulsado esta iniciativa. Si bien es cierto que no se ha optado por otorgar el máximo rango normativo a la regulación del teletrabajo, existen muchas coincidencias, desde un punto de vista práctico, con el procedimiento americano. Siendo la característica esencial del prototipo de teletrabajo en las distintas administraciones españolas, el diseño de experiencias piloto, iniciadas a través de diversas fórmulas jurídicas (Orden, Instrucción o Decreto), cuya experiencia ha resultado el embrión de la regulación posterior.

La primera iniciativa nacional de teletrabajo data del año 2006. En la cual, se define por primera vez en España el teletrabajo, como una forma de organización de la prestación laboral basada en las tecnologías. Mediante ella se brinda a los empleados públicos la posibilidad de una organizar el desarrollo de su jornada laboral, total o parcialmente, desde un lugar distinto al de su centro de trabajo⁵⁴⁶.

El proyecto se promueve mediante la Orden APU/1981/2006, del Ministerio de Administraciones públicas, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales, partiendo de la experiencia desarrollada en el marco del Plan Concilia, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005. Incluyéndose, en el citado plan, distintas medidas para hacer efectiva la conciliación de las responsabilidades profesionales con la vida personal en el ámbito del empleo público.

Con lo cual, atendiendo a las favorables conclusiones obtenidas por parte de quienes participaron en la iniciativa (Ministerio, responsables de las unidades, y por supuesto de los empleados que participan en el mismo), una vez finalizado el citado *“Plan Piloto para la Aplicación de Técnicas de Teletrabajo para los empleados públicos”*, se acuerda extender el proyecto a otros departamentos de la AGE. En este caso, la regulación pasa a concretar los aspectos determinantes de la prestación de trabajo, entre los que se incluyen los objetivos a desarrollar, así como las responsabilidades a asumir por el teletrabajador desde su domicilio, dejando de ser aplicables (como hasta entonces) las reglas generales sobre jornada y horario del personal civil en la AGE⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ El art. 1 de la Orden de 21 de junio de 2006 (BOE Núm. 149, de 23 de junio de 2006).

⁵⁴⁷ El Art. 3 de la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, cit. supra, contempla la no aplicación de los criterios generales que se aplican Al personal civil de la AGE a los empleados públicos que participen en alguno de los programas piloto de teletrabajo, determinándose, en su lugar, en cada programa piloto el desarrollo de

Efectivamente, la experiencia, que diseña el Ministerio de Administración pública, cuenta entre su público objetivo los empleados de la AGE, definiéndose, a través de este proyecto, por primera vez en España el teletrabajo⁵⁴⁸. Mediante esta iniciativa se ofrece en el ámbito de la función pública la posibilidad de teletrabajar, siempre que se cumplan los requisitos exigidos, y si con ello se da respuesta a las necesidades del servicio. Además, la figura vincula el teletrabajo al marco de la política de conciliación de la vida personal y familiar y laboral de los empleados públicos.

Entre los beneficios atribuidos a la promoción del teletrabajo, se incluyen aspectos que afectan a la organización, así como a los empleados. Y ello porque el simple hecho de exigirse la identificación de objetivos a alcanzar, unido a la posibilidad de evaluar el grado de cumplimiento de tales propósitos, supone, en sí mismo, un paso de gigante en el avance de la mejora del rendimiento del empleo público. Con lo cual, simplemente la labor de diseño del teletrabajo permite avanzar en la objetivación de indicadores, de gran utilidad para medir una posterior evaluación del desempeño. Circunstancias que constituyen un claro beneficio para la organización del trabajo, atendiendo al interés de la administración en alcanzar objetivos como la eficiencia, la eficacia o la racionalización.

Junto a ello, el teletrabajo también resulta de gran utilidad para los empleados, al incrementar las posibilidades de conciliación del desarrollo profesional con su vida personal y laboral, además de favorecer la iniciativa individual, la creatividad del empleado público, y con ello, elevar el nivel de satisfacción del personal en el sector público.

Se advierte en este contexto que la orden contempla distintos criterios de selección, al no tratarse de una opción universalizada. Destaca inicialmente el procedimiento de clasificación previa de los puestos de trabajo a incluir en el programa piloto, el número máximo de participantes, así como el procedimiento de selección de los teletrabajadores. Si bien, en cualquier caso, la concreción de los puestos que finalmente se escojan debe corresponderse con la naturaleza de las funciones que tengan asignadas. Con lo cual, quedan excluidos aquellos puestos de trabajo que requieran en su desempeño la presencia habitual del personal. En tal sentido, destacan entre las exclusiones las relativas

la jornada y horario que resulte aplicable al teletrabajador. La norma también se remite al programa para concretar el número de participantes en el programa.

⁵⁴⁸ El art. 1 de la Orden define el teletrabajo, a los exclusivos efectos de la norma, como *“toda modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial en virtud de la cual un empleado de la Administración General del Estado puede desarrollar parte de su jornada laboral mediante el uso de medios telemáticos desde su propio domicilio, siempre que las necesidades del servicio lo permitan y en el marco de la política de conciliación de la vida personal y familiar y laboral de los empleados públicos”*.

a los profesionales de la medicina, enfermeras, personal auxiliar, así como aquellos empleos públicos que requieran una atención directa al público⁵⁴⁹.

Adicionalmente a lo expuesto, también se establecen unos requisitos subjetivos de los funcionarios, como son, encontrarse en servicio activo, además de reunir conocimientos suficientes en materia de ofimática. Y estando basado el teletrabajo en la voluntariedad, además resulta precisa la solicitud previa del funcionario para participar en el programa.

Por otra parte, como consecuencia de la facultad de dirección y control de la actividad, debe concretarse cuál ha de ser el órgano que ejerza tales funciones de fiscalización en la administración. El cual resulta encargado de comprobar el sistema de evaluación del trabajo desarrollado de forma no presencial, en atención a los criterios predeterminados para verificar el cumplimiento de los objetivos previstos.

Además de ello, al tratarse de una experiencia piloto, su duración no es indefinida, sino que se encuentra limitada en el tiempo. Con lo cual, la delimitación temporal de la iniciativa vendrá determinada por el periodo de tiempo durante el cual se ha de desarrollar el programa piloto, debiendo concretarse asimismo el número de horas semanales que se dedicarán a teletrabajar, en función de cada tipo de jornada.

La utilidad de este programa experimental se extiende hasta el finalmente fallido intento de redactar un Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Teletrabajo en la Administración General del Estado. Se trata de una iniciativa normativa que pretendió regular en diez artículos y una disposición adicional, los criterios generales en materia de jornada y horarios de los teletrabajadores en la AGE. Sin embargo, la iniciativa no culminó su tramitación. Ya que, más allá del rechazo a ser informada por el CES, por no haberse sometido previamente a las preceptivas fases de consulta y negociación con los sindicatos más representativos⁵⁵⁰, el intento de regulación ya advertía sobre uno de los elementos esenciales y más problemáticos del teletrabajo, como es la implementación de la evaluación del desempeño. Cabe resaltar que las dudas de la herramienta se centran en la dificultad de medir el rendimiento del teletrabajador, al estar el empleado fuera del centro de trabajo. Lamentablemente, la norma no continuó con su tramitación, con lo que el proyecto entró en vía muerta y fue abandonado, y con él, el impulso para

⁵⁴⁹ No obstante, a mi juicio, nada obsta a que los profesionales del servicio sanitario puedan ampliar la cartera de servicios mediante la atención telemática de pacientes que no requieren un contacto directo con el profesional, sino que la atención puede realizarse mediante una videoconferencia. Por ej. para realizar una consulta o para otros trámites de gestión médica.

⁵⁵⁰ Vid la conclusión del dictamen en pág. 6. Disponible en: <http://www.ces.es/documents/10180/18507/dic032007> [consulta: 12 enero 2018]

desarrollar un marco general del teletrabajo en las administraciones públicas, hasta la actualidad.

Personalmente, considero que las administraciones públicas han perdido el liderazgo inicial que dispusieron respecto a la utilización de las tecnologías en el ámbito de la función pública. Cuando se trata de una fórmula nada despreciable en la exploración de nuevas formas de trabajo de la mano del e-Government. Hubiera sido deseable un mayor empeño en su desarrollo, ya que, a mi juicio, la administración tiene un papel esencial en el impulso de los cambios sociales. Especialmente, en materia de regulación de derechos y obligaciones del trabajador en las nuevas formas de trabajo. Las mismas dificultades de implantación de nuevos proyectos de trabajo basados en la economía digital, se van a producir en caso del trabajador autónomo, la pyme o la gran empresa. Con lo que la iniciativa de teletrabajo en la administración y la regulación de un marco adecuado constituye una palanca de extensión del modelo hacia la empresa privada.

Y por más que en la actualidad parece percibirse un mayor impulso en el ámbito de la empresa privada, es importante continuar por el camino de fomentar la regulación de teletrabajo, las condiciones en las que se debe prestar, así como los derechos y obligaciones inherentes a esta nueva modalidad de prestación del trabajo, para evitar situaciones de desprotección de los trabajadores.

5.3 El modelo pionero de la junta de Castilla y León

A partir del momento en el que se puso en práctica la iniciativa del teletrabajo en el ámbito de la administración del Estado en el año 2006, algunas Comunidades Autónomas hicieron suya la idea, iniciándose un camino de imitación de experiencias y buenas prácticas en esta materia.

De esta forma, la Junta de Castilla y León aprueba, por primera vez en una Comunidad Autónoma, un programa Experimental de Teletrabajo, denominado “Trabaja desde Casa”⁵⁵¹. La trayectoria de la Comunidad, pionera en el diseño del teletrabajo en la administración pública, al adaptar la normativa a la realidad tecnológica en las administraciones, merece que incluya una referencia a los hitos normativos y su

⁵⁵¹ Orden de la Junta de Castilla y León núm. ADM/2154/2009, de 17 de noviembre por el que se aprueba el programa Experimental de Teletrabajo «Trabaja desde Casa» en la Administración de la Comunidad de Castilla y León. (BOCyL Núm. 223, de 20 de noviembre 2009). Disponible en: <http://bocyl.jcyl.es/boletines/2009/11/20/pdf/BOCYL-D-20112009-2.pdf> [consulta: 12 julio 2018]

evolución. Por cuanto se trata de la primera norma sobre teletrabajo en la administración aprobada por una Comunidad Autónoma. Siendo además Castilla y León la administración que cuenta, en actualidad, con el Decreto más moderno, junto a Extremadura.

5.3.1 El programa Experimental de Teletrabajo en Castilla y León «Trabaja desde Casa»

En el año 2009, la Junta lanza su particular proyecto experimental de teletrabajo, que inicialmente se establece con una duración temporal de 6 meses. La disposición califica al teletrabajo como un servicio público no presencial basado, fundamentalmente, en el uso de las TIC. El citado proyecto que se pone en marcha, mediante Orden de 17 de noviembre de 2009, constituye el germen de la regulación posterior en esta materia en la Junta de Castilla y León. Habiendo servido de modelo a imitar en la regulación del resto de las administraciones regionales.

Además, ha de tenerse en cuenta que los avances introducidos desde entonces, especialmente en el ámbito de la administración electrónica, ofrecen nuevas y mayores posibilidades para el teletrabajo. De ellas se ha dado cuenta también en el reciente Decreto castellanoleonés 16/2018 de teletrabajo en esta región.

5.3.1.1 *Ámbito y objetivos del proyecto*

La iniciativa persigue modernizar y mejorar la organización del trabajo, extendiéndose, desde un punto de vista objetivo, a todos los ámbitos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. Mientras que, desde un punto de vista subjetivo, quedan incluidos en su ámbito de aplicación todos los empleados públicos, ya sean personal funcionario o personal laboral⁵⁵², siempre que el puesto de trabajo ocupado sea susceptible de ser desempeñado en la modalidad de teletrabajo, ex art. 6 de la Orden de 17 de noviembre de 2009⁵⁵³. Este proyecto se encuentra justificado en tres objetivos generales y un objetivo específico, que se concretan en: a) potenciar el servicio público

⁵⁵² Inicialmente el proyecto estableció un límite de diez personas por Consejería, de diez por cada Organismo Autónomo, y de cinco por cada una de las Delegaciones Territoriales.

⁵⁵³ Excluye expresamente del programa experimental el art. 3 de la Orden de 2009 a aquellos empleados públicos que ocupen puestos de trabajo en oficinas de registro, atención e información al público, así como todos aquellos cuyas funciones exijan la prestación de servicios presenciales, y los que ocupen puestos cuyo sistema de provisión sea el de libre designación.

en general; b) la mejora de la calidad en el desempeño del servicio; y c) mejorar la satisfacción laboral al facilitar la conciliación. Centrándose el objetivo específico del proyecto en su carácter experimental, ya que, una vez medidos los resultados prácticos, ha de servir para extraer las conclusiones precisas, que sirvan de base para el desarrollo normativo de esta nueva forma de organización del tiempo de trabajo⁵⁵⁴.

De esta manera, el diseño del proyecto de teletrabajo en la administración castellanoleonesa, como modalidad de prestación de servicios, se condiciona a las necesidades del servicio. Quedando, sin embargo, limitado a tan solo una parte de la jornada laboral la posibilidad de realizar el trabajo de forma no presencial. Para lo cual, se fija un límite máximo de tres días a la semana de trabajo no presencial, determinándose que el tiempo restante debe realizarse en horario de jornada normal y de forma presencial. Si bien, se prevé que la concreción de los días de teletrabajo sea fijada mediante acuerdo entre la Administración y el empleado, atendiendo a la mejor prestación del servicio.

Adicionalmente a la restricción del tiempo de teletrabajo, también queda limitado el número de candidatos que pueden optar al teletrabajo. Para lo cual, el Decreto establece distintos criterios de selección entre posibles candidatos. De ahí que se establezca un orden de prelación, primando, por este orden, la conciliación de la vida personal con la laboral, tener condición de empleado público discapacitado, atender al criterio de la distancia entre el domicilio y el puesto de trabajo, y finalmente atendiendo a la circunstancia de encontrarse cursando estudios reglados el empleado público.

Para lo cual, la norma prioriza a aquellos empleados públicos que estén al cuidado directo de algún menor de doce años, así como a aquellos que deban atender a una persona mayor o con discapacidad, que demande estar al cuidado o una especial dedicación, siempre que no desempeñe una actividad retribuida⁵⁵⁵.

Seguido de lo cual, se atribuye un mayor protagonismo a los trabajadores con algún tipo de discapacidad, además de valorar otro tipo de necesidades, entre las que se encuentra el tiempo que invierte el trabajador en los desplazamientos (desde su domicilio hasta el lugar de trabajo), así como la dificultad para acceder a un servicio público de

⁵⁵⁴ Vid exposición de motivos del Decreto 9/2011, de 17 de marzo, por el que se regula la jornada de trabajo no presencial mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Castilla y León, (BOCyL, Núm. 57, 23 de marzo de 2011).

⁵⁵⁵ Otorga el art. 7.1,1) de la orden de 17 de noviembre de 2009 cit. supra la máxima valoración posible a la conciliación, fijando para este caso una puntuación máxima de 35 puntos.

transporte⁵⁵⁶. Por último, incluye en la baremación la circunstancia a tener en cuenta relativa a estar cursando estudios reglados o relacionados con el puesto de trabajo, para lo que habrá de acreditarse tal circunstancia.⁵⁵⁷

5.3.1.2 *Los derechos, garantías y obligaciones de los teletrabajadores*

El art. 5.1 de la Orden de 17 de noviembre de 2008 reserva para la modalidad de teletrabajo un régimen jurídico basado en la igualdad de derechos. Con lo que cualquier empleado público, que preste sus servicios en estas circunstancias, tiene los mismos derechos y deberes que el resto del personal de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. Una igualdad que se extiende al ámbito retributivo, así como a cualquier otra condición, ya sea en materia de prevención de riesgos laborales (admitiéndose la posibilidad de solicitar voluntariamente, una evaluación de riesgos laborales de los teletrabajadores al Servicio de Coordinación y Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad)⁵⁵⁸, así como en los ámbitos de seguridad social, privacidad, protección y confidencialidad de los datos⁵⁵⁹, sobre los cuales se reconoce también homogeneidad de derechos.

Por otra parte, dado que el teletrabajo se basa en la voluntariedad, admite la posibilidad de renuncia a la solicitud o revocación motivada de la autorización, ya sea por necesidad del servicio, o bien, por incumplimiento del teletrabajador de los objetivos pactados⁵⁶⁰.

Por lo que respecta a las responsabilidades del empleado público teletrabajador, se incluye la obligación de cumplir con la programación por objetivos fijada y el protocolo de seguimiento establecido. Para lo cual, se pactan compromisos genéricos, como con cualquier otro empleado público, además de otros reforzados, debido a que en el teletrabajo no existe un control visual del superior jerárquico, a diferencia del trabajador común que presta sus servicios en el centro de trabajo. Entre ellos, se incluye expresamente el deber de respetar la normativa vigente sobre protección de datos y confidencialidad.

⁵⁵⁶ En ambos casos se establece en el art.7.1,3 de la orden de 17 de noviembre de 2009 cit. supra una puntuación máxima de 30 puntos.

⁵⁵⁷ La formación se valora con una puntuación máxima de 5 puntos en el art. 7.1 4) de la orden de 17 de noviembre de 2009.

⁵⁵⁸ Vid art. 12.5 de la Orden de 17 de noviembre de 2009 cit. supra.

⁵⁵⁹ Vid art. 2 de la Orden de 17 de noviembre de 2009 cit. supra.

⁵⁶⁰ Vid art. 5 de la Orden de 17 de noviembre de 2009 cit. supra.

5.3.1.3 *Relación de requisitos subjetivos personales y materiales para teletrabajar.*

El primero de los requisitos, atendiendo a la necesidad de contar con práctica adecuada en la prestación del servicio, se expone en el art. 6, de la Orden de 17 de noviembre de 2009. De manera que, entre las formalidades mínimas que debe reunir un empleado público para participar en el programa, se exige contar con una antigüedad mínima de dos años en la Administración de la Comunidad de Castilla y León, además de ocupar un puesto de trabajo susceptible de ser desempeñado en la modalidad de teletrabajo. Primándose a los funcionarios castellanoleoneses frente a empleados que provienen de otras administraciones públicas. Requisito este que, como se verá, acertadamente se elimina con posterioridad, al contravenir el derecho fundamental a la igualdad.

En esta línea, la Orden de 17 de noviembre de 2009 incluye hasta siete categorías de puestos de trabajo, susceptibles de ser desempeñados en la modalidad de teletrabajo. Entre ellas se encuentran los puestos relacionados con el Estudio y análisis de proyectos. Además de todos aquellos que se dedican a la elaboración de informes, así como la prestación de asesoría. Quedando también incluidos los destinos cuyas funciones versen sobre la redacción, corrección y tratamiento de documentos. Así como las labores de Inspección, mantenimiento de sistemas de información, o los cometidos dedicados al tratamiento de la información, ya sea mediante el procesamiento de datos, o bien cuando se dediquen a la programación.

Lo que resulta indispensable, según se determina en la Orden es la acreditación del requisito vinculado con habilidades digitales. De manera que se exige tener conocimientos suficientes (teórico y práctico), en materia de informática y telemática para poder desarrollar las funciones objeto de teletrabajo.

Debe tenerse en cuenta, además, que el candidato tiene que acreditar que cuenta con un equipo informático básico en su domicilio. Este requisito material se concreta en la disponibilidad de un PC, junto al acceso a la red Internet⁵⁶¹. De forma tal que corresponde al teletrabajador la responsabilidad de solucionar cualquier incidencia en el Hardware de su equipo informático. Con lo cual, la administración se limita a facilitar un acceso seguro a sus sistemas informáticos⁵⁶², así como a garantizar los elementos de seguridad a través de certificados digitales, proveyendo al teletrabajador de un lector de tarjetas USB.

⁵⁶¹ A la fecha de entrada en vigor de la Orden del año 2009, era suficiente con la tecnología existente, banda ancha con transmisión terrestre.

⁵⁶² Vid art. 12.3 de la Orden de 17 de noviembre de 2009 cit. supra.

Así pues, la Orden de 17 de noviembre de 2009 deja recaer en el teletrabajador la responsabilidad del buen funcionamiento de su equipo, mientras que en el caso de que las incidencias se produzcan a consecuencia de problemas de conexión con el servidor, atribuye a la administración la responsabilidad de garantizar el funcionamiento de la intranet del Gobierno. Para ello, pone a disposición de los teletrabajadores un Centro de Atención a Usuarios, con el que estos pueden contactar por vía telefónica⁵⁶³. Téngase en cuenta que cada vez es más habitual la externalización de estos servicios de atención para resolver problemas telemáticos, con lo que en este ámbito se encuentra un importante yacimiento de empleo.

5.3.1.4 Adquisición y pérdida de la condición de teletrabajador

Según reza el art. 11 de la Orden de 17 de noviembre de 2009, el empleado público adquiere condición de teletrabajador con la notificación de su selección, manteniendo tal condición durante el tiempo que dure el Programa Experimental. De esta forma, una vez finalizado dicho Programa, el empleado teletrabajador volverá a prestar sus servicios de acuerdo con la jornada presencial que tenía asignada previamente, salvo que sea requerido antes de la finalización del programa, para el cese del teletrabajo por necesidades del servicio⁵⁶⁴.

Para el desarrollo adecuado de las tareas de seguimiento previstas (laborales, en materia de prevención en riesgos laborales, etc.) la norma contempla obligaciones recíprocas de la administración y del empleado público. Para lo cual, la administración tiene que facilitar el aprendizaje necesario del teletrabajador. Tratándose de una formación no potestativa, ya que dispone de carácter obligatorio para el empleado público. Con lo cual, el establecimiento de una gestión por objetivos, así como la planificación del teletrabajo, exige a la administración formar al personal sobre la nueva forma de trabajo, y respecto de las herramientas de control de ejecución del trabajo. Lo que, en resumen, implica que, aunque se amplía la autonomía del trabajador, el teletrabajo no deja de dar respuesta al modelo clásico de dependencia y control ejercido por parte de su superior jerárquico.

⁵⁶³ Vid art. 12.7 de la Orden de 17 de noviembre de 2009 cit. supra.

⁵⁶⁴ La Orden de 17 de noviembre de 2009 cit. supra, exige a los teletrabajadores en su art.12. 4 que faciliten un teléfono de contacto por si se requiere su presencia por necesidades del servicio.

5.3.1.5 *Las conclusiones sobre la práctica de la jornada abierta*

Adviértase que tras la experiencia práctica acometida en Castilla y León, tiene lugar un informe técnico final sobre el programa de teletrabajo del que se extrae una importante conclusión que afecta a dos elementos básicos tradicionales en la definición de la relación del empleado público (laboral, estatutario o funcionario), como son el centro de trabajo (que deja de constituir el lugar determinado para la prestación de trabajo) y la jornada laboral (que exige una nueva fórmula de cómputo y de control).

De acuerdo con ello, se decidió establecer un nuevo marco jurídico para regular la modalidad de la jornada de trabajo, cuyo cumplimiento no requiriese la presencia física de los empleados públicos en sus respectivos centros y lugares de trabajo, en los supuestos del teletrabajo⁵⁶⁵. Siendo inicialmente la Orden, de 17 de noviembre de 2009, y posteriormente el Decreto de 2011, las disposiciones que reforman y adaptan el teletrabajo, y los instrumentos a través de los cuales se consolida la permanencia de la figura del teletrabajo en la Junta de Castilla y León, partiendo de la experiencia de su proyecto piloto.

5.3.2 Las aportaciones al proyecto inicial y los antecedentes del Decreto de 2011 por el que se regula la jornada del teletrabajo en Castilla y León

En el año 2011, la Junta de Castilla y León aprueba una nueva disposición, con el objetivo fundamental de desvincular al empleado público teletrabajador, del lugar físico de desempeño del centro de trabajo. Para lo cual, se modifica la normativa sobre jornadas y horarios de trabajo de la Junta, dado que el cumplimiento del mismo solo es posible mediante la presencia física en el puesto de trabajo (a través del fichaje). Esta nueva regulación se lleva a cabo a través del Decreto 9/2011, de 17 de marzo, por el que se regula la jornada de trabajo no presencial mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Castilla y León. Incidiéndose, en el citado Decreto, en la voluntad política de adoptar medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, al amparo de lo dispuesto en el art. 14 del EBEP⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ La norma por la que se regula la jornada de trabajo no presencial mediante teletrabajo, en la Administración de la Comunidad de Castilla y León, es el Decreto núm. 9/2011, de 17 de marzo. (BOCyL Núm. 57, de 23 de marzo de 2011). Disponible en: <http://bocyl.jcyl.es/boletines/2011/03/23/pdf/BOCYL-D-23032011-1.pdf> [consulta: 20 enero 2018]

⁵⁶⁶El art. 14 del EBEP, dentro del Capítulo I sobre los Derechos de los empleados públicos, regula en su Art. 14, j) correspondiente al Título III. Sobre Derechos y deberes. El derecho individual en correspondencia con

Con esta nueva norma, se avanza en los dos grandes objetivos reconocidos por el Gobierno Autonómico en materia de teletrabajo. De los que se deduce el interés por conseguir una nueva organización del trabajo basada en la gestión por objetivos, además de mejorar la satisfacción laboral de los empleados públicos, mediante la contribución a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Esto último, forma parte del denominado “salario emocional”⁵⁶⁷, al centrarse no tanto en el aspecto crematístico, sino en atender aquellas demandas personales del empleado que puedan mejorar su calidad de vida.

La adaptación del marco jurídico abordada en el Decreto 9/2011, introduce, destacadas novedades respecto al marco anterior. De ellas cabe destacar, atendiendo al ámbito subjetivo de la norma, la extensión de su aplicación al cuerpo de funcionarios docentes (inicialmente excluidos de la Orden de 17 de noviembre de 2009). Además, se hace una mayor concreción de las exclusiones del Decreto, reiterando la prohibición de teletrabajar de los empleados públicos que ocupen puestos en oficinas de registro, atención, e información al ciudadano, así como, todos aquellos cuyas funciones exijan la prestación de servicios presenciales⁵⁶⁸. También excluye a aquellos empleados públicos que desarrollen funciones de dirección, coordinación o supervisión, con categorías iguales o superiores a Jefes de Servicio, así como a las Secretarías de los altos cargos. Una limitación, difícilmente comprensible, en atención a la labor desempeñada en la gestión pública por los altos cargos y sus secretarías en el que habitualmente se prolonga la jornada de trabajo, mucho más allá de la de cualquier otro empleado público, al tener un régimen de dedicación y exigencia mucho más elevado.

Téngase en cuenta, además, que el Decreto 9/2011 también flexibiliza la exigencia al empleado público de la antigüedad mínima de dos años para poder teletrabajar. Pasando así a admitir para su computo, que se hayan realizado en cualquier administración, a diferencia de la Orden de 2009, que requería que la antigüedad correspondiese al trabajo en la Junta de Castilla y León. Admitiéndose también que la solicitud de acceso al teletrabajo pueda presentarse, no solo por los que se encuentran en servicio activo, sino por aquellos que están en situación de excedencia, siempre que la haya concedido la

la naturaleza jurídica de su relación de servicio j) A la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

⁵⁶⁷ Vid art. 2.2 del citado Decreto 9/2011, de 17 de marzo.

⁵⁶⁸ Matiza el último párrafo del art. 3.2 del citado Decreto 9/2011 que se entiende por servicios presenciales, definiéndolos como aquellos cuya prestación efectiva solamente queda plenamente garantizada con la presencia física del empleado.

Junta de Castilla y León⁵⁶⁹. Redefiniéndose también los criterios preferentes de autorización, al pasar de consistir en un proyecto experimental a aprobarse un modelo generalizado en la Junta, del que definitivamente resultan excluidos quienes tengan autorizada la compatibilidad para el desempeño de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público o privado⁵⁷⁰.

En este sentido, uno de los principales problemas de organización que surgen se produce cuando concurren varios empleados públicos, de una misma unidad, a la solicitud de teletrabajo, y por razones de organización no es posible reconocérselo a todos. En tal caso, la norma propone el acuerdo entre los afectados, contemplando la posibilidad de rotación, así como el pacto conjunto entre los empleados públicos y la Administración. Así, solo en caso de no sea posible convenir entre ellos una solución, operaría el orden de prioridades detallados en la norma.

De tal manera, la nueva casuística, más amplia que la anterior, mantiene la prioridad a la conciliación de la vida familiar y personal con la laboral, especificando, en primer lugar, los supuestos de empleados públicos que tengan a su cargo personas mayores de 65 años que precisen cuidados continuados, así como los empleados públicos responsables de hijos menores de 12 años. Además, se incluyen otras situaciones como tener familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, con una discapacidad valorada, igual o superior al 33 por ciento, además de, por último, empleados públicos con familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que sufran una enfermedad grave.

En segundo lugar, dentro de las circunstancias a las que se otorga prelación, se incluye la discapacidad del empleado público, seguida la condición de víctima de violencia de género, eventualidad que no se preveía con anterioridad.

Finalmente, el factor que es tenido en cuenta consiste una relación de indicadores que incluye: en el análisis del tiempo invertido por el empleado en el desplazamiento, desde su domicilio hasta el lugar de trabajo, la dificultad para acceder a un servicio público de transporte, además de la distancia física entre su domicilio y el trabajo. Siendo el último criterio de referencia reconocido, la condición de alumno matriculado en estudios de carácter reglado, así como cualquier otro que tenga relación con el puesto de trabajo desempeñado.

⁵⁶⁹ Vid art. 5.1.a) del citado Decreto 9/2011, de 17 de marzo.

⁵⁷⁰ Vid art. 6 del citado Decreto 9/2011, de 17 de marzo.

Paralelamente a lo anterior, también se reglamenta como novedad, la tipificación de las causas de denegación del teletrabajo, así como la prohibición expresa de partir la jornada diaria para su fraccionamiento en ambas modalidades de prestación.⁵⁷¹

5.3.3 El Decreto de Castilla y León núm. 16/2018, de 7 de junio.

A la vista de los antecedentes expuestos, que discurren de forma paralela a la evolución de la e-administración (e-Government), la Junta de Castilla y León aborda una nueva adaptación del marco jurídico del teletrabajo en el año 2018. De esta manera, el Decreto 16/2018, de 7 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Castilla y León⁵⁷², abundando en el objetivo primario de la conciliación de la vida personal y profesional. El Decreto, en este caso, tiene una extraordinaria similitud con la norma aprobada en Extremadura, aprobada en el mes de enero del año 2018, como respuesta al efecto de retroalimentación de experiencias normativas que se produce en las comunidades autónomas españolas.

Efectivamente, el Decreto modifica la regulación del teletrabajo atendiendo a la evolución de los procesos en la administración, con motivo de la implantación de la administración electrónica (conocida como e-Government)⁵⁷³. Este hecho hace previsible el incremento progresivo de los puestos susceptibles de ser ocupados en régimen de teletrabajo. Y ello porque muchas de las funciones, que hasta ahora se encontraban ligadas a la permanencia en el centro de trabajo, pueden ser desempeñadas desde cualquier lugar en que existan los medios tecnológicos necesarios para su prestación.

Esta nueva regulación da una respuesta coordinada a los avances tecnológicos implantados en la administración castellanoleonés. Facilitando la utilización del potencial de las TIC, y buscando a través del teletrabajo objetivos más ambiciosos y variados. Entre los cuales se incluyen nuevas formas de organización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública, la protección de la salud de los empleados públicos, la sostenibilidad del medio ambiente y mayores niveles de satisfacción en el desempeño del trabajo. Lo cual lleva a una regulación en la que los

⁵⁷¹ Vid art. 8.2 del citado Decreto 9/2011, de 17 de marzo.

⁵⁷² El Decreto 16/2018, de 7 de junio de Castilla y León se encuentra disponible en: <http://bocyl.jcyl.es/boletines/2018/06/13/pdf/BOCYL-D-13062018-1.pdf> [consulta: 1 agosto 2018]

⁵⁷³ Vid informe DESI (cit. supra, nota núm.60, 62, 64 y 409),

términos en los que se plasma el teletrabajo⁵⁷⁴, definen un procedimiento, basado en la experiencia, que facilita prestar las funciones propias del puesto en otro lugar, fuera de las dependencias de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. Para lo cual, la tecnología constituye un medio indispensable.

5.3.3.1 Elementos de control del teletrabajo

Haciendo un análisis detallado del Decreto castellanoleonés 16/2018, se vislumbra el nuevo concepto de organización y control empresarial que ofrece la versión digital del trabajo. Nótese que las herramientas tecnológicas referidas en la regulación del procedimiento dirigido a garantizar el ejercicio del poder de dirección y control son perfectamente exportables al ámbito privado. En este caso, los instrumentos que permiten, al responsable de los recursos humanos, hacer un seguimiento de una adecuada ejecución de la actividad, se concretan en el documento de compromisos, el plan individual de teletrabajo, la verificación y examen del cumplimiento de objetivos, la figura del supervisor, a lo que se une la comisión de seguimiento del teletrabajo. Todas ellas en conjunto articulan un procedimiento de seguimiento que responde al indicio de dependencia, como elemento típico de una relación por cuenta ajena.

5.3.3.1.1 La figura del supervisor

Como decíamos, la normativa define distintos instrumentos para llevar a cabo el control de la actividad del teletrabajador. En concreto, los elementos de dependencia y sumisión al poder de organización y dirección en el trabajo se atribuyen al supervisor, como figura clave de control en el teletrabajo. El cual se encarga de dirigir, coordinar o controlar, al ostentar la competencia de definir el contenido del correspondiente acuerdo con el teletrabajador (contenido en el documento de compromisos)⁵⁷⁵. Además de lo cual, tiene la consideración de responsable del posterior seguimiento de ejecución del teletrabajo, conforme al plan individual de teletrabajo establecido, que debe ser permanentemente actualizado por el empleado público⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ El art. 1 del Decreto 16/2018 define el teletrabajo como la modalidad voluntaria de prestación de servicios, de carácter no presencial, que permite a un trabajador desarrollar parcialmente las funciones propias de su puesto de trabajo, desde su oficina a distancia, mediante el uso de medios telemáticos.

⁵⁷⁵ Vid el apartado 8 del art. 2 del Decreto 16/2018.

⁵⁷⁶ Vid el apartado 9 del art. 2 del Decreto 16/2018.

5.3.3.1.2 Contenido mínimo del documento de compromisos

El documento principal que detalla las obligaciones de ambas partes es el documento de compromisos. Se trata de un escrito de carácter abierto⁵⁷⁷, que se configura como instrumento en el que el teletrabajador formaliza las obligaciones que adquiere, conforme al contenido mínimo obligado. Con lo cual debe contemplar, al menos, los aspectos que el decreto determina con carácter preceptivo.

Se trata de dar fiel reflejo a las condiciones en las que se ha de llevar a cabo la prestación de servicios por vía telemática. Lo cual exige concretar inicialmente el nivel de teletrabajo al que se acoge el solicitante,⁵⁷⁸ así como la ubicación de la oficina a distancia. A este respecto, en un principio podría pensarse que el teletrabajador está obligado a trabajar exclusivamente desde el domicilio designado, ya que el apartado 5 del art. 2, establece acreditar el cumplimiento de una serie de requisitos materiales, entre los que se exige que el lugar elegido por el solicitante de teletrabajo disponga de los medios tecnológicos necesarios para realizar las funciones propias de su puesto, y garantizar las condiciones reglamentariamente exigibles en materia de prevención de riesgos laborales, así como en materia de privacidad y de confidencialidad de los datos.

Sin embargo, de una lectura en conjunto de la norma, se llega a una conclusión de una mayor flexibilidad respecto del lugar desde el que se ha de teletrabajar. Dado que, en coherencia con los distintos niveles de teletrabajo regulados, la exigencia queda matizada, al quedar abierta la posibilidad de modificar la ubicación de la oficina a distancia. Para lo cual, simplemente se exige un compromiso de comunicación a la unidad de gestión competente en materia de teletrabajo, a efectos de información.

Otro de los aspectos, que necesariamente habrá de detallarse en la declaración firmada, consiste en el reconocimiento de la aceptación de las recomendaciones realizadas por la Administración en materia de prevención de riesgos laborales para los teletrabajadores.

⁵⁷⁷ El decreto cit. supra admite la posibilidad de modificar el documento de compromisos, a instancia del teletrabajador, siempre que exista acuerdo con el supervisor y superior.

⁵⁷⁸ El apartado 10 del art. 2 del Decreto cit. supra, establece tres niveles de teletrabajo, correspondiendo el nivel 1, a aquel en el que el empleado público desempeña sus funciones en el centro de trabajo y en la oficina a distancia, el nivel 2, se corresponde con el desempeño de funciones, tanto en el centro de trabajo, en la oficina a distancia, como en aquellos lugares en los que se requiera su presencia física por razón de las funciones propias de su puesto de trabajo, tal es el caso, por ejemplo, de un inspector, mientras que el nivel 3 se corresponde con el del empleado público desempeña sus funciones en régimen de itinerancia, en el centro de trabajo al que se le asigne y en la oficina a distancia, como en el supuesto de labores de mantenimiento que afectan a todo el sector público de la Junta..

El cual, no queda limitado a un mero acto de manifestación, sino que conlleva el compromiso de cumplimiento de tales recomendaciones preventivas en la nueva oficina a distancia, como garantía de un trabajo seguro. Sin embargo, téngase en cuenta la imposibilidad de acceder al control de condiciones de trabajo en domicilios privados (si no es con consentimiento expreso del trabajador). Con lo que queda al albur del empleado público, las decisiones finales que este pueda llevar a cabo. Motivo por el cual, esta referencia al contenido mínimo del documento de compromisos, más parece perseguir una exención de responsabilidades de la administración, que una presión eficaz hacia el cumplimiento de lo pactado. Junto a ello, el documento de compromisos deberá comprender además otros extremos, como los mecanismos para garantizar la protección y la confidencialidad de los datos tratados por el trabajador, lo que tampoco constituye una exigencia exclusiva de teletrabajadores, sino de cualquier empleado público.

Al margen de los aspectos formales citados, el control también se ejerce a través de la determinación de los períodos de interconexión y de los medios para hacerlos efectivos. En este punto hay que destacar que, durante los espacios de tiempo, que se consideran “trabajo efectivo”, el teletrabajador debe estar disponible para contactar con el supervisor y con el resto de los miembros de la unidad u órgano administrativo en el que preste funciones. Por lo cual, debe quedar definido el período de tiempo durante el que se desempeña el teletrabajo, así como la distribución de las jornadas teletrabajables. Lo cual, más allá de concretar la dimensión temporal que podrá ser fiscalizada, persigue conseguir un ambiente de realidad virtual, que equivalga a encontrarse físicamente en las mismas dependencias del centro de trabajo. Lo que refuerza la dimensión de trabajo en equipo, además de evitar el sentimiento de soledad y aislamiento frente al resto de la plantilla que se encuentra en el centro de trabajo.

Con lo cual, junto a las exigencias referidas, además, el documento de compromisos también debe comprender la descripción de la forma de organización del trabajo, que vendrá complementada con la exigencia de la actualización permanente del correspondiente plan individual de teletrabajo.

5.3.3.1.3 El plan individual de teletrabajo

De esta manera, junto al documento de compromisos, existe un segundo otro instrumento de control, que es el plan individual de teletrabajo. En este caso, el objeto perseguido mediante el mismo reside en disponer de una herramienta a través de la cual hacer un seguimiento y comprobación de la actividad del teletrabajador durante las jornadas teletrabajables. Por este motivo, el documento debe ser actualizado cada

jornada teletrabajada, recogiendo los progresos en las funciones encomendadas. Lo que requiere inicialmente detallar el inicio y la finalización de los períodos de interconexión.

En conclusión, el control del teletrabajo se ejerce a través de ambos instrumentos, el documento de compromisos, que se une como anexo a la resolución de autorización de teletrabajo, y plan individual de trabajo en el que se concreta la actividad a desarrollar. De esta forma, la eficacia de la resolución de autorización del teletrabajo queda vinculada al cumplimiento de las condiciones reflejadas en la misma, a la consumación del documento de compromisos, y a la ejecución de plan individual de teletrabajo.

5.3.3.1.4 Comisión de seguimiento: composición y competencias.

Adicionalmente a los mecanismos de vigilancia expuestos, el Decreto crea una figura de control del teletrabajo. Se trata de la “Comisión de Seguimiento del teletrabajo” que se define en el Decreto, como un órgano colegiado de seguimiento y control de la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo. Resultando un instrumento determinante para el proceso de consolidación de las formas de trabajo mediante uso intensivo de las TIC.

Para determinar su cometido, el Reglamento dedica su Capítulo V a la regulación del concepto, composición, competencias y periodicidad mínima de las reuniones de esta Comisión de seguimiento. La cual queda integrada por un presidente (el titular de la Dirección General con competencias en materia de Función Pública o la persona en quien delegue) y cinco vocales empleados públicos (designados de entre los departamentos de gestión de personal funcionario, gestión de personal laboral, de prevención de riesgos laborales respectivamente, de una Delegación Territorial, y a una Secretaría General Técnica).

Atribuye el decreto siete bloques de competencias a la Comisión de Seguimiento del Teletrabajo, cuyas reuniones se celebran, al menos, cada tres meses. Asumiendo las funciones propias de este tipo de órganos colegiados, entre las que se encuentra el estudio de incidencias y su resolución. Pudiendo dictar las instrucciones que considere convenientes, así como establecer criterios orientativos sobre los puestos excluidos del régimen de teletrabajo, a la vista de la experiencia práctica que se vaya desarrollando. También tiene reconocidas competencias para medir y evaluar resultados (mediante la elaboración de cuestionarios sobre el funcionamiento de la prestación de servicios en régimen de teletrabajo). Lo que facilita el conocimiento de los índices de satisfacción de los teletrabajadores, los supervisores, así como del resto de la organización. Además, la

Comisión tiene también carácter consultivo. Participando en la resolución de las quejas en relación con la prestación de servicios en régimen de teletrabajo, mediante el oportuno informe.

Además, su actuación también integra el ejercicio de las facultades de control de los expedientes de teletrabajo tramitados. Para lo cual, se realiza un muestreo (de al menos el 25% de los expedientes de teletrabajo autorizados anualmente), dirigido a realizar una verificación reglada de los documentos de control, así como de la permanente actualización del plan individual de teletrabajo.

Téngase en cuenta que una anualmente esta Comisión de Seguimiento debe atender a sus obligaciones informativas. Por lo que debe elaborar anualmente un informe que integre las conclusiones obtenidas sobre la ejecución del teletrabajo. Sumándose a ello el deber de compilar y mantener actualizada la legislación vigente en materia de teletrabajo de la Junta de Castilla y León, y en derecho comparado en otras Administraciones Públicas. Con lo que, como si de un observatorio se tratara, se encarga de recopilar toda la información que surja sobre cualquier experiencia en el ámbito de la administración pública.

5.3.3.2 Requisitos subjetivos para ser teletrabajador

El art. 5 del Decreto castellanoleonés 16/2018, mantiene, con pequeñas variaciones, los requisitos que se fijaron inicialmente en el proyecto piloto de 2009, para ser autorizado el régimen de teletrabajo. Sin embargo, conviene enumerar, aunque sea de forma somera, la relación de requisitos subjetivos.

Respecto a la situación personal del empleado público, con carácter general, el Decreto exige que el empleado público se encuentre situación administrativa de servicio activo. Sin embargo, se amplía también a otras situaciones administrativas, siempre que tenga reconocida reserva del puesto de trabajo. Para lo que quedaría obligado, en tal caso, el funcionario a solicitar su reingreso al servicio activo. Junto a ello, se mantiene, pero de forma más laxa, el requisito de la antigüedad en el puesto de trabajo que se pretende desarrollar en régimen de teletrabajo. De esta manera, ya no es necesario haber ocupado el puesto en el que se pretende teletrabajar, sino que se considera suficiente acreditar la antigüedad en otro puesto, de contenido similar, en la misma unidad administrativa. Además de lo cual, ya no se precisa acreditar la antigüedad durante plazo que inicialmente se fijó en dos años, sino que se reduce a la mitad. Pasando a concretarse en un año, dentro de los dos últimos años.

Por otra parte, el sujeto deberá acreditar que dispone de los conocimientos digitales requeridos. De forma tal que, el empleado público deberá demostrar suficientes conocimientos informáticos y telemáticos, desde un punto de vista teórico y práctico. A través de los cuales, la administración puede presumir con suficiente garantía la aptitud del empleado para teletrabajar, y para proteger adecuadamente los datos objeto de tratamiento. Además, tratándose de un empleado público, continúa siendo preciso exigir (como también se hizo en el decreto anterior) el cumplimiento de unos requisitos formales en materia de seguridad y salud en el trabajo. Los cuales van dirigidos a que se acredite ante la Administración (mediante declaración responsable) que se conocen las medidas propuestas por esta en materia de prevención de riesgos laborales para los teletrabajadores, así como un claro y firme compromiso de cumplimiento de las mismas.

5.3.3.3 *Requisitos objetivos del teletrabajador*

El principal elemento objetivo (imprescindible para teletrabajar) reside en la disponibilidad del trabajador de los elementos tecnológicos materiales necesarios. Entre los que se encuentra el equipo informático, los sistemas de comunicación y la conectividad. Material que habrá de cumplir con las características que defina la Administración, atendiendo a criterios como la disponibilidad tecnológica, así como a la seguridad de los sistemas.

A partir de aquí, la norma concreta otros requisitos objetivos, que podrían ser objeto de comprobación por la administración en cualquier momento. De inicio, el teletrabajo debe venir referido a un puesto de trabajo que sea susceptible de ser desempeñado en este régimen. Siendo susceptibles de ello aquellos que, según sus características específicas, así como los medios requeridos para su desarrollo, pueden ser ejercidos de forma autónoma y no presencial, lo que incluye aquellos puestos cuyas funciones se puedan ejercer de forma telemática⁵⁷⁹. Entre los que se incluyen en una relación no exhaustiva, aquellos puestos cuyas funciones consistan esencialmente en la elaboración de informes o estudios, la redacción de normativa, la asesoría, la corrección y la traducción de documentos.

En sentido contrario, también se concretan qué puestos de trabajo, por sus características, no son susceptibles de ser desempeñados en régimen de teletrabajo.

⁵⁷⁹ Vid art. 5 b) del Decreto castellanoleonés 16/2018.

Distinguiendo entre ellos, aquellos en los que la prestación efectiva del trabajo solo quede garantizada mediante la presencia física del trabajador. Con lo que quedan descartados para esta opción, también con un carácter orientativo, los puestos correspondientes a oficinas de registro⁵⁸⁰, atención e información al ciudadano⁵⁸¹, además de todos aquellos vinculados a funciones de dirección, coordinación o supervisión y las secretarías de los órganos superiores y directivos.

5.3.3.4 *Las prioridades en la selección de teletrabajadores*

El procedimiento para autorizar el régimen de teletrabajo se desprende de la regulación del CAPÍTULO II, del Decreto castellanoleonés, conforme al cual, se adecuan los distintos criterios de prelación, en caso de concurrencia, introduciendo distintas reformas respecto a la regulación precedente. De esta forma, en caso de concurrencia de solicitantes de teletrabajo en un área, y a falta de acuerdo sobre rotación o turnicidad, la norma establece un baremo con distintas circunstancias a valorar. Lo cual permitiría seleccionar a los candidatos ante tales supuestos de competencia en la concurrencia. Algunas de ellas, se han mantenido desde la redacción original del programa experimental, y otras se han incluido posteriormente, en un esfuerzo de adaptación a la realidad social, tras la experiencia de casi una década de teletrabajo en la administración.

Con lo que, en cualquier caso, vinculándose el teletrabajo a la concurrencia de una serie de circunstancias, en caso de desaparición de cualquiera de aquellas que han sido objeto de baremación, y tenidas en cuenta para resolver sobre la autorización del teletrabajo, el empleado público tiene la obligación de comunicar tal circunstancia. Limitándose el plazo máximo para llevar a cabo la comunicación de la nueva situación a tres días, dado que podría dar lugar a una situación sobrevenida de pérdida de los requisitos para el teletrabajo⁵⁸².

⁵⁸⁰ A pesar de la implementación del procedimiento de registro telemático en las distintas administraciones, todavía siguen manteniéndose las oficinas de registro físico, compatibilizándose ambas modalidades de prestación del servicio público.

⁵⁸¹ En el mismo sentido, se compatibilizan los servicios de atención al ciudadano presencial, con otros medios como el telefónico o el telemático. La convivencia de ambos instrumentos, en la actualidad, sigue siendo un hecho.

⁵⁸² Vid art. 6.4 del Decreto castellanoleonés 16/2018

5.3.3.4.1 La conciliación de la vida familiar y laboral

El criterio prioritario al que atiende la norma para conceder la autorización de teletrabajo se centra en la conciliación de la vida familiar con la laboral, quedando especialmente protegido en los siguientes supuestos:

Las relaciones familiares simbolizan uno de los ámbitos más importantes para el ser humano. A ello parece responder el principal criterio valorado por la Junta. Ya que pretende dar respuesta prioritaria con el teletrabajo a aquellos empleados públicos que cuenten con algún familiar en situación de dependencia, ya sea el cónyuge, pareja inscrita en el registro de parejas de hecho de Castilla y León, hijos a cargo menores de edad o mayores con la patria potestad prorrogada. En este caso, la norma vincula la mayor o menor puntuación a asignar, atendiendo a los distintos grados de dependencia reconocidos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia⁵⁸³. De esta manera, si el grado de dependencia reconocida es de nivel III, el empleado tiene prioridad sobre el resto de los solicitantes. Y así será siempre, salvo que haya que imponer un sistema de rotación obligatoria, en caso de que más de un empleado se encuentre en la misma situación y unidad administrativa. Mientras que, para el resto de los grados de dependencia, el Decreto establece las distintas puntuaciones a valorar en el baremo⁵⁸⁴

Junto a la discapacidad, otro de los elementos que se incluyen para baremar reside en el cuidado de los hijos a cargo, de hasta 12 años. Para lo cual se contemplan distintos supuestos, con variable intensidad de puntuación, según las edades de los descendientes, ya que, a menor edad, existe un mayor nivel de dependencia de sus padres⁵⁸⁵. Si bien, para el supuesto de familias monoparentales con hijos a cargo, se elevan los topes de la

⁵⁸³ Vid art. 26 Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que define la clasificación de los grados I, moderada, II, Severa y III, gran dependencia. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-21990-consolidado.pdf> [consulta: 18 enero 2018]

⁵⁸⁴ Para un grado II de dependencia reconocida, se fija en 8 puntos por cada familiar, y para un grado I de dependencia, se establecen 6 puntos por cada familiar.

Por otra parte, para los supuestos no incluidos en este apartado, el apartado 6 del art. 6 6.º determina que cuando se tiene uno o varios familiares con grado II o III de dependencia, de los que se sea cuidador a efectos de la prestación económica de cuidados en el entorno familiar, se otorgan 5 puntos por cada uno. Asimismo, si son usuarios del servicio de ayuda a domicilio y de los que se sea cuidador familiar en exclusiva, tienen asignados 4 puntos por cada uno.

⁵⁸⁵ El baremo fija para los menores de menos edad, hasta 1 año, 4 puntos por cada hijo; para los que se encuentren en la horquilla de entre 1 y 3 años, 3,5 puntos por cada uno; para el caso de niños mayores de 3 años hasta 6 años, 3 puntos por cada uno; mientras que, para los mayores de 6 años hasta 12 años, se concede 1 punto por cada uno.

edad del hijo, al presumirse que en tales casos un hijo es dependiente hasta los 18 años⁵⁸⁶.

Adviértase, además, que la enfermedad es otra de las razones que se valoran para acceder al teletrabajo. En cuyo caso, se prevé que el teletrabajo podría mejorar la conciliación ante enfermedades graves de familiares. De tal manera que, se valora también que el empleado público tenga uno o varios familiares, hasta el segundo grado, que padezcan una enfermedad muy grave o grave en situación aguda⁵⁸⁷.

5.3.3.4.2 La protección de la salud del empleado público

Tras la conciliación, la siguiente circunstancia tenida en cuenta en la disposición del baremo, en caso de que concurren al proceso más solicitantes que puestos a cubrir en régimen de teletrabajo, se centra en la salud del empleado público. De forma que se aplica la escala, siempre que el empleado público sufra una situación de dependencia reconocida, o bien una discapacidad con movilidad reducida. Nótese que también se incluye la coyuntura de que el empleado público pueda padecer una enfermedad que cursa por brotes, que le impida el normal desenvolvimiento del trabajo diario⁵⁸⁸, con carácter ocasional.

5.3.3.4.3 El factor del tiempo de desplazamiento diario

Siendo el tiempo el único bien que se encuentra fuera del comercio del ser humano, el Decreto también prevé la valoración, en caso de concurrencia competitiva, de las distancias entre el domicilio y el centro de trabajo de los distintos empleados públicos que concurren. Estableciéndose para el cómputo, una distancia mínima superior a 30 kilómetros, pretendiéndose mediante lo dispuesto en la letra c) del art. 6.2 del Decreto castellanoleonés, reducir la carga que suponen para el trabajador los tiempos de desplazamiento y su coste económico. Por otra parte, encuentra su beneficio de dimensión social, al reducir el riesgo de accidentes *in itinere*, aportar efectos colaterales

⁵⁸⁶ Para familias monoparentales, los menores de hasta 12 años, computan con 2 puntos por cada uno; mientras que los mayores de 12 años hasta 18 años lo hacen con 1 punto por cada uno.

⁵⁸⁷ En este caso, el art. 6 del Decreto castellanoleonés 16/2018, atribuye 4 puntos por cada uno.

⁵⁸⁸ Para las discapacidades superiores al 45%, o para un grado de dependencia II o III, la puntuación a asignar es 5 puntos, mientras que para discapacidades comprendidas entre el 33% y el 45%, así como para el grado I de dependencia, la puntuación prevista es de 3 puntos. Por último, si se trata de enfermedad que cursa por brotes, impidiendo la normal actividad se prevén 4 puntos.

positivos en el medio ambiente, al reducir la emisión de gases de efecto invernadero de los vehículos que precisan de combustible fósil⁵⁸⁹.

5.3.3.4.4 Los colectivos de especial protección

Junto a los empleados públicos afectados por alguna discapacidad, el decreto acoge a otros colectivos especialmente sensibles. Tal supuesto viene referido en el art. 6.2 b) del Decreto 16/2018, atribuyendo otros 3 puntos adicionales para baremación a aquellos empleados que forman parte de colectivos que merecen especial protección. Entre los que se incluye a las víctimas de violencia de género o de terrorismo. Sin embargo, el criterio no opera de forma automática, dado que se exige acreditar que, por su situación especial, el teletrabajo contribuye a mejorar sus circunstancias personales, familiares o laborales.

5.3.3.4.5 Optimización del tiempo de trabajo

Para concluir este apartado, finalmente, debe hacerse referencia a otra regla tenida en cuenta por la administración castellanoleonesa, consistente en primar la realización de estudios presenciales⁵⁹⁰. El fundamento reside en la necesidad de premiar el esfuerzo del empleado público en su formación. Siempre que esta redunde en la mejora del capital humano y, por tanto, en la calidad de la prestación del servicio.

En cualquier caso, el empleado debe acreditar que no desempeña simultáneamente otro puesto de trabajo, cargo, o actividad compatible, (en el sector público o en el ámbito privado). En este caso, el condicionante responde a la lógica de reservar el teletrabajo para aquellos empleados públicos que tienen como única dedicación la de su trabajo en la administración pública.

Sin entrar en mayor profundidad, se reconoce en la norma la ambición de dar encaje a la mayor cantidad de situaciones posibles. Con lo cual, en caso de empate en la puntuación total entre dos o más solicitantes de teletrabajo, el decreto todavía recoge dos criterios adicionales para dirimir el empate. Uno de ellos consistente en priorizar la puntuación

⁵⁸⁹ Se reserva 1 punto para los supuestos en los que existe una distancia superior a 30 kilómetros entre el domicilio y el centro de trabajo del empleado público. Téngase en cuenta que, Castilla y León, con 94.225 Km², es la Comunidad Autónoma con mayor extensión territorial de España.

⁵⁹⁰ Por cursar formación oficial se puede obtener un punto, mientras que la acreditación de desempeñar otro trabajo se le asignan 0.5 puntos.

más alta obtenida en los diferentes apartados, según el orden en el que aparecen en el decreto. Además, para el caso de persistir el empate, determina decantarse a favor de quien, en igualdad de condiciones, no haya tenido autorización para teletrabajar durante los veinticuatro meses consecutivos inmediatamente anteriores. Finalmente, en último extremo el Decreto prevé la elección del teletrabajador por sorteo público. En cualquier caso, cualquier alteración de las circunstancias objeto de baremación que hayan sido tenidas en cuenta para resolver deben comunicarse de manera inmediata, en un plazo máximo de tres días.

5.3.3.5 *Renuncia, suspensión y pérdida de la condición de teletrabajador*

Respondiendo la facultad de teletrabajar a un acto voluntario del trabajador que requiere la resolución favorable de la administración con los condicionantes y el plan de trabajo oportuno que se acuerde, esta podrá extinguirse por renuncia del propio empleado, en cualquier momento. Además, la administración también podrá adoptar la decisión (tasada) de revocar la resolución de teletrabajo. Tal supuesto, fundamentalmente vendrá referido a razones organizativas basadas en la necesidad del servicio, o bien a incumplimiento de los compromisos del teletrabajador.

5.3.3.5.1 Renuncia y suspensión de la autorización de teletrabajo

El carácter voluntario del teletrabajo marca la diferencia entre los supuestos de renuncia y la suspensión o pérdida de la condición de teletrabajador. Así, a diferencia del supuesto de renuncia a la autorización al teletrabajo realizada por el propio empleado antes de llegar a término, en cuyo caso no es preciso alegar causa alguna que lo justifique⁵⁹¹, la suspensión o pérdida de la condición de teletrabajador, tiene carácter causal y sus resoluciones deben encontrarse motivadas en alguno de los fundamentos tipificados en el Decreto.

En cuanto, a la suspensión temporal de la autorización de teletrabajo, esta podría venir justificada tanto por circunstancias sobrevenidas que afecten al teletrabajador, como por la aparición de necesidades temporales del servicio, que lo justifiquen. Resultando en ambos supuestos preceptivo el informe previo del supervisor.

⁵⁹¹ El art. 10 del Decreto castellanoleonés 16/2018 simplemente exige, por elementales razones organizativas, un preaviso mínimo de quince días, para que el órgano competente pueda dictar la resolución declarativa oportuna.

5.3.3.5.2 Pérdida de la condición de teletrabajador

Dentro de las causas de extinción de las obligaciones, el art. 1156 del Código civil establece que *“Las obligaciones se extinguen por ... el pago o cumplimiento...”*. Siendo esta, por otra parte, la forma más habitual de extinción de un contrato (por su cumplimiento). Con lo cual, con la llegada a término del tiempo por el que se otorga el acuerdo de teletrabajo, o en su caso, por el que se prorroga, desaparece la fórmula del teletrabajo para el desempeño del puesto que se trate. En esta misma línea concreta el art. 11 del Decreto 16/2018 la causa automática de pérdida de la condición del teletrabajador.

Lo mismo ocurre en caso de que se incumpla alguna de las condiciones resolutorias de la autorización. A ello se refiere el art. 11 b) del citado Decreto, respecto a posibles modificaciones de puesto de trabajo por parte del empleado público. Con lo que, en caso de producirse el traslado a un nuevo puesto de trabajo, se produce automáticamente la extinción de la autorización para teletrabajar, al estar vinculada la autorización a las funciones desempeñadas en el puesto de trabajo, y no a las de otro puesto de trabajo. Resultando un caso de extinción de obligaciones previsto en el art. 1156 del Código civil, en el que la novación surge como justificación de la extinción de una obligación.

Similar conclusión puede ser alcanzada cuando el empleado deja de estar en la situación administrativa de servicio activo, ya que esta conlleva la suspensión de la condición de empleado público. Lo que por otra parte resulta incompatible con cualquier actividad, aun cuando, como reza el Decreto, con posterioridad vuelva a ocupar el mismo puesto de trabajo, que dio lugar en su día a la autorización de teletrabajo.

El último supuesto de pérdida de la condición de teletrabajador previsto en el art. 11 d) reside en el mutuo disenso o desistimiento mutuo. Motivo por el que el acuerdo de voluntades del teletrabajador y de la administración, sobre la extinción del acuerdo de teletrabajo, comporta la pérdida automática de la condición de teletrabajador.

Junto a las causas que operan de forma automática, el precepto citado contempla un grupo variado de causas por las que se puede perder la condición de teletrabajador, pero esta vez, carecen de carácter automático. Por lo cual, será preciso revocar la autorización mediante resolución motivada. Se trata de lo que el Decreto denomina, pérdida de efectos de la autorización ex art. 9 del Decreto 16/2018 de Castilla y León.

Destacan entre ellas en un primer grupo, aquellas que tienen su origen en decisiones motivadas de la Administración. Refiriéndose a los supuestos de necesidad, no temporal,

del servicio, (p. ej. Por fallecimiento, enfermedades graves, traslados, jubilaciones, etc.), en los que la finalización *ante tempus* de la autorización de teletrabajo, se debe a la necesidad de proteger que el servicio prestado por la unidad no quede desatendido, ex art. 9.1 a). También puede encontrar justificación la pérdida del teletrabajo, una modificación sustancial de las funciones o tareas desempeñadas por el empleado público, ex art. 9.1 c), o bien la concurrencia de causas sobrevenidas graves cuya duración resulte impredecible, siempre que afecten a la prestación del servicio ex art. 9.1.f).

Un segundo grupo de causas contempla las situaciones de incumplimiento sobrevenido imputables al teletrabajador, (pérdida de la disposición de un equipo informático, por un robo, por un incendio, o por el deterioro de este hasta hacerlo inservible ex art. 9.1 b). Lo mismo sucede en el caso de no disponer de los sistemas de comunicación y seguridad adecuados para teletrabajar, incluida la falta de conexión efectiva, o interrupciones de servicio, aunque en este caso, el incumplimiento sobrevenido pueda ser imputable a terceros, como los operadores de la red (de suministro eléctrico, internet...).

Mientras que, por último, el tercer grupo de causas engloba incumplimientos expresos, imputables de forma exclusiva al teletrabajador, en cualquiera de sus modalidades. Ya se trate del incumplimiento del documento de compromisos, o del deber de actualización del plan individual de teletrabajo, ex art. 9.1.d). Así como cuando la prestación del servicio es deficiente, ex art 9.1.e), o no se ha atendido con diligencia, con la obligación de comunicar (en el plazo de tres días), la desaparición de las causas que fueron objeto de baremación para autorizar el teletrabajo ex art. 9.1 g). Cualquiera de ellos podría dar lugar a la extinción de la autorización para teletrabajar.

5.4 La extensión de la experiencia al resto de Comunidades Autónomas

A partir de la experiencia desarrollada en Castilla y León, distintas Comunidades Autónomas iniciaron el camino a la regulación del teletrabajo en la administración pública. Lo cual hicieron, apostando con mayor o menor nivel de intensidad, mediante la regulación de esta modalidad de prestación de trabajo. En la actualidad Extremadura y Castilla y León son las Comunidades que ofrecen un marco más completo y adaptado a la evolución del e-Government.

5.4.1 Los Decretos del País Vasco y de Extremadura en al año 2012

5.4.1.1 *El Decreto del País Vasco de teletrabajo*

Ya se ha avanzado que el tratamiento normativo del teletrabajo ha tenido desigual respuesta en las comunidades autónomas. No obstante, existe una coincidencia común a todos los procedimientos de implantación del modelo, consistente en el desarrollo de proyectos piloto previos a la regulación formal. De este modo, con posterioridad a la ordenación de Castilla y León, se aprueba el Decreto del País Vasco núm. 92/2012, de 29 de mayo⁵⁹². A través del cual, se ratifica el Acuerdo sobre la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos. Contemplando la disposición en su único artículo, la aprobación del Acuerdo sobre *“la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos”*.

El acuerdo del País Vasco es resultado de un proceso de diálogo social, que da respuesta a distintos compromisos establecidos en el *“acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi”*, así como al pacto reflejado en el Convenio Colectivo para el personal laboral, en materia de jornada y horarios de trabajo mediante la presencia física en el centros o lugares de trabajo. Reflejando, en definitiva, el acuerdo una nueva modalidad de prestación de la jornada de trabajo, de carácter no presencial mediante la fórmula teletrabajo. Adviértase que la regulación mediante Decreto responde a la exigencia de la Ley Vasca de Función Pública, que condiciona la validez y eficacia de los acuerdos alcanzados en las negociaciones sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, a su aprobación o ratificación por el Gobierno Vasco.

Por lo que, en líneas generales, cabe advertir que el Decreto Vasco mantiene una regulación similar al decreto Castellanoleonés, que le antecede en el tiempo. Definiéndose el teletrabajo, como la modalidad de prestación de servicios en la que se desarrolla el contenido funcional de sus puestos de trabajo, fuera de las dependencias de

⁵⁹² El Decreto vasco 92/2012, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Acuerdo sobre la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos (BOPV Núm. 111, de 7 de junio de 2012. Disponible en: <https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2012/06/1202578a.shtml> [consulta: 15 enero 2018]

la Administración, a través de la utilización de las TIC (art. 2.1 del Decreto Vasco). Teniendo por finalidad alcanzar mayor eficacia en la prestación de los servicios, favoreciendo integración de las TIC y realizando una gestión por objetivos, que facilite una mejor organización del trabajo.

Igualmente se reconoce su contribución a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, abundando en el mayor grado de satisfacción laboral del empleado público. Para lo que se establece un procedimiento de autorización (art. 5), y los criterios preferentes de autorización (art. 6), para el supuesto de concurrencia competitiva entre empleados públicos que quieran prestar sus servicios mediante teletrabajo. En la misma línea, concreta las posibles causas de denegación de la autorización (art. 7), el tiempo de duración del teletrabajo, y la distribución de la jornada semanal. Así como la relación de circunstancias sobrevenidas que pueden dar lugar a la suspensión temporal del teletrabajo (art. 11) y los supuestos de revocación de la autorización en el (art. 12).

Si bien la singularidad más destacable del Decreto Vasco respecto al decreto castellanoleonés reside en que el teletrabajador de la administración del País Vasco no precisa disponer de hardware⁵⁹³. Y ello porque es la propia administración la que se encarga de facilitar los medios materiales (ordenador personal portátil, un número de teléfono IP o móvil corporativo, así como el acceso a las aplicaciones informáticas del departamento), además de un canal de acceso⁵⁹⁴. Por lo tanto, lo único que debe aportar el teletrabajador es una línea de acceso a Internet, que cumpla con los requisitos tecnológicos definidos por la Administración, para garantizar un acceso de conexión seguro.

5.4.1.2 *El Decreto extremeño de teletrabajo 127/2012*

En el mismo año que en el País Vasco, se aprueba el Decreto 127/2012, de 6 de julio, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura⁵⁹⁵. Su mayor aportación, que la diferencia de las normas preexistentes sobre la materia, se centra en el detalle de los fines perseguidos con el teletrabajo.

⁵⁹³ Solo el Decreto Vasco y el Decreto Valenciano de 2016 dejan en manos de la administración la obligación de facilitar el equipo informático para el teletrabajador.

⁵⁹⁴ Cfr. El art. 14 del Decreto Vasco con el art. 5 del Decreto 16/2018 de Castilla y León.

⁵⁹⁵ Vid el Decreto 127/2012, de 6 de julio, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de

Así, el citado Decreto, partiendo de la flexibilidad que ofrece la oportunidad de realizar el trabajo desde el domicilio (más allá de su contribución a la modernización de la Administración) reconoce que permite mejorar las posibilidades de conciliación de la vida laboral y personal. Sin perjuicio de lo cual, elabora un decálogo de beneficios mutuos del teletrabajo para la administración y el empleado público, que se concretan en: a) aumentar los niveles de compromiso y motivación de los recursos humanos; b) buscar mejoras en las condiciones de trabajo, en la profesionalización de los empleados y en la calidad de los servicios; c) modernizar la organización del trabajo mediante el uso de las tecnologías; d) mejorar la eficacia y eficiencia de los servicios públicos; e) potenciar el trabajo por objetivos y resultados frente al tradicional cumplimiento del tiempo de presencia en el centro de trabajo; f) potenciar la productividad, disminuyendo el absentismo laboral y aumentando el compromiso con la calidad del trabajo; g) el impulso del e-Government mediante la modernización, digitalización y conectividad de la Administración; h) perseguir un modelo de teletrabajo sostenible; i) su contribución como experiencia en la elaboración de métodos y sistemas de evaluación del desempeño en el sector público; y j) el aprovechamiento finalista de las TIC. Todo ello, enmarcado en el principio general relativo a que las tecnologías no pueden equivaler a la disminución de la dedicación, o a la calidad del servicio⁵⁹⁶.

El citado Decreto 127/2012 ha permitido organizar la figura del teletrabajo en la Administración extremeña hasta su actualización en enero de 2018. Fecha en la que se aprueba una nueva regulación (prácticamente idéntica al marco aprobado en junio de 2018 en Castilla y León). Este nuevo marco facilita la adaptación a la evolución tecnológica y responde a las necesidades detectadas en la región para la implantación del teletrabajo⁵⁹⁷.

El Decreto extremeño 1/2018 articula en tres capítulos la regulación del teletrabajo. Definiendo su capítulo I las disposiciones generales (art. 1 a 4), en las que se contempla el objeto, fines y ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación. Además, detalla las condiciones del teletrabajo (art. 5 a 12), entre las que define sus características y efectos

Extremadura (DOE Núm. 135, de 13 de julio de 2012). Disponible en <http://doe.juntaex.es/pdfs/doe/2012/1350o/12040139.pdf> [consulta: 14 febrero 2018]

⁵⁹⁶ Vid art. 1.2 del Decreto extremeño citado.

⁵⁹⁷ La nueva regulación fue aprobada mediante Decreto de Extremadura núm. 1/2018, de 10 de enero por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE Núm. 10, de 15 de enero de 2018). Disponible en:

<http://doe.gobex.es/pdfs/doe/2018/100o/18040002.pdf> [consulta: 18 marzo 2018]

generales, así como la duración máxima de la autorización de teletrabajo (un año), o la jornada diaria de trabajo (limitada a tres días de trabajo no presencial a la semana). Sin embargo, modifica, el régimen anterior, pasando a admitir la posibilidad de fraccionar su prestación (en la modalidad presencial y no presencial), durante la jornada⁵⁹⁸. Circunstancia no consentida con anterioridad.

Ya en su capítulo II se regulan otros aspectos como la organización y supervisión de los servicios, incluida la creación de una comisión técnica de seguimiento⁵⁹⁹. Fijando los requisitos técnicos y estructurales del teletrabajo, para el que se extienden los derechos de formación y de prevención de riesgos. Estableciéndose también diversas cautelas dirigidas a garantizar la protección y confidencialidad de los datos de carácter personal.

Y finalmente en el capítulo III se articula el procedimiento para autorizar el teletrabajo, incluido el proceso de convocatoria⁶⁰⁰, los requisitos y presentación de solicitudes de los empleados públicos solicitantes⁶⁰¹. A lo que se une la relación de trámites internos (verificación inicial e informe de los supervisores del teletrabajo)⁶⁰², las resoluciones de autorización⁶⁰³, o las causas de revisión de la autorización⁶⁰⁴, la suspensión temporal del teletrabajo⁶⁰⁵, hasta la finalización del teletrabajo⁶⁰⁶. Dedicándose el art. 22 a la baremación de las solicitudes, en los supuestos de concurrencia. Para lo que se fijan los criterios de prelación, así como la lista de aspirantes que quedan en reserva. A lo que se suma un mecanismo de sustitución de las bajas producidas en las autorizaciones concedidas, en el caso de haber más solicitudes que autorizaciones.

5.4.2 La implantación de las experiencias Balear, Castellanomanchega, Riojana y Gallega durante el año 2013.

5.4.2.1 *El Decreto Balear de Teletrabajo*

Atendiendo al orden temporal de aprobación de las distintas disposiciones autonómicas en materia de teletrabajo, durante el año 2013 se llevan a cabo distintas iniciativas en

⁵⁹⁸ Art. 6.2 del Decreto extremeño 1/2018.

⁵⁹⁹ Art. 12 del Decreto extremeño 1/2018.

⁶⁰⁰ Art. 13 del Decreto extremeño 1/2018.

⁶⁰¹ Arts. 14 y 15 del Decreto extremeño 1/2018.

⁶⁰² Art. 17 del Decreto extremeño 1/2018.

⁶⁰³ Art. 18 del Decreto extremeño 1/2018.

⁶⁰⁴ Art. 19 del Decreto extremeño 1/2018.

⁶⁰⁵ Art. 20 del Decreto extremeño 1/2018.

⁶⁰⁶ Art. 21 del Decreto extremeño 1/2018.

cuatro Comunidades Autónomas, aprobándose en primer lugar, el Decreto de las Islas Baleares núm. 36/2013, de 28 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears⁶⁰⁷. El cual cuenta entre las singularidades más sustanciales, la reducción temporal del requisito de la antigüedad en el puesto de trabajo a seis meses⁶⁰⁸, o la fijación de la duración mínima y máxima de la autorización del teletrabajo (entre tres meses y un año)⁶⁰⁹. Sin embargo, a pesar de lanzarse en marzo de 2006⁶¹⁰ un programa piloto, sus resultados revelan un rotundo fracaso, al haber participado en la primera convocatoria tan solo un funcionario, y en la segunda convocatoria, seis funcionarios⁶¹¹.

El Decreto balear encuentra distintas limitaciones a lo largo del texto, que dificultan la prestación de servicios a través del teletrabajo. Constituyendo una de las barreras más destacables (más allá de las comunes exclusiones del personal que ocupe puestos de registro, o que exijan la presencia física en el centro de trabajo), la exclusión del personal docente o al personal estatutario del ámbito sanitario, así como al personal laboral del entramado público⁶¹². Si bien, la mayor de las dificultades que encuentra la aplicación del teletrabajo viene referida a prohibición de transportar documentos con datos confidenciales o protegidos por la normativa sobre protección de datos personales⁶¹³. Circunstancia que, probablemente, haya constituido el mayor impedimento en la aplicación práctica con éxito del teletrabajo en la administración, ya que, es prácticamente inevitable utilizar información confidencial, o que contenga datos personales.

⁶⁰⁷ Vid Decreto 36/2013, de 28 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios mediante teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BOIB Núm. 91 de 29 de junio de 2013). Disponible en:

http://www.caib.es/sites/institutestudisautonomics/ca/n/decret_362013_de_28_de_juny_pel_qual_es_regula_la_modalitat_de_prestacio_de_serveis_mitjancant_teletreball_a_ladministracio_de_la_comunitat_autonoma_de_les_illes_balears_-57300/ [consulta: julio 2018]

⁶⁰⁸ El art. 4 b) del Decreto exige acreditar haber trabajado al menos seis meses en el lugar de trabajo que pretende desarrollar mediante teletrabajo o en otro lugar con funciones análogas, siempre que al menos lleve un mes desarrollando las funciones del puesto en el que pretende teletrabajar.

⁶⁰⁹ Art. 8 del Decreto Balear.

⁶¹⁰ Resolución del Consejero de Interior por la que se aprueban las bases de la convocatoria para el desarrollo del programa piloto de teletrabajo de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. BOIB nº44 del 28/03/2006. Disponible en: <http://boib.caib.es/pdf/2006044/mp39.pdf> [consulta: 19 enero 2018]

⁶¹¹ Vid Informe del impacto del teletrabajo en Baleares. INAP. Disponible en :

https://bci.inap.es/alfresco_file/3a24f595-e3f2-43b5-a241-886217461198 [consulta : 20 enero 2018]

⁶¹² Menciona expresamente el art. 3 del Decreto Balear a fundaciones, consorcios o entes públicos empresariales

⁶¹³ Art. 3.3 del decreto Balear.

5.4.2.2 *Decreto de Castilla-La Mancha núm. 57/2013*

Seguidamente, durante el mismo año, con apenas dos meses de diferencia, se aprueba el Decreto de Castilla-La Mancha núm. 57/2013, de 12 de agosto por el que se regula la prestación de servicios de los empleados públicos en régimen de teletrabajo en la Administración de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha⁶¹⁴. En este caso, su ámbito de aplicación, distribución de jornada, requisitos, criterios de acceso y régimen de ejercicio del teletrabajo, así como la pérdida de efectos de la resolución de autorización, o el control de las tareas teletrabajadas, reproducen de forma muy similar al marco castellanoleonés contenido en el Decreto de 2011.

5.4.2.3 *Decreto 45/2013, de 5 de diciembre del Gobierno de La Rioja*

Ya finalizando el año, se publica el Decreto del Gobierno de La Rioja núm. 45/2013, de 5 de diciembre, que regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos⁶¹⁵. En este caso, se regula por primera vez, formalmente a través de un Decreto, el primer impulso del teletrabajo a todos los departamentos del gobierno, tras una experiencia, de alcance muy limitado e informal, que se explora con positivos resultados, durante los años 2010 a 2012⁶¹⁶. De esta manera se define el teletrabajo en el Decreto riojano, no solo como herramienta de conciliación de la vida personal y laboral, sino como una medida de flexibilidad interna, en un momento de crisis económica global, tal y como señala la Exposición de Motivos.

⁶¹⁴ Vid Decreto 57/2013, de 12/08/2013, por el que se regula la prestación de servicios de los empleados públicos en régimen de teletrabajo en la Administración de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DOCLM Núm. 158, de 16 de agosto de 2013). Disponible en: http://docm.jccm.es/portaldocm/descargarArchivo.do?ruta=2013/08/16/pdf/2013_10117.pdf&tipo=rutaDocm [consulta: 25 enero 2018]

⁶¹⁵ El Decreto 45/2013, de 5 de diciembre, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos (BOR Núm. 154, de 13 de diciembre de 2013). Disponible en: <https://www.larioja.org/normativa-autonomica/es?modelo=NA&norma=1910> [consulta: 20 enero 2018]

⁶¹⁶ Vid Orden núm. 61/2010, de 19 de noviembre de 2010, de la Consejería de Administraciones Públicas y Política Local, por la que se convoca el programa de teletrabajo para el personal funcionario de carrera y laboral fijo al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus organismos autónomos (BOR Núm. 8, de 19 de enero de 2011). Disponible en: <https://www.larioja.org/bor/es/boletines-nuevo?tipo=2&fecha=2011/01/19&referencia=885876-1-HTML-427756-X> [consulta: 9 enero 2018]

El Decreto limita el ámbito subjetivo de aplicación, dado el escepticismo de algunos departamentos en el logro de los objetivos perseguidos. No obstante, tras la experiencia de seis años, y la evolución de la administración electrónica, especialmente en esta última década, el ámbito de aplicación puede ser fácilmente ampliable y mejorado.

En efecto, se establece un primer grupo de exclusiones⁶¹⁷ atendiendo a la actividad desempeñada. Separando así de su ámbito de aplicación a los empleados públicos que prestan sus servicios en: a) centros, servicios y establecimientos sanitarios del Servicio Riojano de Salud; b) al personal docente de enseñanzas no universitarias; quedando también al margen del decreto c) el personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia.

Junto a ellos, el art. 2 del Decreto riojano también elimina como potenciales candidatos al teletrabajo a: a) el personal que ejerza funciones de dirección, coordinación o supervisión, al exigir su puesto una disponibilidad de presencia física para atender al público⁶¹⁸, junto a los secretarios del personal de alta dirección. Por otra parte, tampoco se aplica a b) los empleados que no utilicen herramientas informáticas en su trabajo (v. gr. labores de mantenimiento); c) ni a los que prestan servicios vinculados a una prestación física efectiva en el centro de trabajo.

Por lo demás, cabe advertir que el régimen de teletrabajo⁶¹⁹, los requisitos de acceso⁶²⁰, los criterios de prelación ante la concurrencia⁶²¹, son similares a los existentes en otras comunidades autónomas.

Las tres singularidades del Decreto riojano, en la fecha en la que se aprueba giran en torno a tres aspectos: a) no se fija el plazo máximo para el teletrabajo; b) el Decreto admite la posibilidad de hacer jornada partida con teletrabajo, lo que se concreta en la posibilidad de teletrabajar desde su domicilio particular entre un 20% y un 40% de la jornada laboral reconocida y asignada en su puesto de trabajo⁶²². Además, se permite acumular el tiempo de teletrabajo en uno o dos días completos semanales, o bien, de forma irregular a lo largo de la semana. Incluso se llega a contemplar el teletrabajo como

⁶¹⁷ Vid art. 2 del Decreto riojano.

⁶¹⁸ Vid art. 6.2. *in fine* del Decreto riojano.

⁶¹⁹ Vid art. 4 del Decreto riojano.

⁶²⁰ Vid art. 5 del Decreto riojano citado.

⁶²¹ Vid art. 7 del Decreto riojano.

⁶²² Vid Art.14 del decreto riojano sobre distribución del tiempo de trabajo.

el derecho a disfrutarse, bien al inicio, bien al final de la jornada⁶²³. Por último, solo se establecen una relación de causas tasadas para revisar la autorización de teletrabajo, con lo que la medida queda prorrogada, siempre que los superiores jerárquicos informen favorablemente el trabajo⁶²⁴. Sin embargo, sería aconsejable abordar una nueva regulación, en similares términos a los decretos más modernos en el tiempo, ante los avances operados en las tecnologías y la evolución de la administración electrónica en La Rioja.

5.4.2.4 *La Orden de 20 de diciembre de 2013, como primer paso al teletrabajo en la Administración gallega.*

El ordenamiento del teletrabajo en Galicia se inicia a partir de la aprobación de la Orden de 20 de diciembre de 2013, mediante la que se regula la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos autonómicos en Galicia⁶²⁵. La disposición ha sido modificada levemente mediante Orden de 5 de septiembre de 2016⁶²⁶

La disposición gallega regula el teletrabajo en los art. 13 y siguientes, que lo contemplan como una modalidad de prestación de servicios, a la que se puede acceder previa

⁶²³ El decreto que piensa en medidas como la conciliación, admite poder teletrabajar en horario de 8 a 10:30 horas de la mañana y de 13 a 15:30 horas de la tarde para empleados que realicen jornada continuada.

⁶²⁴ El art. 14 del Decreto riojano admite la posibilidad de que se revise la autorización de teletrabajo mediante nueva resolución que determine su finalización, o bien los nuevos términos en que debe ser prestado el trabajo, en alguno de los siguientes supuestos: a) por necesidades del servicio debidamente acreditadas, b) Por incumplimiento de los objetivos establecidos, c) Por causas sobrevenidas que alteren sustancialmente las condiciones y requisitos en los que se basó la autorización inicial, d) por la modificación de las circunstancias que motivaron su concesión, e) por mutuo disenso, e) por la no atención de las medidas recomendadas en materia de prevención de riesgos laborales, o la negativa a admitir la verificación del cumplimiento de las mismas.

⁶²⁵ Vid Orden de 20 de diciembre de 2013, conjunta de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia y de la Consellería de Hacienda, por la que se regulan la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG Núm. 249, de 31 de diciembre de 2013). Disponible en:

https://www.xunta.gal/dog/Publicados/2013/20131231/AnuncioG0244-201213-0001_es.html [consulta: 22 abril 2018]

⁶²⁶ La reforma se limita a modificar la duración máxima de la jornada de teletrabajo fijándola hasta las 20:00 horas, de lunes a viernes. Orden de 5 de septiembre 2016 de Galicia por la que se modifica la Orden de 20 de diciembre de 2013 que regula la acreditación, la jornada y el horario de trabajo, la flexibilidad horaria y el teletrabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Administración general y del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG Núm. 177, de 16 de septiembre de 2016). Disponible en:

https://www.xunta.gal/dog/Publicados/2016/20160916/AnuncioG0244-050716-0001_es.html [consulta: 22 abril 2018]

solicitud⁶²⁷, quedando equiparado el teletrabajador al resto de empleados respecto a los derechos de formación, y en materia de prevención de riesgos los teletrabajadores⁶²⁸. Sin embargo, se exige acreditar una antigüedad igual o superior a los dos años de servicio en el puesto en que se pretende teletrabajar o, en su caso, acreditar una experiencia en puestos con funciones y tareas similares⁶²⁹. Tiempo, equivalente al que inicialmente se estableció en Castilla y León, bastante superior a la media exigida en el resto de las Comunidades Autónomas.

Por lo demás, la Orden también regula los supuestos en los que la autorización puede ser modificada⁶³⁰, así como el procedimiento de control de la actividad a través de los oportunos informes⁶³¹.

5.4.3 La regulación mediante instrucción del Gobierno de Aragón

Con mayor retraso en el tiempo se impulsa el teletrabajo en la Administración autonómica aragonesa⁶³², ya que la medida se vio postergada hasta la aprobación de en el año 2014 de la Instrucción mediante la que se implanta un programa piloto⁶³³, encuadrado en el marco del “Plan de Igualdad y Conciliación” dirigido a un máximo de treinta candidatos. La instrucción define el teletrabajo como una “*modalidad de prestación regular de servicios de carácter no presencial*” utilizando las TIC, que se planifica en jornada parcial, al establecer un límite máximo para teletrabajar del 50% de la jornada semanal. Lo que limita la jornada de teletrabajo a una parte de la jornada diaria, o con carácter de máximos a dos días completos a la semana. Además, la experiencia se acota a un máximo de tres meses, admitiendo la posibilidad de prórroga.

⁶²⁷ Art. 15.1 de la Orden Gallega de 20 de diciembre de 2013.

⁶²⁸ Art. 16 de la Orden Gallega de 20 de diciembre de 2013.

⁶²⁹ Art. 14.b) de la Orden Gallega de 20 de diciembre de 2013.

⁶³⁰ Art. 15.4 de la Orden Gallega de 20 de diciembre de 2013.

⁶³¹ Art. 15.2 de la Orden Gallega de 20 de diciembre de 2013.

⁶³² De hecho, la Universidad de Zaragoza fue más ágil en la implantación del teletrabajo que el Gobierno de Aragón, ya que, atendiendo a un acuerdo de la mesa sectorial de 23 octubre de 2009, se sientan las bases para el desarrollo del programa que se aprueba el 17 de septiembre de 2012. Disponible en: <https://www.unizar.es/sites/default/files/gobierno/gerencia/docs/1.15.1.teletrabajo.pdf> [consulta: 24 abril 2018]

⁶³³ Instrucción de la Comunidad de Aragón de 6 de agosto 2014 para la implantación del programa piloto de la modalidad de teletrabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón. Disponible en: <http://www.boa.aragon.es/cgi-bin/EBOA/BRSCGI?CMD=VEROBJ&MLKOB=807381284949> [consulta: 25 abril 2018]

La disposición contempla, asimismo, una serie de criterios de carácter subjetivo y organizativo para realizar la selección de candidatos⁶³⁴, a los que posteriormente la administración autonómica se compromete a formar. No quedando limitada la formación a los trabajadores, sino que también se dirige a quienes ejerzan la función de supervisión. Se trata de un conjunto de materias que facilitan la actualización en conocimientos digitales, que comprende el significado mismo del teletrabajo, como modalidad de prestación de trabajo en Aragón, así como conseguir una gestión eficaz del tiempo de trabajo. A lo que se añaden las nuevas reglas de la organización del trabajo, que pasa a medirse conforme a los objetivos y resultados pactados, que han de ser objeto de evaluación; para lo que deben facilitar formación sobre las herramientas tecnológicas que deben utilizar; aspectos relativos a la protección de la salud y prevención de riesgos laborales, protección de datos personales y el deber de confidencialidad.

Adviértase, además, que la norma fija la obligación de los supervisores de elaborar un informe mensual sobre la evolución del programa, con dedicación del tiempo dedicado al teletrabajo, el grado de cumplimiento de objetivos, las posibles incidencias surgidas y las conclusiones para su posterior análisis, corrección y adaptación⁶³⁵.

⁶³⁴ Art. 7 de la citada Orden aragonesa de 6 de agosto de 2014.

⁶³⁵ La inspección de servicios del Gobierno de Aragón elaboró en 2014 el *“Resumen ejecutivo, conclusiones y recomendaciones. Mejora de ejecución. Desarrollo de un programa piloto de teletrabajo”*. Se trata de un informe ejecutivo que reúne las conclusiones del programa (pág. 15-16). Quedando resumidas en que nada desaconseja (ni motivos organizativos, económicos, tecnológicos o funcionales) el despliegue de la modalidad de teletrabajo. Además, la existencia de elementos de la vida personal y profesional de los empleados públicos, aconsejan la introducción de la modalidad del teletrabajo. Todo ello sin perjuicio de que el teletrabajo “puede tener un efecto positivo en la modernización de la Administración y en la motivación de los empleados públicos”, y por último, concluye con la alineación entre el “despliegue del teletrabajo” con el “horizonte de desarrollo organizacional de la Administración”.

Junto a estas cuatro conclusiones, hace cinco recomendaciones (pág. 16 a 20), dirigidas, por un lado, a extender la modalidad de teletrabajo a toda la administración; a definir el teletrabajo con vocación de generalidad, no como un derecho, sino como una opción, con carácter voluntario pero reversible, limitando la temporal a un periodo de entre dos meses y máximo de un año prorrogable por seis meses adicionales. Además, sugiere elevar el rango de la norma reguladora a una Orden del Departamento responsable de la dirección, planificación, ordenación y gestión de los recursos humanos y fija la formación con carácter condicionante en su tercera recomendación. Las dos últimas recomendaciones vienen referidas a la necesidad de desplegar soluciones tecnológicas que permita la utilización de aplicaciones y servicios informáticos de forma remota desde cualquier dispositivo, así como la información y la transparencia sobre la estructura, objetivos y finalidad del programa, para que los interesados puedan conocer de primera mano el funcionamiento del programa.

5.4.4 Las últimas regiones en implantar el modelo del teletrabajo. El caso de Murcia y la Generalitat Valenciana.

En el año 2016 aparecen dos nuevas normas reguladoras del teletrabajo, en regiones que no disponían marco regulador hasta la fecha. Una de ellas, con vocación de generalidad, como es el Decreto de la Generalitat Valenciana núm. 82/2016, de 8 de julio, por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo del personal empleado público de la Administración de la Generalitat⁶³⁶, mientras que la segunda, consiste en una Orden por la que se implanta un nuevo proyecto piloto, de carácter experimental en la Región de Murcia.

5.4.4.1 El Decreto de la Generalitat Valenciana 82/2016

En relación con el Decreto de la Generalitat Valenciana, su exposición de motivos reconoce el valor de la norma, a la que le atribuye el mérito de significar *“un primer paso para la implantación en el ámbito de la Generalitat de esta modalidad de prestación de servicios además de, por extensión, en el resto de las administraciones públicas”*, del sector público valenciano.

El programa gira en torno al cumplimiento de objetivos y a la consecución de resultados⁶³⁷, circunscribiéndolo en el ámbito temporal máximo de un año (admitiéndose prórrogas tácitas de periodos de tiempo iguales). En este caso, el Decreto se inclina por la categoría de teletrabajo que no admite el fraccionamiento de la jornada diaria⁶³⁸, ciñéndose el teletrabajo a un máximo de tres días a la semana, que según el Decreto deberán ser prestados *“desde el domicilio”*.

Por lo demás, las singularidades del Decreto valenciano se centran en que, junto a la normativa del País Vasco, es la única región que exige como requisito técnico, que el teletrabajador cuente con sistema de conexión informática, no siendo necesario que

⁶³⁶ El Decreto 82/2016, de 8 de julio, del Consell, por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo del personal empleado público de la Administración de la Generalitat. (DOGV núm. 7828 de 14 de julio de 2016. Disponible en:

http://www.dogv.gva.es/portal/ficha_disposicion.jsp?L=1&id=26&TEXTO_LIBRE=Decret+96%2F2014%2C%20de+13+de+juny&CHK_TEXTO_LIBRE=1&tipo_search=legislacion&num_tipo=6&sig=005224%2F2016&tl=Decret+96%2F2014%2C%20de+13+de+juny [consulta: 20 abril 2018]

⁶³⁷ Art. 7.2 del Decreto valenciano 82/2016.

⁶³⁸ Art. 7.4 del citado Decreto valenciano 82/2016.

disponga de un equipo informático⁶³⁹ (ya que se lo facilita la administración). Además de tratarse del primer marco jurídico en el que se encuentran referencias expresas a la limitación de acceso a páginas web no relacionadas con el trabajo⁶⁴⁰. Avanza, asimismo, entre las responsabilidades del teletrabajador, la de dar buen uso al equipo informático. Exigiendo la devolución a la administración del material informático, una vez finalizada la autorización de teletrabajo en las mismas condiciones que se le entregó. Lo que impide cualquier manipulación de la configuración del aparato. Para lo cual, se posibilita la revisión de las condiciones del equipo, en cualquier momento, durante la vigencia del proyecto de teletrabajo. Con lo cual, se atribuye la facultad de control al responsable tecnológico que designe la administración. Si bien, en cualquier caso, el incumplimiento de las citadas prohibiciones puede llegar a dejar sin efecto la autorización de teletrabajo ex art. 12 del citado Decreto.

El hecho de que se facilite el equipo informático por la administración faculta un mejor ejercicio del poder de dirección y control sobre el teletrabajo. Con lo que, contrariamente a lo que ocurre en este supuesto, la Administración difícilmente estará legitimada a acceder al control remoto de los equipos de los teletrabajadores, cuando estos no sean de su propiedad, concretamente, en aquellos supuestos en los que la norma autonómica contempla la titularidad del trabajador del PC como requisito material del teletrabajo.

En este sentido, como recuerda la SAN de 31 de mayo de 2004, la instalación de cualquier sistema de control debe ser proporcionado a su finalidad, de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 90/270/CEE del Consejo. Con lo cual es preciso *“cohonestar y conciliar el derecho del empresario a controlar la actividad laboral (art.20.3. ET) y el de trabajador a proteger su intimidad personal y familiar y su domicilio (art.18.1 y 2 C.E.)”* lo que impide al empresario acceder personalmente al domicilio del trabajador, si no cuenta con el expreso consentimiento de éste. Una prohibición que queda prorrogada respecto a cualquier tipo cargos o personas relacionadas con la empresa”.

Por lo cual, a falta de regulación específica, la Sala recuerda que el acuerdo deberá contemplar aspectos como *“los días, horas, frecuencia, duración, zona de visita, así como la necesidad de dar o no un preaviso de visita... .. O bien podrá establecerse el tiempo de*

⁶³⁹ Art. 8.2 del Decreto Valenciano 82/2016.

⁶⁴⁰ El art. 8.1 del Decreto establece que *“en ningún caso se autoriza el uso de conexiones a internet ofrecidas por tiendas, hostelería, lugares públicos u otros tipos de establecimientos comerciales y, en general, de aquellas redes de comunicaciones compartidas al público en general o cuando la seguridad de la comunicación esté en riesgo.”*

control telemático más apropiado, siempre y en todo caso de acuerdo a lo dispuesto en el art. 20.3 del ET, impidiendo cualquier intromisión ilegítima injustificada o desproporcionada en las vidas de los teletrabajadores so pretensión de un pretendido control legal de su actividad laboral por medio de estos controles telemáticos. Dado que en este campo informático también pueden producirse extralimitaciones por ambas partes, pero en especial por parte del empresario, parece exigible que éste deba sujetarse a unas pautas o garantías, como pueden ser la de la proporcionalidad del control en relación con su finalidad, la de su conocimiento previo por los representantes de los trabajadores (art. 64,1.4. d) E.T) y la necesaria información a los interesados”⁶⁴¹.

No se escapa tampoco a la regulación del Decreto la concurrencia de posibles contingencias que hagan imposible el teletrabajo. En cuyo caso, se establece una cláusula de salvaguarda ante disfunciones que impidan el funcionamiento normal del equipo informático, o de las aplicaciones instaladas. En tal caso, se contempla la suspensión temporal automática del teletrabajo, con la obligación del empleado de reincorporarse a su centro de trabajo el día siguiente. Al igual que cesaría tal suspensión del teletrabajo, una vez solucionado el problema técnico correspondiente.

5.4.4.2 *El proyecto experimental de la Región de Murcia*

Dentro del abanico de disposiciones autonómicas sobre teletrabajo analizadas, debe destacarse también la implantación del proyecto experimental de teletrabajo en la Región de Murcia, el 3 de octubre de 2016⁶⁴², cuya incidencia ha sido más bien escasa. Como muestra, cabe señalarse que han participado solo 15 personas de la Consejería de Hacienda y Administración pública, para las que se dispuso de resoluciones de teletrabajo temporales, de seis meses de duración, prorrogables hasta el límite máximo de un año. Sin embargo, hasta la fecha, la experiencia aún no se ha generalizado a todos los empleados públicos del gobierno regional.

⁶⁴¹ Vid FJ 6 de la SAN 42/2004 de 31 de mayo de 2004 (Núm. Recurso 207/2003). Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datamatch=AN&referenc e=2016438&links=%22%20207%2F2003%22&optimize=20040930&publicinterface=true> [consulta: 23 abril 2018]

⁶⁴² Orden de 3 de octubre de 2016, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se convoca un proyecto piloto experimental de teletrabajo en la Administración Pública Regional. Disponible en: <https://www.borm.es/borm/documento?obj=anu&id=750527> [consulta: 2 junio 2017]

5.4.5 Conclusiones sobre las experiencias autonómicas

Aunque no todos los gobiernos regionales tienen implantado el teletrabajo como modalidad de prestación de servicio, se observa que respecto a aquellas Comunidades Autónomas donde se ha aprobado una regulación, es posible extraer las siguientes notas definitorias del teletrabajo:

- i. Los empleados que teletrabajan tienen los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro empleado público, (igual salario, formación, prevención de riesgos laborales etc.).
- ii. El teletrabajo no modifica el régimen jurídico con respecto al trabajo presencial en el centro.
- iii. El teletrabajo es de libre adhesión y de baja voluntaria para el empleado público.
- iv. en todas las regiones se ha regulado con una vigencia temporal y limitada a un máximo de 3 días a la semana.
- v. El teletrabajo está condicionado a la ocupación de un puesto de trabajo susceptible de teletrabajar, además de a una mayor o menor antigüedad en el puesto, quedando sin efecto en caso de cambio de trabajo, o de modificación de funciones que exijan el carácter presencial. Lo cual aconsejaría que en la elaboración de la Relación de puestos de trabajo de cada administración se hiciera referencia a que puestos son susceptibles del teletrabajo.
- vi. La condición de teletrabajador se vincula con la persona física y no con el puesto de trabajo, no siendo un derecho, sino una opción.
- vii. En caso de concurrencia competitiva, las administraciones ponderan las situaciones personales de cada empleado público solicitante, siendo la discapacidad, así como la conciliación de la vida familiar y laboral, dos de los aspectos con mayor peso en el proceso de baremación de candidatos a teletrabajar.
- viii. Y, por último, debe ponerse en valor la sensibilidad de las administraciones respecto al impulso de la formación en aspectos esenciales como las habilidades digitales, la prevención de riesgos laborales y la protección de la salud en el teletrabajo, así como el deber de cautela y confidencialidad con relación a los datos de carácter personal que manejan.

5.5 El Teletrabajo: una oportunidad para trabajadores con discapacidad

La 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, define la dependencia en su art. 2⁶⁴³, como el estado de carácter permanente en que se encuentran aquellas personas que, ya sea por razones derivadas de la edad, por enfermedad o por discapacidad, sufren una pérdida total o parcial de su autonomía física, mental, intelectual o sensorial. Motivo por el cual, este colectivo precisa, bien de la atención de otra u otras personas, bien una serie de ayudas, más o menos importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otro tipo de apoyos para su autonomía personal.

Siendo así como reza la Exposición de motivos de la Ley, la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal constituye uno de los principales retos de cualquier política social en un país desarrollado. Por lo cual, conviene reparar al respecto en que, las tecnologías pueden ser un buen instrumento para mejorar la atención de las necesidades de aquellas personas, especialmente vulnerables. Hasta el punto de que facilitaría enormemente sus posibilidades de desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos como ciudadanos, entre el que se encuentra el derecho a trabajar.

Como se aprecia de la evolución a lo largo, fundamentalmente, de las dos últimas décadas, se ha registrado un importante avance en el empleo del colectivo de personas con discapacidad⁶⁴⁴, y de forma especial durante la última década. Bien es cierto que este dato, podría verse mejorado sustancialmente, a corto y medio plazo, a través de un mayor aprovechamiento de las TIC, si además se apuesta firmemente por el diseño de tecnología inclusiva. Por lo cual, en definitiva, resulta un hecho incontestable que las tecnologías aportan métodos extraordinarios de integración laboral, también para este colectivo.

⁶⁴³ Con todo, la única referencia a la tecnología en la Ley de dependencia se incluye en la alusión al Servicio de Teleasistencia, previsto en el art. 22 con carácter asistencial. En cuyo caso se contempla para proporcionar a los beneficiarios del sistema una respuesta ante situaciones de emergencia, o de inseguridad, soledad y aislamiento. Pudiendo organizarse como servicio independiente o complementario al de ayuda a domicilio.

⁶⁴⁴ Según el informe de ADECCO *Tecnología y Discapacidad* la evolución de la contratación de las personas con discapacidad ha pasado de los 61.008 empleos en el año 2012 a los 110.068 en 2017. Pág. 6. Disponible en: http://fundacionadecco.org/recursos/_informe-tecnologia-y-discapacidad-2018.pdf [consulta: 22 septiembre 2018]

Según los últimos datos sobre el Empleo de las personas con discapacidad, el 6,1% de la población española en edad laboral tiene algún tipo de discapacidad oficialmente reconocida. Lo que representa una cifra que asciende a 1.840.700 españoles⁶⁴⁵. Además, este colectivo cuenta con una tasa de actividad 42,8 puntos inferior a la de la población, en general, junto a una tasa de paro del 28,6%⁶⁴⁶. Pero lo cierto es que se trata de unas cifras, que a pesar de ser 9,1 puntos superiores a la de la población sin discapacidad, han disminuido 2,4 puntos respecto al año anterior.

Por otra parte, la tasa de empleo de este colectivo se eleva a tan solo del 25,1%. Unos datos que invitan a apostar por un amplio campo de mejora, que debe ser abordado también desde el punto de vista tecnológico como una oportunidad de futuro. Conviene reparar al respecto que, del global de trabajadores con discapacidad ocupados, el 88,0% son trabajadores por cuenta ajena. Motivo por el cual, la adaptación a la economía digital del Derecho del Trabajo también pasa por consolidar y mejorar los derechos de los trabajadores con discapacidad, incluido el derecho a crear nuevas oportunidades de empleo también para ellos.

Como se puede detectar tras el análisis de distintos estudios, las TIC también suponen una extraordinaria herramienta de integración social y laboral para trabajadores con discapacidad. Hasta el punto de que permiten eliminar barreras de accesibilidad, haciendo más asequible el trabajo para este colectivo. Pero también favorece que se generen nuevas oportunidades antes impensables (para personas con discapacidad, e impensables también para los empresarios). Como muestra, cabe señalar ejemplos de innovaciones, como las aplicaciones que permiten manejar los dispositivos a través del sonido, transcribiendo de forma inmediata la voz en escritura; o la habilitación de aplicaciones para trabajadores con discapacidad visual, que permiten ampliar el tamaño de las cosas mediante lupas digitales, para facilitar la visión en una pantalla ordinaria de un PC; o las impresora braille que permiten imprimir documentos en papel para su posterior lectura, o tecnologías para la comunicación, para personas con discapacidad auditiva, que ofrecen nuevas posibilidades de inclusión laboral para este colectivo.

⁶⁴⁵ Los últimos datos corresponden a la estadística que anualmente elabora el INE, con datos facilitados tanto por el IMSERSO, como por la Dirección General de Coordinación de Políticas Sectoriales sobre Discapacidad, el CERMI y la Fundación ONCE, junto a los datos de la EPA, del BEPD, TGSS, INSS y del SAAD. Disponible en:

http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736055502&menu=ultiD atos&idp=1254735976595 [consulta: 29 junio 2018]

⁶⁴⁶ los últimos datos de la tasa de paro en el colectivo de discapacidad corresponden al año 2016.

5.5.1 La singularidad del trabajo a distancia en Centros Especiales de Empleo

Como se observará, existe una singularidad en nuestro ordenamiento, respecto del tratamiento del trabajo a distancia de trabajadores con discapacidad en Centros Especiales de Empleo (en adelante CEE). Conviene reparar al respecto que, dentro de las cuatro grandes categorías de discapacidad, a) sensorial, ya sea auditiva o visual, b) física o motora, c) intelectual o mental y d) finalmente la psíquica, actualmente solo en los tres primeros supuestos, sería posible trabajar a distancia para un CEE. Efectivamente, se asume por el ordenamiento laboral español, que pueden realizar un trabajo a distancia en los CEE cualquier trabajador que tenga una discapacidad de los tres primeros supuestos. Pero, sin embargo, se priva de esta facultad, a través del art. 7.3 a) del Real Decreto que regula la prestación laboral de minusválidos en CEE⁶⁴⁷, a los discapacitados psíquicos. A mi juicio, tal prohibición, incluida en el ordenamiento jurídico desde el año 1999, que podría obedecer en el pasado a un excesivo afán protector del discapacitado, debería desaparecer, al haber quedado obsoleta.

Entre los motivos que justifican la obsolescencia de tal limitación, se puede destacar que interés protector del discapacitado podría contravenir su derecho a la no discriminación. Máxime cuando los avances tecnológicos facilitan una garantía del respeto por los derechos del discapacitado, dando respuesta a una realidad consistente en la voluntad de integración en el mercado de trabajo. De esta forma, si no se prohíbe el trabajo a distancia para un discapacitado en una empresa ordinaria, tampoco debería discriminarse para prestar el trabajo en un CEE. Lo cierto es que no puede olvidarse que los progresos de la tecnología (inexistentes cuando se elaboró la norma) ofrecen nuevas oportunidades (inimaginables no hace mucho tiempo), que no justifican la diferencia de trato entre discapacidades, ni entre discapacitados y trabajadores sin discapacidad diagnosticada.

Para el resto de los trabajadores con discapacidad (no psíquica) se admite la posibilidad de formalizar un contrato de trabajo a domicilio con el CEE, conforme al art. 13 ET con las siguientes particularidades:

⁶⁴⁷ Adviértase que el art. 7.3 a) del Real Decreto 427/1999, de 12 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo, determina que Tres. El contrato de trabajo a domicilio se ajustará a lo previsto en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de la peculiaridad de que No se podrá utilizar esta modalidad para la contratación de minusválidos psíquicos.

- i. Contar con el informe favorable del equipo multiprofesional, con el que se trata de documentar la adecuación del trabajo concreto a las características personales y profesionales del trabajador. Siendo el análisis, siempre previo a la formalización del trabajo a distancia, el que debe especificar las repercusiones sobre la adecuación de la realización del trabajo a domicilio.
- ii. Adicionalmente, es preciso llevar a cabo un seguimiento de la adecuación del trabajo a las características del trabajador. Junto a lo cual, habrá de valorarse la contribución a la mejora de la adaptación personal y social del trabajador discapacitado, con vistas a la futura integración en el mercado ordinario de trabajo.
- iii. Y es que, efectivamente por seguridad jurídica del trabajador, se requiere dejar constancia formal en el contrato de trabajo de todas aquellas adaptaciones técnicas que resulten precisas para realizar la actividad laboral del discapacitado. Y junto a ello, la relación de servicios de ajuste personal y social que debe poner el CEE a disposición del trabajador discapacitado contratado a domicilio.

5.5.2 Un apunte final sobre economía digital y discapacidad

En este campo de actuación, la apertura de las TIC al sector de los trabajadores con discapacidad supone un importante acicate para la integración de este colectivo. Por otra parte, la adaptación de los puestos de trabajo a las necesidades de un discapacitado cada vez resulta más sencilla en las empresas que se han integrado en un proceso de digitalización. Lo cierto es que, según el informe *Tecnología y Discapacidad*, el 69% de los trabajadores que participaron en la encuesta de la que forma parte el estudio⁶⁴⁸, considera que su dependencia podría reducirse a través de dos variables: la accesibilidad, y un desarrollo tecnológico que facilite el desenvolvimiento de las personas con discapacidad. Resultando ambas variables merecedoras, desde mi punto de vista, de la máxima consideración para avanzar en el proceso de integración en el mercado laboral de este colectivo.

⁶⁴⁸ En la encuesta participaron 300 personas con discapacidades físicas residentes en España en una horquilla de edades entre los 18 y los 50 años. Un 40% de ellos tenían discapacidad física; seguidas de un 23% de los encuestados con discapacidad intelectual y/o psíquica, un 22% con discapacidad sensorial y un 15% con otras discapacidades.

6 LA TUTELA JUDICIAL ESPAÑOLA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONFLICTO TECNO-LABORAL

A lo largo del siguiente capítulo, se sigue la estela de las últimas sentencias de diversos tribunales de justicia, en los que se enjuicia algún elemento de conflicto en el ámbito del Derecho del Trabajo en el que interviene la tecnología (incluido el esquirolaje tecnológico). Lo cual exige abordar distintas resoluciones de la jurisdicción ordinaria, para a continuación profundizar en las procelosas aguas de la doctrina constitucional española. A este respecto, se hace referencia a la disputa doctrinal surgida en el ámbito del TS en esta materia, en relación con las últimas discrepancias manifestadas entre la Sala de lo penal y la de lo social del TS; además de ello, se alude, en algún caso puntual, a la doctrina judicial ofrecida por distintos órganos, como las Salas de lo Social de los TSJ de las Comunidades Autónomas, incluso puntualmente a alguna sentencia dictada en primera instancia por el orden Social. Para lo cual, merece ser objeto de análisis el contenido de los distintos votos particulares de las sentencias dictadas en los casos analizados por su extraordinario valor científico⁶⁴⁹. Todo ello, atendiendo a criterios temáticos, jerárquicos y temporales.

⁶⁴⁹ Desde un punto de vista de derecho comparado existen distintos modelos de elaboración de una decisión judicial. Así, ordenamientos como el español o el alemán permiten a los magistrados del TC la manifestación de las discrepancias internas en el proceso de deliberación y decisión de un recurso, publicándose posteriormente en el BO correspondiente. Este mismo criterio, se aplica también a otros Tribunales como es el caso del TEDH. Frente a ellos, el modelo predominante en la tradición del derecho continental europeo, es el de la “*decisión per curiam*”, como es el caso de Francia, Italia, Países Bajos, Bélgica o Austria, en los que se evita que trasciendan las discrepancias entre los miembros del Tribunal, amparándose en el secreto de las deliberaciones, para salvaguardar una imagen de unidad y coherencia del Tribunal, como también se ha querido para el TJUE, motivo por el que exclusivamente se publica en los Boletines Oficiales, el texto de la sentencia. En una posición intermedia se encuentran países como Suiza, donde se admite el voto discrepante, pero no se formaliza por escrito, ni se da publicidad al mismo. Finalmente, se encuentran las “*decisiones seriatim*”, características de los tribunales colegiados en el ámbito del common law, como la House of Lords, en cuyo caso la decisión del tribunal es la suma de la opinión de cada uno de los jueces, que expresan su voto precedido de un «speech». Similar modelo existe en otros países como Dinamarca y los países escandinavos permiten la formalización de votos particulares, integrando la discrepancia particular en el texto de la única sentencia.

Como variante de este último modelo, se encuentra el TS de Estados Unidos, que admite la técnica de la «*opinión of the Court*» para que cualquiera de los miembros del tribunal pueda expresar, mediante una opinión en voto separado, su personal manera de considerar el caso, así como la solución a la que hay que llegar. Todo ello, sin perjuicio de que el tribunal aspire inicialmente al acuerdo, preferentemente de forma. En la práctica judicial americana goza de gran prestigio la institución del *dissent*, que encuentra su más destacado exponente en el Juez HOLMES, conocido como «*The Great Dissenter*», “en reconocimiento a su oposición a la «Vieja Corte» del *laissez-faire*”. “La regla de la mayoría y la formulación de doctrina Constitucional”, AHUMADA RUIZ, MA, Pág. 156-159. Disponible en:

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaReglaDeLaMayoríaYLaFormulacionDeDoctrinaConstitu-79670.pdf> [consulta: 12 septiembre 2018]

Como se verá, el debate no es pacífico, habiendo surgido dos corrientes doctrinales bien diferenciadas, a raíz de la interpretación de los límites del uso de la tecnología en el ámbito disciplinario de las relaciones laborales, así como en los supuestos en los que puedan entrar en conflicto derechos de los trabajadores y del empresario.

6.1 Redes sociales: nueva realidad en el Derecho del Trabajo

El fenómeno de las redes sociales, como nuevas formas de comunicación en la sociedad que han visto la luz a través de internet, aporta nuevos ámbitos de debate en las relaciones laborales. Concretamente, se prolonga la aplicación de los principios rectores que prohíben la trasgresión del principio de la buena fe contractual, a los ámbitos virtuales de la esfera de la vida privada del trabajador. Habiendo quedado parcialmente obsoleta la redacción del art. 54.1 c) ET, que contempla como justa causa para la extinción del contrato de trabajo por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, a causa de “las ofensas verbales o físicas” al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.

Además, a través de las redes sociales se amplía el objeto de los derechos de información y consulta del art. 64.2 ET, al ámbito virtual. Innovación que requiere un tratamiento en la negociación colectiva, además de un análisis individualizado de cada supuesto en el que se genere un conflicto entre los derechos del empresario con los de los representantes de los trabajadores.

En este ámbito, destacan los conflictos surgidos con motivo de las opiniones vertidas en las redes sociales, cuando se considera que éstas entran en conflicto con el derecho a la imagen de la empresa, o bien cuando resultan ofensivas o insultantes. Circunstancia que exige analizar, en cada caso, el contenido y la proyección de distintos comentarios realizados por el trabajador en redes sociales, y determinar si los mismos se encuentran amparados o no por el derecho constitucional a la libertad de expresión ex art. 20 CE, y en su caso, si constituye un incumplimiento grave y culpable que pueda dar lugar al despido disciplinario del empleado como máxima sanción en la relación laboral.

Sobre tales supuestos la jurisprudencia se ha hecho eco de la impugnación de distintas sanciones laborales, impuestas a raíz de comentarios realizados a través de foros de internet, página web o redes sociales. De lo que resulta el surgimiento de nuevos espacios, más allá del ámbito del centro de trabajo, incluso de la jornada laboral, en los que podría entrar en juego el ejercicio disciplinario del empresario. A este respecto, si bien el sentido común aconseja ser prudente a la hora de verter comentarios sobre la

empresa, los superiores jerárquicos o los compañeros, en ocasiones la condición humana olvida que internet es una ventana que permite fácilmente la difusión de comentarios, ajenos a cualquier tipo de control inicial, pero que, en caso de afectar al honor de personas o entidades, puede dar lugar a una sanción en el ámbito laboral⁶⁵⁰.

Es por ello por lo que, respecto a la libertad de expresión, el TC ofrece un reconocimiento genérico sobre que el lugar de trabajo no supone un compartimento estanco en el que puedan quedar sustraídos los derechos fundamentales reconocidos en la CE a los ciudadanos. De forma que persiste en el ámbito laboral el reconocimiento de derechos fundamentales, como la libertad de expresión, siempre y cuando no se atente contra el honor de la empresa, superiores, compañeros o incluso de los clientes. A resulta de ello, el contrato de trabajo exige modular y garantizar el necesario equilibrio entre las obligaciones contractuales y el derecho a la libertad de expresión. Con lo que la diversidad de la casuística permite analizar la valoración realizada por los tribunales de justicia respecto de las expresiones vertidas, el contexto en el que se realizan, así como la concurrencia de la gravedad y la culpabilidad del acto realizado⁶⁵¹.

De tal manera, como recuerda la doctrina judicial, cualquier calificación de los hechos habrá de hacerse tras examinar las especiales circunstancias que concurren en cada supuesto, los datos subjetivos y objetivos, así como el recíproco comportamiento de quienes intervienen, además de las expresiones utilizadas, la finalidad perseguida, y los medios que se empleen, etc., buscando siempre la proporcionalidad y la adecuación entre la conducta y la sanción.⁶⁵²

6.2 Los límites de la supervisión y la licitud de las pruebas electrónicas

Uno de los aspectos más polémicos que centra la mayor parte de los debates reside en la determinación de los límites de la facultad de control del empresario sobre la tecnología. Del examen de las resoluciones judiciales en España se advierte el

⁶⁵⁰ Al respecto PÉREZ REY, J., "Facebook como causa de despido o las difusas fronteras entre lo virtual y lo laboral... Cit. supra, nota núm. 158.

⁶⁵¹ Téngase en cuenta que el TC se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la libertad de expresión en el ámbito laboral, entre otras en la STC 120/83 de 15 de diciembre; STC 88/1985, de 19 de julio; STC 6/1988 de 21 de enero, o la STC 99/1994 de 11 de abril entre otras.

⁶⁵² Al respecto STSJ de Extremadura (Sala Social de: Cáceres) de 23 de marzo de 2017, Núm. Recurso: 66/2017, ECLI: ES:TSJEXT:2017:325. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&referenc e=8009423&statsQueryId=104459114&calledfrom=searchresults&links=&optimize=20170509&publicint erface=true> [consulta: 12 enero 2019]

reconocimiento general a la facultad de control empresarial sobre el uso de los medios informáticos facilitados por la empresa (ordenador, dispositivos móviles, mensajes, además de cámaras de videovigilancia). Si bien la doctrina judicial ha diferenciado los supuestos de “hallazgo casual” de otros sistemas de control. Sin embargo, tales interpretaciones, que no se encuentran libre de polémica, ha visto alimentado su debate tras la reciente doctrina del TEDH, cuyas resoluciones podrían previsiblemente abanderar una nueva interpretación sobre los límites de los registros de la tecnología por el empresario⁶⁵³.

Se trata de una fuerte tensión dialéctica, que como señala SEMPERE NAVARRO, reside en una fricción entre los derechos constitucionales del empresario y los derechos fundamentales del trabajador, a pesar de que disfrutan de una dimensión constitucional diferente⁶⁵⁴. De hecho, uno de los primeros debates doctrinales surgió en relación a la discrepancia sobre la aplicabilidad de los artículos 18 y 20 ET, para los supuestos de supervisión empresarial. Desacuerdo, hoy superado a través de la jurisprudencia de la Sala IV del TS, a favor del encuadramiento final en el art. 20 ET⁶⁵⁵.

No es este el único motivo de polémica, sino que además se extiende a la delimitación de las facultades de control empresarial, en orden a las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales de los trabajadores⁶⁵⁶. Lo cual requiere avanzar algunas de las resoluciones más significativas, en las que destacan las discrepantes interpretaciones realizadas por la Sala de lo social y la Sala de lo penal del TS, respecto al valor de la prueba

⁶⁵³ Profundiza en las discrepancias DESDENTADO BONETE, A., DESDENTADO DAROCA, E., “La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador”, Revista de Información Laboral (ed. Dig.), Núm.1, 2018.

⁶⁵⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. prólogo de la obra de CUADROS GARRIDO, M.E., Trabajadores tecnológicos y empresas digitales, Pamplona, Aranzadi, 2018, Pág. 31.

⁶⁵⁵ La STS 8876/2011, de 6 de octubre de 2011 (RCUD 4053/2010) admite la validez de la instalación de programas sobre control del uso de los equipos sobre la base de que la prohibición de uso del ordenador para usos personales elimina el derecho al respeto a la intimidad o el secreto a las comunicaciones, además, al utilizar un instrumento de trabajo que puede estar sometido a la vigilancia del empresario, ya no constituye un ámbito protegido para su intimidad. (cit. supra, nota núm. 49, 113, 114 y 116).

Frente a ello la STS de 26 de septiembre de 2007, en la que se deslinda la aplicación de la figura del “hallazgo casual”. Con lo que su estudio facilita la elaboración de una doctrina sobre los límites del uso de la tecnología puesta a disposición del trabajador por la empresa, así como sobre el derecho al secreto de las comunicaciones realizadas por el trabajador.

⁶⁵⁶ El debate de la doctrina judicial se encuentra perfectamente reflejado en el voto particular de la STS 8876/2011 de 6 de octubre de 2011 (RCUD 4053/2010), de la magistrada Segoviano Astaburuaga, al que se adhieren DE CASTRO FERNANDEZ, L.F., AGUSTÍ JULIA, J., VIROLES PIÑOL, R.M., y ALARCÓN CARACUEL, M.R., El cambio de rumbo de la jurisprudencia implica un claro retroceso en la interpretación del TS, frente a la doctrina judicial anterior, más protectora del derecho fundamental a la intimidad del trabajador. A partir de esta resolución, la doctrina mayoritaria se aparta del criterio mantenido en las STS de 26 de septiembre de 2007 (RCUD 966/06 y 8 de marzo de 2011, RCUD 1826/10). (cit. supra, nota núm. 49, 113, 114, 116 y 655).

obtenida, y los límites del derecho de injerencia empresarial en las herramientas tecnológicas. Habiendo llegado a concluir, respecto a un mismo supuesto de hecho, consistente en la realización de una copia del disco duro del equipo informático, utilizado por el trabajador en la empresa, para verificar la existencia de un incumplimiento contractual, que la prueba es lícita (para el orden social) e ilícita al mismo tiempo (en el orden penal).

Por este motivo, interesa traer aquí el dispar criterio del TS, entre dos de su Salas (Social y Penal) sobre la aplicación del art. 11.1 LOPJ que mandata para todo tipo de procedimiento, respetar las reglas de la buena fe, con lo que *“No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”* Con lo cual, la diferente interpretación que se produce entre dos de los órdenes jurisdiccionales del TS, enjuiciando las distintas consecuencias de los mismos hechos y medios de prueba, ha generado gran inseguridad jurídica. Por un lado, el Auto de la Sala de lo social TS de 7 de julio de 2010⁶⁵⁷, que ratifica la sentencia del TSJ de Madrid de 13 de julio de 2009,⁶⁵⁸ confirmatoria de la procedencia del despido del trabajador; y la STS (Sala de lo penal) TS 528/2014, de 16 de junio de 2014⁶⁵⁹, que inadmite la prueba en la que se basa la condena penal, dan buena muestra de la confrontación interpretativa.

Debe avanzarse que, en este caso, la resolución de la Sala de lo social TS y las distintas resoluciones que confirma, se basan en la doctrina jurisprudencial y constitucional mayoritaria. Motivo por el que la Sala otorga valor y eficacia a las pruebas obtenidas por

⁶⁵⁷ El Auto de 7 de julio de 2010, RCU 265/2010, ECLI: ES:TS:2010:10418A, inadmite el recurso por falta de contradicción, confirmándose en definitiva la resolución del Juzgado de lo Social. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&referenc e=5737064&links=&optimize=20100930&publicinterface=true> [consulta: 22 septiembre 2018]

⁶⁵⁸ El Fundamento de derecho decimotercero de La STSJ de 13 de julio de 2009, ECLI: ES:TSJM:2009:5674 aclarada posteriormente por Auto de 9 de septiembre de 2009, determina que *“hay que concluir, que las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran, en principio, dentro del ámbito normal de esos poderes, pues el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen lógicamente su examen. Por otra parte, con el ordenador se ejecuta la prestación de trabajo y, en consecuencia, el empresario puede verificar en él su correcto cumplimiento, lo que no sucede en los supuestos del Art. 18 del ET”*. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&referenc e=4690401&links=%223247%2F2009%22&optimize=20090827&publicinterface=true> [consulta: 22 septiembre 2018]

⁶⁵⁹ La STS (Sala de lo penal) 528/2014, de 16 de junio de 2014, Recurso Núm. 2229/2013, ECLI: ES:TS:2014:2844 .Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&referenc e=7128135&statsQueryId=119638316&calledfrom=searchresults&links=&optimize=20140718&publicint erface=true> [consulta 15 septiembre 2018]

el empresario, mediante la intervención del equipo informático, que es de su propiedad, y cuyo uso ha cedido al trabajador para prestar sus servicios⁶⁶⁰. Frente a lo cual, la Sala de lo penal del TS, sobre los mismos hechos analizados, se aparta de tal doctrina, ofreciendo una diferente interpretación, que otorga mayor refuerzo a los derechos de los trabajadores, afectados por el control de las herramientas tecnológicas. Razón por la que impide aplicar una sanción penal al empleado por sus hechos, al considerar que la prueba en la que se pretende basar la condena ha sido ilícitamente obtenida.

Con lo cual, la STS 528/2014, de 16 de junio de 2014 (Sala de lo penal) Núm. Recurso: 2229/2013 ⁶⁶¹ una interpretación diferente a la doctrina citada de la Sala de lo social, así como del TC, respecto de los criterios de licitud de la obtención de las pruebas electrónicas basado en la titularidad dominical de la herramienta tecnológica.

Como afirma MOLINA NAVARRETE, La Sala penal del TS, no comparte la interpretación mayoritaria del TC. Con lo cual, atendiendo a la lectura de la interpretación realizada por la Sala Segunda de lo Penal, se deduce la devaluación del “modelo constitucional de protección del secreto de comunicaciones en la empresa”, abriéndose, así un importante conflicto teórico entre los espacios de control jurisdiccional penal y laboral⁶⁶². De lo que se refleja una clara y contundente apuesta de la Sala Penal del TS por el reforzamiento de las garantías constitucionales, frente a las intromisiones empresariales al derecho del secreto de las comunicaciones de sus empleados.

Este criterio de la Sala de lo penal del TS coincide con la crítica jurídico constitucional interna producida en la Sala del TC, que se encuentra protagonizada por VALDÉS DAL-RÉ, y exteriorizada a través de distintos votos particulares. Téngase en cuenta por el lector, que la interpretación discordante minoritaria de los magistrados españoles del TC coincide con la realizada por la Gran Sala del TEDH, en la segunda sentencia del Caso

⁶⁶⁰ También en el Auto de la Sala de lo social del TS, de 7 de julio de 2010, concluye que las medidas de control ejercidas sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran dentro del ámbito normal de esos poderes: “*el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario “como propietario o por otro título” y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, lo que incluye su examen. Por otra parte, con el ordenador se ejecuta la prestación de trabajo y, en consecuencia, el empresario puede verificar en él su correcto cumplimiento. (...) De ahí que los elementos que definen las garantías y los límites del Art. 18 del ET, no sean aplicables al control de los medios informáticos. (...) El control del uso del ordenador facilitado al trabajador por el empresario no se regula por el Art. 18 del ET, sino por el Art. 20.3 del ET y a este precepto hay que estar con las matizaciones que” se señalan en la sentencia que se reseñan.*” (FJ 1 último párrafo). Vid supra, nota núm. 657.

⁶⁶¹ Vid Fundamento de derecho primero B), de la STS 528/2014 de 16 de junio de 2014, Sala Penal, Recurso Núm. 2229/2013, ECLI: ES:TS:2014:2844. Vid supra, nota núm. 659.

⁶⁶² MOLINA NAVARRETE, C, 2018, “El derecho al secreto de las comunicaciones en la relación de trabajo: la dilución en “tópica” y “retórica” de su tutela constitucional.” Pág. 9.

Bărbulescu. De lo que cabe presumir el inminente cambio de rumbo de la jurisprudencia española.

Sorprende, sin embargo, la alusión de la Sala penal, contenida en el Fundamento de derecho primero B), en relación a la valoración de la prueba informática, lo que lleva a la conclusión de que tal valoración puede ser diferente en la jurisdicción laboral de la penal. Saldando la argumentación con que los argumentos de la Sala de lo social “*han de quedar restringidos al ámbito de la Jurisdicción laboral*”⁶⁶³. Lo cual resulta insostenible⁶⁶⁴, dado que el valor y la eficacia de unas pruebas, obtenidas del registro de una herramienta tecnológica, no puede ser al mismo tiempo lícito y lo contrario, en función de la jurisdicción que esté conociendo del conflicto. Contradicción que sin duda ofrece una gran inseguridad jurídica.

En este escenario de incertidumbre, a mayor abundamiento, debe señalarse la STS (Sala de lo penal), de 23 de octubre de 2018⁶⁶⁵, la cual analiza el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del trabajador y su extensión en una causa seguida por un delito de administración desleal. Declarando la nulidad de las pruebas obtenidas del ordenador utilizado por el trabajador, por ilícitas. Lo que implica un exceso en la facultad de supervisión empresarial, por lo que ordena reenviar la causa al Tribunal “a quo” para un nuevo enjuiciamiento sobre administración desleal, en el que se determine qué pruebas no están afectadas por esa ilicitud. Y todo ello, con independencia del carácter mínimamente intrusivo de la medida adoptada por el empresario, al buscarse solamente elementos que tuvieran relación con la actividad de la empresa.

⁶⁶³ La problemática de la prueba digital en el proceso laboral se apunta por BARRIOS BAUDOR, G.L., “La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral una aproximación al tema a propósito de los correos electrónicos”, RTSS, CEF, Núm. 415, 2017. Pág. 23 y ss.

⁶⁶⁴ Téngase en cuenta que el art. 11.1 LOPJ extiende el deber de respetar las reglas de la buena fe a “todo tipo de procedimiento”, declarando que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Lo que resulta tan aplicable al orden Penal como al Social.

⁶⁶⁵ La STS en la 23 de octubre de 2018, Recurso Núm. 1674/2017, ECLI: ES:TS:2018:3754, considera que el informe realizado sobre una información obrante en el ordenador del trabajador, obtenida sin consentimiento de este el mismo que constituye la base de la querrela y, de la condena es ilícita. Y ello con independencia de que existan razones fundadas para sospechar, así como que el examen del ordenador sea una medida proporcionada para esclarecer la conducta desleal y evaluar los perjuicios ocasionados. Destaca en este caso el TS que la falta de advertencia expresa que limite el uso del ordenador a tareas profesionales, así como la carencia de cláusula (conocida por trabajador y empresario) que autorice a la empresa a controlar el contenido del ordenador constituye una acción intrusiva en la intimidad. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&referenc e=8577699&statsQueryId=104411901&calledfrom=searchresults&links=%221674%2F2017%22&optimize =20181120&publicinterface=true> [consulta: 14 marzo 2019]

De esta manera, concluye la Sala, que aun cuando se está en presencia de una ilicitud atribuible a particulares, es de aplicación el art. 11.1 de la LOPJ. Resultando con ello que las indagaciones realizadas por la empresa, con el propósito de hacer valer como prueba en un proceso judicial los datos recabados, constituyen una prueba ilícitamente obtenida, al estar afectadas por la prohibición dispuesta en el art. 11.1 LOPJ, no siendo aptas, por tanto, para fundar una condena. Siendo que en las circunstancias en que se llevó a cabo la inspección del ordenador *“el ordenamiento ni consiente, ni consentía en la fecha de los hechos, tal acción intrusiva por ser lesiva de derechos fundamentales”* (FJ 10)⁶⁶⁶. Y es que, como se determina en el FJ14 de la Sentencia, el art. 11.1 LOPJ no introduce distinción alguna en este sentido, con lo que *“La inutilizabilidad de la prueba obtenida con violación de derechos se predica de todos los casos y de todos los procesos, más allá de que el agente infractor sea estatal o un particular. También en el proceso civil (vid. art. 287 LEC) o en el laboral rige la previsión.”*

6.2.1 La obligada fiscalización judicial en caso de intervención de las comunicaciones

Tanto la citada STS 528/2014, de 16 de junio de 2014, (Núm. Recurso: 2229/2013), como la STS en la 23 de octubre de 2018 (Núm. Recurso: 1674/2017), ambas de la Sala Penal, analizan la obtención de información, “sin intervención judicial”, de un equipo informático utilizado por un trabajador, para desempeñar las funciones de su puesto de trabajo.

En el caso de la Sentencia 528/2014, resulta de interés la crítica doctrinal a la fundamentación jurídica de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que aun cuando no afecta al fallo, da reflejo de ella *“en aras a fijar una clara doctrina en materia de tanta trascendencia”*⁶⁶⁷. Esta última basada en la doctrina del TC y de la Sala de lo social del TS. Concretamente se refiere la Sala de lo penal del TS a la rotundidad de determinadas afirmaciones de la Audiencia Provincial, que pasa a refutar al no ser compartidas por la Sala de lo penal del TS, las cuales resulta preciso exponer, aunque sea de forma sucinta.

⁶⁶⁶ Vid supra, nota núm. 665.

⁶⁶⁷ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 1238/2013, de 10 de octubre de 2013, ECLI: ES:APM:2013:21058, en el caso Parques Reunidos S.A. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&referenc e=6974808&links=%2216%2F2012%22&optimize=20140227&publicinterface=true> [consulta: 25 septiembre 2018]

En primer lugar, atendiendo a una interpretación garantista de los derechos de los trabajadores, se recuerda que el estricto régimen de protección que brinda la CE al secreto de las comunicaciones, lo convierte en el *“más enérgico de los que dentro del genérico derecho a la intimidad se contemplan en el artículo 18 de la Constitución Española, al excluir cualquier posible supuesto que no contemple la intervención del Juez como tutelador del derecho del investigado”*.

Con lo cual la gravedad y la trascendencia de la violación de las comunicaciones, dirigidas a conocer cualquier tipo de información privada, incluidas informaciones “ajenas” a cualquier “legítimo interés”, produce en una *“ominosa aunque inevitable situación de absoluta indefensión, por ignorancia coetánea, del sometido a ella y, lo que es aún más decisivo, porque por mucho que el investigado, sea empleado de la dueña del instrumento, la incursión en sus comunicaciones produce automática e inmediatamente la injerencia en el correspondiente derecho al secreto de los terceros que con él comunican, ajenos a esa relación con el titular de la herramienta y de sus condiciones de uso”*.

En este sentido, como afirma la Sala penal del TS en la Sentencia 528/2014, *“No se trata, de impedir la utilización de medios de investigación tan útiles para el descubrimiento de conductas gravemente reprochables sino, tan solo, de dar cumplimiento a las previsiones constitucionales rectoras de un procedimiento tan invasivo”*, que en esta materia, consiste en la indispensable obtención de autorización del Juez para llevarla a cabo, *“incluso según la legislación laboral”*, en lo referente al ámbito del procedimiento penal, que como según recuerda la Sala del TS en su sentencia, es el que a ellos les compete, *“para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución”*.

Adviértase además que la STS 489/2018, de 23 de octubre de 2018, determina que el control del ordenador y los dispositivos de almacenamiento masivo, *“no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de su usuario”*. Coexistiendo en el ordenador datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional (en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos ex art. 18.4 de la CE), así como información ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Siendo el correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea instrumentos tecnológicos para hacer realidad (en formato telemático) el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas. Con lo que la doctrina jurisprudencial aclara que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos y almacenados por su destinatario en alguna de las bandejas del programa de gestión,

dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. De tal manera que, una vez culminado el ciclo de la comunicación, la información contenida en el mensaje pasa a ser susceptible de protección, a partir de ese momento, por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, *“cuya tutela constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones”*, con lo que *“el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policía, ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial”*(FJ 6).

En cualquier caso, como decíamos, resulta difícil de asumir el argumento de la Sala de lo penal del TS que justifica que en una jurisdicción no se otorgue valor y eficacia probatoria al resultado de una prueba⁶⁶⁸, consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas (ex art. 18 CE), y mientras que otra jurisdicción pueda aceptar como válido tal medio probatorio. Máxime después de haber reconocido que el art. 11.1 LOPJ resulta aplicable en todos los órdenes jurisdiccionales.

6.2.2 Las discrepancias sobre la esfera privada del trabajador y la presunción de renuncia

Haciendo un análisis de la sentencia de la Sala de lo penal STS 528/2014, de 16 de junio de 2014, sobre un delito de falsedad en concurso con un delito continuado de estafa, conviene detallar las discrepancias con las que el tribunal entra en confrontación respecto a la Sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Madrid.

De inicio, la Sentencia de la Audiencia provincial 1238/2013 niega la posibilidad de que exista un espacio de intimidad en el ordenador. En tal sentido, afirma que *“Tal ordenador no constituía un ámbito de intimidad (del trabajador) y, por lo tanto, no estaba especialmente protegido por la Constitución y el registro de tal ordenador -insistimos, instrumento de trabajo propiedad de la empresa- no constituye vulneración constitucional”*⁶⁶⁹. Argumento rechazado de plano por la Sala de lo penal del TS.

⁶⁶⁸ Profundiza sobre el control de la videovigilancia GOÑI SEIN, J.L., Vídeo vigilancia empresarial mediante cámaras ocultas, su excepcional validez como control defensivo "ex post", Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, Ed. Wolters Kluwer, Núm. 47, 2018, págs. 74 y ss.

Al respecto también APARICIO ALDANA, R.K., "El problema de la videovigilancia laboral: entre el control empresarial y el derecho a la protección de datos de los trabajadores", Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado, TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ-BEJARANO, M. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2018.

⁶⁶⁹ Fundamento de derecho 3.3, de la SAP de Madrid, 1238/2013, de 10 de octubre de 2013, ECLI: ES:APM:2013:21058. Disponible en:

Junto a lo cual, expone en su sentencia la Audiencia provincial que aun cuando hipotéticamente hubiera existido “algún tipo de mensaje personal”, el trabajador estaría renunciando a la confidencialidad, al utilizar un terminal informático propiedad de la empresa, conforme al siguiente criterio (que tampoco es compartido por la Sala de lo penal del TS), *“el ordenador registrado era una herramienta propiedad de la empresa y facilitada por la empresa a don ... exclusivamente para desarrollar su trabajo, por lo que entendemos que incluso en aquel supuesto en que pudiera utilizar el ordenador para emitir algún tipo de mensaje de carácter personal, al utilizar precisamente un ordenador ajeno, de la empresa, y destinado exclusivamente para el trabajo a la empresa, estaba asumiendo -cediendo- la falta de confidencialidad -secreto- de las comunicaciones que pudiera tener el señor ... utilizando tal terminal informático”*

A lo expuesto hay que añadir que, la Audiencia Provincial de Madrid comparte en su sentencia los razonamientos del Auto de la Sala de lo social del TS, de 7 de julio de 2010, RCUD 265/2010⁶⁷⁰, al afirmar que *“tanto la persona del trabajador, como sus efectos personales y la taquilla, forman parte de la esfera privada y que le queda fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo el que se extiende los poderes del artículo 20 del ET. Por el contrario, las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran, en principio, dentro el ámbito normal de sus poderes: el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario como propietario o por otro título y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización que incluye lógicamente su examen. Por otra parte, con lo ordenador se ejecuta la prestación de trabajo y, en consecuencia, el empresario puede verificar en él su correcto cumplimiento...”*⁶⁷¹. Mientras que la Sala de lo penal del TS, matiza el argumento al aclarar que tal interpretación debe quedar “restringida” al ámbito de la jurisdicción social, pero que en ningún caso es extensible a la jurisdicción penal.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datamatch=AN&referenc e=6974808&links=%2216%2F2012%22&optimize=20140227&publicinterface=true> [consulta 4 enero 2018]

⁶⁷⁰ En alusión al Auto del TS de 7 julio 2010, Sala de lo social, ECLI: ES:TS:2010:10418A que resuelve el RCUD 265/2010, contra las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Social y del TSJ de Madrid, con motivo del despido del mismo trabajador, en la que se invoca la doctrina fijada por la Sala de lo social del TS en la sentencia de 26 de septiembre de 2007. (cit. supra, nota núm. 656).

⁶⁷¹ Vid razonamiento jurídico primero, apartado 4, del Auto de 7 de julio de 2010, de la Sala de lo social.

6.2.3 *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*

Frente al criterio sostenido la Audiencia provincial de Madrid 1238/2013, en el orden penal, conforme a la opinión mayoritaria del pleno del TC, la Sala de lo penal justifica su disparidad de criterio en base al siguiente argumento objetivo: *"el texto constitucional es claro y tajante cuando afirma categóricamente que: "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. "*

Así, por aplicación del principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, debe atenderse al reconocimiento genérico en la CE del secreto de las comunicaciones, con lo que difícilmente tendrá amparo constitucional la exclusión del derecho a las comunicaciones en un ámbito determinado, como es el centro de trabajo, o bien, otro más reducido, como es un equipo informático. Pudiendo sintetizarse según palabras de la Sala de lo penal del TS en que *"no contempla, (la CE) por tanto, ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado (correo corporativo), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia"*.

En esta línea argumental, se puede afirmar que al otorgar la CE la competencia para autorizar la suspensión excepcional del derecho al secreto de las comunicaciones, con carácter exclusivo a un juez, será este y solo éste, quien puede autorizar la intervención de las comunicaciones del trabajador, ya que la constitución no establece excepciones a la reserva judicial para autorizar cualquier tipo de injerencia al secreto de las comunicaciones.

Asimismo, como afirma la Sala penal *"Tampoco una supuesta "tácita renuncia" al derecho, ... puede convalidar la ausencia de intervención judicial"*. Argumento que no puede sino compartirse, dado que el Derecho del Trabajo no admite una renuncia tácita, ni expresa a los derechos fundamentales del trabajador, durante la jornada de trabajo, por el mero hecho de entrar en el centro de trabajo, o por utilizar un equipo informático de titularidad empresarial que pueda contener información protegida. Siendo que el régimen de protección de derechos del Derecho del Trabajo español prohíbe la válida disposición de derechos, tanto antes como después de ser adquiridos, reservando para los casos de renuncia de los derechos reconocidos por las disposiciones legales de derecho necesario, la sanción de tenerlos por nulos y sin efecto, ex art. 3.5 ET.

6.2.4 Limitación del concepto de comunicaciones

Finalmente, por su interés, conviene traer aquí el concepto limitado de la comunicación acotado en la STS 528/2014, Sala de lo penal, de 16 de junio de 2014 hace una nueva matización respecto a lo que debe entenderse, y lo que no, dentro del derecho al secreto protegido por el art. 18 CE. Efectivamente, el Tribunal alude exclusivamente a lo que constituye "*secreto de las comunicaciones*", excluyendo de su ámbito de amparo a otras herramientas tecnológicas (como "datos de tráfico" o "incluso de la posible utilización del equipo informático para acceder a otros servicios de la red -páginas web, etc.-)⁶⁷². Con lo que no integran la protección del derecho a la comunicación los mensajes una vez recibidos y abiertos por su destinatario. Ya que no forman ya parte de la comunicación propiamente dicha, sino que, en tal caso, pasan a regirse por normas diferentes como las relativas a la protección y conservación de datos (art. 18.4 CE) o a la intimidad documental en sentido genérico y sin la exigencia absoluta de la intervención judicial (art. 18.1 CE).

Con esta aclaración, deja estructurado el TS de forma nítida los niveles de protección de los derechos de los trabajadores vinculados con la utilización de las TIC, diferenciando los supuestos en los que es precisa la intervención judicial y cuando no lo sería. De manera tal que, en lo que al uso de las tecnologías en las relaciones laborales se refiere cabe definir tres espacios bien diferenciados. Por un lado, se encuentra el ámbito de las comunicaciones que estará vinculado a la necesaria intervención judicial para poder autorizar semejante intromisión. En segundo lugar, la utilización de herramientas tecnológicas en las que puedan verse comprometidos datos personales de los trabajadores, en cuyo caso, será de aplicación el art. 18.4 y la legislación sobre protección de datos de carácter personal. Y, finalmente, en tercer lugar, el espacio reservado al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Para concluir, debe advertirse sobre la incertidumbre generada ante la dispar interpretación jurídica entre las Salas penal y social, lo que tal y como reconoce MOLINA NAVARRETE, podría dar lugar a la paradoja de que un trabajador sea procedentemente despedido mediante el acceso al contenido de sus comunicaciones, obtenido de forma irregular, mientras que el empresario podría ser condenado por un delito de revelación del secreto de las comunicaciones. Se trata en definitiva de incoherencias que, a nuestro juicio, deben ser abordadas por el legislador en una en un nuevo marco jurídico de delimite el contenido del uso de internet.

⁶⁷² FJ primero, B) de la STS 528/2014, de 16 de junio de 2014. Vid supra, nota núm. 659.

6.3 La doctrina del TS sobre la extensión de la prohibición al esquirolaje tecnológico

La problemática general, extensamente comentada, de la falta de un marco jurídico adecuado en el que se de acogida a la convivencia de la economía digital en las relaciones laborales, abarca también a otro de los derechos fundamentales, como es el ejercicio del derecho de huelga. En este caso, como se ha visto en el capítulo anterior, inicialmente el TS y posteriormente el TC, a través de la doctrina judicial y constitucional, han elaborado la figura denominada “esquirolaje tecnológico”. El fenómeno alude a la utilización de medios tecnológicos alternativos durante procesos de huelga, habiendo sido analizados los distintos supuestos respecto al sector de las comunicaciones. Concretamente, se analiza por el TS en el caso ETB-EITB si la emisión automática de publicidad vulnera el derecho a la huelga. Con posterioridad, se analizan las circunstancias del caso TELEMADRID, y concretamente, si la utilización de medios técnicos a disposición de la empresa (de uso no habitual), vacían de contenido o impiden el derecho a la huelga.

De esta manera, sin perjuicio de que se trata de un tema que podría ser objeto de otro estudio más detallado, resulta claro que las tecnologías ofrecen un nuevo vértice de interpretación respecto del derecho fundamental a la huelga, como medida de presión. Téngase en cuenta que se trata de un marco de un conflicto que ha transitado del concepto de "huelga -libertad" al de "huelga- derecho", consagrado en el art. 28.1 CE, sobre el que se considera conveniente traer aquí la nueva figura diseñada por la doctrina judicial y constitucional, así como el debate abierto en el seno de la Sala de lo social del TS, y en el TC.

Con origen en los distintos conflictos que han ido surgiendo a lo largo de la última década, ha surgido una doctrina que proviene del TS, a través de la cual se configura y completa la figura del llamado "esquirolaje tecnológico". Por lo cual, en este capítulo se analizan distintas resoluciones del alto tribunal, sin perjuicio de la exposición que más adelante se hace sobre la interpretación del TC sobre la materia. Como muestra cabe citar las sentencias del caso ETB-EITB, STS de 11 de junio de 2012⁶⁷³, así como la STS de 5 de

⁶⁷³ La STS 5579/2012, de 11 de junio de 2012, Recurso Núm. 110/2011, ECLI: ES:TS:2012:5579, de la que es ponente DESDENTADO BONETE, declara la vulneración del derecho fundamental de huelga de los trabajadores de ETB y de la Radio pública vasca, en el marco de la huelga general del día 29 de junio de 2010, al emitir los programas EGUN ON EUSKADI (BUENOS DÍAS, EUSKADI) y EUSKADI DIRECTO. La Sección cuarta estima que la emisión de estos programas “rebasó el límite de los servicios esenciales decretados por la Orden de 24 de junio de 2010 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, que, en satisfacción del derecho fundamental a la información, había acordado que únicamente tendrían tal carácter los programas informativos diarios en su horario habitual”. Disponible en:

diciembre de 2012⁶⁷⁴, que reitera la doctrina de la sentencia la anterior. No obstante, como veremos, en ambos casos, se producen votos particulares, no en relación con el fallo de la sentencia, que es compartido, sino por razón de la argumentación jurídica de la sentencia.

En el conflicto de la televisión vasca, el Tribunal Supremo confirma la doctrina relativa a que, no solo en el supuesto de que se utilicen medios humanos para la sustitución de los trabajadores huelguistas se vulnera el derecho a la huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando tal sustitución se produce mediante la *“utilización de medios mecánicos o tecnológicos que habitualmente no utiliza, con el objeto de mantener su actividad, puesto que con ello priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial. En definitiva, no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro”*.

Ahora bien, en el supuesto analizado de la empresa del sector de radiodifusión y televisión, se considera que se produce una lesión en el derecho fundamental a la huelga, cuando la empresa *“emite programación o publicidad por medios automáticos, ... aun cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos”*, ya que, con ello, *“se priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial”*, en el caso analizado no se ha acreditado la incidencia que pudo tener sobre la huelga, es decir, si se ha producido o no *“un vaciamiento del contenido del derecho a la huelga o un a desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio”*⁶⁷⁵.

Con lo cual, según esta interpretación, dada la naturaleza de los derechos afectados, (el derecho fundamental de huelga y la libertad de empresa) no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, ni siquiera bajo el amparo de la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga. De manera que, la doctrina formulada por el

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datamatch=TS&referenc e=6462298&links=%22110%2F2011%20%22&optimize=20120808&publicinterface=true> [consulta: 23 septiembre 2018]

⁶⁷⁴ La STS 9176/2012, de 5 de diciembre de 2012, Recurso Núm. 265/2011, ECLI: ES:TS:2012:9176, caso EITB, se encuentra Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datamatch=TS&referenc e=6650459&links=%22265%2F2011%20%22&optimize=20130308&publicinterface=true> [consulta: 24 septiembre 2018].

⁶⁷⁵ STS 9176/2012, de 5 de diciembre de 2012, Fundamento de derecho tercero *in fine*. Cit supra, nota núm. 673.

TS respecto al denominado "esquirolaje tecnológico", como herramienta de sustitución de medios humanos por medios mecánicos o automáticos, no es compatible, en un principio, con la emisión de publicidad ordinaria, preprogramada y de manera continuada, así como automática, por no considerarlo "servicios esenciales". Y ello a pesar de que dicha publicidad "se halle preprogramada y su emisión se produjera de manera completamente automática, sin intervención humana directa". Por tanto, el elemento determinante de la legalidad o ilegalidad del uso de las tecnologías vendrá determinado por el impacto que la decisión tiene sobre la huelga.

En la misma línea, la STS de 5 de diciembre de 2012, entiende *"que la emisión de publicidad preprogramada puede, en determinados casos, entre los que no se encuentra el enjuiciado, limitar excesivamente la repercusión práctica del derecho de huelga, vulnerando el derecho reconocido en el art. 28.2 CE"*, destacando la Sala, de forma mayoritaria, que *"la difusión de la publicidad pregrabada puede constituir una especie de "esquirolaje tecnológico" lesivo del derecho de huelga, en los casos en que, la repercusión del ejercicio de tal derecho fundamental se reduzca hasta quedar vaciado de eficacia real"*⁶⁷⁶. En tal caso, el matiz introducido por el TS se refiere a la necesidad de ponderar el derecho de huelga ex art. 28.2 CE, con la libertad de empresa ex art. 38 CE, argumento que suscita la emisión de distintos votos particulares.

Finalmente, son reveladores de la realidad del actual debate doctrinal y jurisprudencial las diversas fuentes de incidencia empresarial, mediante el uso de las TIC, en los derechos fundamentales, los distintos votos particulares que se pasan a analizar.

6.3.1 La relación de votos particulares en el caso Euskaltel

De las sentencias emitidas por el TS en el caso EUSKALTEL 5579/2012 y 9176/2012 destacan los argumentos comprendidos en los distintos votos particulares, que por su interés doctrinal se pasan a enunciar.

6.3.1.1 *El Voto particular de ALARCON CARACUEL*

En este caso, la discrepancia del magistrado expuesta respecto a la en la STS 5579/2012, de 11 de junio de 2012, se refiere a la interpretación de la legitimidad de la actuación del grupo de comunicación integrado por EUSKAL TELEBISTA-TELEVISIÓN VASCA S.A.U. (ETB) y de EUSKAL IRRATI TELEBISTARADIOTELEVISIÓN VASCA (EITB) para emitir de manera

⁶⁷⁶ FJ primero del voto particular de Martín Valverde de la STS 9176/2012, de 5 de diciembre de 2012. Vid supra, nota núm. 673.

continuada una publicidad preprogramada, la cual no estaba autorizada por la Orden de servicios mínimos, durante la jornada de huelga. Concretamente, ALARCON CARACUEL comparte el criterio del TSJ del País Vasco, por lo que considera que debió haberse confirmado por el TS la vulneración del derecho de huelga, como lo hizo el Tribunal del País Vasco.

En síntesis, el debate se centra, no tanto en el uso de la tecnología, sino en la discrepancia sobre si la determinación de los servicios mínimos opera, o no, como límite a la propia actividad empresarial. Con lo cual, el análisis, a su juicio, se debe centrar en si la entidad afectada, podría o no, realizar más actividades que las definidas en los servicios mínimos fijados. En este caso, como decimos, el magistrado se posiciona a favor de una interpretación rígida concretada en no admitir la realización de actividades que puedan exceder de los servicios decretados como esenciales, por constituir una vulneración al derecho fundamental a la huelga.

6.3.1.2 Los Votos particulares de DESDENTADO BONETE y MARTÍN VALVERDE

Sobre el mismo asunto, en relación a la STS 9176/2012, de 5 de diciembre de 2012, con una diferencia de tiempo de tan solo seis meses a la STS 5579/2012, se emiten dos votos particulares de los magistrados de la Sala General del TS. Correspondiendo uno de tales votos particulares a DESDENTADO BONETE (al que se adhieren los magistrados CALVO IBARLUCEA y GILOLMO LOPEZ), por considerar que la resolución se excede, de la interpretación constitucional de la garantía del art. 6.5 del RDL 17/1977, alterando así el contenido del derecho a la huelga. Criterio compartido en el segundo de los Votos particulares, del que es autor MARTÍN VALVERDE. En ambos supuestos, se propone mantener la doctrina anterior sobre la emisión de programas pregrabados en las huelgas en los medios de comunicación, fijada en la STS 5579/2012, de 11 de junio de 2012.

El primero de los votos particulares comparte, la interpretación de que se lesiona el derecho de huelga, con la emisión automática de publicidad, aunque la empresa "*no emplee (...) trabajadores huelguistas, ni los sustituya por otros trabajadores llamados a prestar servicios mínimos*". Todo ello, atendiendo al pretendido "resultado práctico" de aparente normalidad que se consigue con la emisión por medios técnicos de anuncios publicitarios.

El voto particular, que resume la doctrina constitucional sobre la garantía del art. 6.5 del RDL 17/1977, respecto al esquirolaje "interno", y "externo", concluye que, para apreciar la lesión del derecho fundamental de huelga, es preciso que exista una sustitución de los huelguistas. Exigencia que también se predica del esquirolaje "tecnológico".

En este caso, coinciden los magistrados discrepantes, en que *“sin sustitución no opera la garantía y no hay sustitución cuando el trabajo sigue realizándose por los mismos trabajadores que no se unen a la huelga o cuando la actividad productiva, que se realizaba de forma automática sin intervención del trabajo humano continúa desarrollándose de la misma forma y, por tanto, sin necesidad de reemplazo de la fuerza de trabajo para mantener su continuidad durante la huelga, es decir, cuando no hay huelguistas que hayan sido sustituidos. Y esto último es lo que sucede cuando la actividad continúa desarrollándose a través de procesos automatizados sin intervención de trabajo humano”*. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que uno de los elementos claves viene determinado por diferenciar aquellos supuestos en los que la tecnología actúa de forma automática, o interviene, en algún momento el factor humano. Siendo este último supuesto el que determinará la existencia real del esquirolaje.

En el trasfondo del debate se encuentra el conflicto filosófico de si una máquina puede sustituir al trabajo de una persona, así como los efectos que conlleva, unido al hecho de si resulta posible llegar a esta interpretación con el marco normativo del año 1977. Lo que certifica, una vez más, la conveniencia, por seguridad jurídica, de que el legislador sea consciente de la necesidad de adaptar la legislación laboral a los cambios operados por las TIC en la economía digital.

Finalmente, el segundo Voto particular a la STS 9176/2012, de 5 de diciembre de 2012, es el formulado por MARTIN VALVERDE, al que se adhieren los magistrados LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, y SOUTO PRIETO. En el cual, partiendo de la conformidad con el fallo de la sentencia, se estima que ha existido lesión del derecho a la huelga de los trabajadores huelguistas. Además, téngase en cuenta que el Voto particular de DESDENTADO BONETE, refleja su discrepancia con el criterio mayoritario del TS, ya que no considera que pueda lesionarse el derecho de huelga en las empresas de comunicación, mediante la emisión de programas pregrabados, dado que no se ha producido intervención alguna de los trabajadores.

6.3.1.3 Sobre la analogía legis del art. 6.3 RDLRT

Conviene reparar al respecto la reflexión de MARTÍN VALVERDE respecto a la calificación de la práctica empresarial consistente en emitir anuncios publicitarios pregrabados como "esquirolaje tecnológico". En tal caso, a su juicio, no se está haciendo realmente una interpretación extensiva del art. 6.3 del RDLRT, sino una "aplicación analógica" ex art. 4.1 CC. Con lo que, según el magistrado, de esta manera, la falta de previsión del "supuesto específico", pretende suplirse, buscando otro precepto semejante en el que se pueda

apreciar “identidad de razón”. Sin embargo, considera que se ha realizado una aplicación indebida de la analogía.

A modo de síntesis, su línea argumental se centra en el hecho de que faltan los dos requisitos necesarios para poder aplicar por analogía un precepto. Tales requisitos consisten en la existencia de una laguna legal, así como la existencia el ordenamiento de una norma semejante. De esta manera, se justifica el voto particular en que, *“en primer lugar, no existe laguna legal, ... (ya que) el principio de libertad de empresa y el derecho constitucional del empresario a adoptar medidas de conflicto colectivo, limitan las restricciones de la libertad de acción del empresario en supuestos conflictivos a las expresamente establecidas en la norma legal. Y, en segundo lugar, no hay identidad de razón entre la prohibición de la sustitución de trabajadores huelguistas y la prohibición de emisión de programas pregrabados, en cuanto que la primera se refiere al mismo factor de producción que la huelga - el "capital humano" -, mientras que la segunda pone en juego un factor o medio de producción netamente distinto - el "capital físico y tecnológico"-, de libre disposición por parte de la empresa”*.

6.4 La doctrina Constitucional en los conflictos tecno-laborales

Como se ha tenido ocasión de exponer, la jurisprudencia constitucional merece un estudio singular, en la medida en que la interpretación que realiza el TC, como intérprete supremo de la Constitución, condiciona la doctrina judicial ordinaria. Lo cierto es que el TC ha reafirmado el valor vinculante de su interpretación, entre otras resoluciones en su Auto 232/1982, de 30 de junio⁶⁷⁷, en el que declara que *«No debe tampoco olvidarse que este Tribunal establece una doctrina – doctrina constitucional - de acuerdo con el artículo 40.2 de su Ley Orgánica y que el artículo 87 de dicha Ley impone a todos los poderes públicos la obligación de dar cumplimiento a lo que este Tribunal resuelva, cualquiera que sea el procedimiento en que lo haya sido»* (en el mismo sentido se pronuncia la STC 16/1982, de 28 de abril).

Conforme a ello, por aplicación del art. 5.1 LOPJ, la interpretación que sobre la Constitución realice el TC, pasa a integrar la jurisprudencia constitucional, incorporándose al precepto interpretado. De tal manera, el TC se erige como un órgano con función creadora de derecho a través de sus sentencias, constituyendo su jurisprudencia una verdadera fuente del derecho español. Con lo que la afirmación relativa a que los Jueces y Tribunales interpretarán y aplicarán las leyes *“según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”*, sitúa la jurisprudencia del TC al mismo nivel de la Constitución, quedando, con ello, sometidos Jueces y Tribunales a la interpretación mayoritaria que el tribunal acuerde, ex arts. 9.1 y 117.1 CE.

Debe advertirse, no obstante, que la misma división doctrinal relativa a los límites de la utilización de las tecnologías en las relaciones laborales apreciada en el TS se reproduce en el TC. Como muestra de reciente polémica social avanzada, cabe citar el argumento de la justificación del uso de la videovigilancia encubierta, como evidencia válida en el marco de un procedimiento judicial, conforme a lo dispuesto en el art. 20.3 ET, siempre que reúna los requisitos de necesidad y proporcionalidad con el objetivo legítimo perseguido.

Adviértase que se trata del criterio que se ha seguido en la reciente doctrina judicial⁶⁷⁸ tanto de distintos Juzgados de lo Social, como de las Salas de lo Social de Tribunales

⁶⁷⁷ FJ 1, del Auto 232/1982, de 30 de junio. Disponible en:

<https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/7433> [consulta: 29 septiembre 2018]

⁶⁷⁸ Vid la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 12 de enero de 2018, Sala de lo social, en la que se recoge el criterio del TEDH, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social de

Superiores de Justicia o del Tribunal Supremo. Ya que, en concreto, los tribunales están obligados a interpretar conforme al criterio fijado en la STC 39/2016, de 3 de marzo de 2016, (Caso Berskha) admitiendo, como prueba válida en el proceso social, la utilización de las cámaras de seguridad o de vigilancia de la actividad laboral. Entendiéndose justificada la falta de consentimiento expreso del trabajador, para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidos a través de las cámaras de videovigilancia para seguridad o control laboral, en el fin superior de controlar el cumplimiento de la relación laboral, conforme a lo dispuesto en el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores⁶⁷⁹.

Sin perjuicio de ello, debe repararse que el criterio del TC, de exonerar a las empresas del deber de información explícito y expreso, cuando existe la sospecha de que un trabajador está abriendo el camino a vulneraciones de derechos fundamentales, en contra de la doctrina establecida en la STC 29/2013. Interpretación que ha sido corregida por la sentencia de la Sección tercera del TEDH de fecha 9 de enero de 2018⁶⁸⁰. Sin embargo, si bien es cierto que se encuentra pendiente la resolución del recurso interpuesto ante la Gran Sala del TEDH, mientras tanto, es un hecho que el Reino de España ha sido condenado por vulneración del derecho a la intimidad regulado en el art. 8 CEDH, al entender que el sistema de videovigilancia llevada a cabo por el empresario, durante un periodo excesivamente prolongado, no atendió a las exigencias previstas en la legislación española en materia de protección de datos⁶⁸¹, al haberse omitido la posibilidad de haber llevado a cabo las grabaciones informando previamente a las trabajadoras afectadas.

Por tanto, a la espera de la decisión final de la Gran Sala, parece previsible que la doctrina citada del TEDH va a influir directamente, tanto en la jurisprudencia ordinaria española⁶⁸²,

Albacete y declarando la nulidad de la prueba obtenida mediante la instalación de cámara de videovigilancia, sin información previa al trabajador.

http://s03.s3c.es/imag/doc/2018-03-27/TSJCLM_CamarasEmpleado.pdf [consulta 29 septiembre 2018]

⁶⁷⁹ El Art. 20.2 del E.T. faculta al empresario a adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, con el límite del deber de guardar en su adopción y aplicación la consideración debida a la dignidad humana.

⁶⁸⁰ Vid la Sentencia de 9 de enero de 2018, sección tercera en el caso Ribalda, que confirma el criterio sostenido en la sentencia anterior de 5 de septiembre de 2017 dictada por la Gran Sala TEDH (Caso Bărbulescu c. Rumanía). Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-179881%22%5D%7D> [consulta: 12 septiembre 2018]

⁶⁸¹ La sentencia alude a la obligación de informar previamente y de forma explícita al trabajador sobre las características del sistema de captación de datos personales como es la imagen ex art. 5 de la LOPD de Datos 15/1999.

⁶⁸² En la jurisprudencia más reciente, el TS ha aplicado la doctrina constitucional de la STC 39/2016 en la Sentencia, dictada en pleno, 654/2017, de 31 de enero de 2017, ECLI: ES:TS:2017:654, que resuelve el RCU 3331/15 -RJ 2017\1429. No obstante, también ha aflorado en el seno del TS la discrepancia con la interpretación, a través del voto particular de la magistrada SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L., al que se adhieren los magistrados VIROLES PIÑOL, R.M., y AGUSTÍ JULIA, J., basado en que las imágenes se

como en la doctrina del Tribunal Constitucional. exigiéndose el deber de información suficiente, no solo a través de los carteles indicativos que señalan la existencia de una "zona vídeovigilada", sino que cuando se pretenda utilizar estas herramientas como medida de control de la actividad laboral, deberá tenerse en cuenta el hecho de que la medida siempre implica una restricción de derechos fundamentales que debe superar el triple juicio de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, de conformidad con todavía intacta doctrina del Tribunal Constitucional⁶⁸³.

obtuvieron del sistema de videovigilancia instalado por la empresa, del que solo se había informado sobre su ubicación, pero no del uso que se iba hacer de las mismas en relación al control del cumplimiento de las obligaciones que emanan de la relación laboral, por lo que discrepan del criterio general de la Sala, al entender que no se ha producido una vulneración del derecho a la imagen ex Art. 18.1 CE, sino del el derecho a proteger sus datos ex 18.4 de la Constitución, al formar parte las imágenes grabadas del derecho a la protección de datos. Vid STS de 31 de enero de 2017 (RCUD 3331/2015)

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&referenc e=7950854&links=%223331%2F2015%22&optimize=20170306&publicinterface=true> [consulta: 12 septiembre 2018]

Lo mismo podemos señalar de la sentencia del Pleno del TS 811/2017, de 1 de febrero de 2017, (RCUD 3262/15), ECLI: ES:TS:2017:811, que justifico la validez de la utilización de cámaras de videovigilancia señalizadas y conocidas, como medida de seguridad,

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&referenc e=7958145&links=%223262%2F2015%22&optimize=20170313&publicinterface=true> [septiembre 2018]

Igualmente, la STS 817/2017, de 2 de febrero de 2017 (RCUD 554/16), ECLI: ES:TS:2017:817, en la que consideró igualmente válida la utilización de cámaras de videovigilancia, a pesar de que el trabajador no había sido informado expresamente sobre el uso y destino de las imágenes obtenidas a través de la misma.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&referenc e=7958146&links=%22554%2F2016%22&optimize=20170313&publicinterface=true> [consulta 19 septiembre 2018]

⁶⁸³ Vid STC 39/2016 que condiciona la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales a la observancia del principio de proporcionalidad, que exige verificar tres requisitos: en primer lugar, si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); en segundo lugar, el objetivo de la necesidad, de forma que no exista otra medida más moderada para conseguir con la misma eficacia el objetivo previsto (juicio de necesidad); y finalmente, si la medida es ponderada o equilibrada, derivándose de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

6.4.1 Avances y retrocesos de la doctrina constitucional

Centrándonos en la doctrina del TC, el escenario de conflicto viene determinado por la interpretación de la confrontación entre los derechos fundamentales que el trabajador ostenta, ya sea en su condición de ciudadano, de trabajador, o en el ejercicio de los derechos sindicales⁶⁸⁴, con el poder de organización y dirección del empresario.

Téngase en cuenta que, la doctrina constitucional advierte que los derechos y facultades son limitados, lo que obliga a ambas partes a no rebasar el ámbito del derecho de la contraparte. Siendo así, el trabajador se encuentra obligado a cumplir lealmente las obligaciones del contrato de trabajo, quedando afectado junto a ello el empresario por una obligación bidireccional: en su vertiente negativa, queda compelido por un deber de no hacer, entendido como su renuncia a tomar decisiones que puedan lesionar los derechos del trabajador; quedando apremiado por una actitud activa dirigida a garantizar los derechos del trabajador en la relación de trabajo. Mientras que, del Estado, por su parte, se espera la adopción de cuantas medidas legislativas sean necesarias, además de todas las políticas públicas precisas, para hacer efectiva la prohibición de esas injerencias y ataques a los derechos del trabajador.

Haciendo un recorrido por la jurisprudencia constitucional, pueden ser categorizadas las distintas etapas la evolución de la doctrina, en función de la progresiva integración de los nuevos avances tecnológicos en las empresas. Siendo cierto que, las desviaciones de un uso correcto de las tecnologías, y las consecuencias que del mal uso se derivan, han dado lugar a la sucesiva modificación de la doctrina constitucional al respecto, de la que se desprenden avances y retrocesos.

De esta manera, en el análisis de las distintas sentencias del TC, se reconoce un lento, pero firme, avance de la jurisprudencia constitucional, aunque menos ágil del deseable, a la vista del ritmo que imprimen las tecnologías. Hasta el punto de que como critica RAMOS QUINTANA, la jurisprudencia constitucional puede definirse, en líneas generales, como “regresiva y en algunos casos contradictoria”⁶⁸⁵.

Por este motivo, también, se profundiza en las distintas discrepancias que han aflorado en el seno del máximo intérprete de la Constitución Española, a través de los votos

⁶⁸⁴ Al respecto SERRANO GARCÍA, J.M. “El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la economía digital”, *Revista de derecho social*, Núm. 80, 2017, Pág. 233-261.

⁶⁸⁵ RAMOS QUINTANA, M.I., “Modelo constitucional de relaciones de trabajo y seguridad social. El impacto reciente de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Barcelona, Ed Huygens, ISBN 978-84-15663-39-3, (coord. ROJO TORRECILLA, E.),. Pág.27.

particulares emitidos por los magistrados del TC. Se trata de discrepancias que vienen referidas en unos casos a la deliberación, y en otros a la solución mayoritaria adoptada por la Sala. Con lo que, a nivel científico jurídico, resulta de interés conocer los resultados de la opción que ofrece el ordenamiento jurídico español. Ya que es posible conocer a través de los votos particulares discrepantes (referidos al fallo y a la motivación) o concurrentes (en los que se comparte el fallo, pero no su motivación), el debate doctrinal producido respecto a una sentencia en su integridad o respecto a parte de ella, ex art. 90.2 LOTC.

Conviene poner en valor la más que evidente muestra de progresismo de la CE, manifestada mediante la garantía constitucional reconocida a la minoría discrepante en el Tribunal, que permite contrastar las opiniones de las ponencias mayoritarias y minoritarias.

A este respecto, la materia que abordada encuentra importante información interpretativa en diversos votos particulares discrepantes, de entre los que cuentan con alto valor doctrinal los emitidos por VALDÉS DAL-RE. Adviértase además de los significativos apoyos producidos mediante distintas adhesiones a los Votos particulares. En definitiva, ante los vaivenes de la interpretación sobre los efectos de las TIC en los derechos fundamentales, resulta conveniente analizar los distintos votos particulares, como manifestación pública del desacuerdo con la decisión mayoritaria de la Sala. Y si bien es cierto que carecen de eficacia jurídica, resultan de indudable interés en el ámbito de la investigación, ya que pone de manifiesto el proceso de debate de los recursos, además de tener, algunos de ellos, una interesante y singular carga doctrinal.

6.4.1.1 Las etapas de la interpretación del derecho a la protección de datos

Siendo uno de los aspectos más abundantemente abordados por la doctrina del TC, la configuración del derecho a la protección de datos de carácter personal como un derecho constitucional autónomo, se distinguen un claro proceso de evolución con etapas perfectamente diferenciadas:

6.4.1.1.1 Primera etapa

De una fase inicial, que abarca desde los inicios de la actividad del TC hasta el año 1993, se desprende la falta de implantación de avances tecnológicos en las empresas españolas, en el que apenas existe un desarrollo legislativo del art. 18.4 CE. Durante estos años, no se elevan al máximo intérprete de la Constitución, supuestos de hecho de trascendencia, vinculados con las tecnologías, que pudieran incidir de forma negativa en el ejercicio de

los derechos fundamentales de los trabajadores. Limitándose las materias analizadas al ámbito tributario y a la capacidad de fiscalización de la administración tributaria.

Se trata de un momento preliminar en el que todavía no existe conciencia social de la necesidad de proteger los datos del trabajador, ni tampoco un reconocimiento formal y expreso del derecho a la protección de datos personales. En esta fase, la protección de datos se considera como un derecho independiente y externo al marco de las relaciones laborales, destacando en este sentido la STC 110/1984⁶⁸⁶, de 26 de noviembre, en un momento en el que la configuración doctrinal de la materia se encuentra en un primer estadio, afirma que *“El reconocimiento explícito en un texto constitucional del derecho a la intimidad es muy reciente y se encuentra en muy pocas Constituciones, entre ellas la española”*.

Es por ello por lo que el Tribunal reconoce en esta STC 110/1984, de 26 de noviembre, la dificultad de delimitar el contenido del derecho fundamental, *“Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio, como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí, el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones, que, por cualquier medio, puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida. No siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad. El primer problema que se plantea en el presente caso es determinar en qué medida entran dentro de la intimidad constitucionalmente protegida los datos relativos a la situación económica de una persona y a sus vicisitudes. (F.J.3).*

A los ojos del lector sorprenderá la desestimación del recurso de amparo interpuesto por un contribuyente, que trae como causa una resolución de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria, por la que se decide la investigación de las operaciones activas y pasivas realizadas en las cuentas corrientes del demandante en amparo, con motivo de la inspección sobre el IRPF. Siendo que, con esta resolución, el derecho a la intimidad queda en una situación de indefinición, y al ciudadano sin armas de defensa frente a indagaciones abusivas en el ámbito tributario. Sin duda, hoy en día, semejante decisión provocaría sonrojo, así como una crítica unánime. Es por ello por lo que la decisión del TC en la sentencia hoy resulta completamente reprobable, al justificar la decisión de la administración en un *“deber jurídico de colaborar con la Administración en*

⁶⁸⁶ Vid STC 110/1984, de 26 de noviembre. Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/RESOLUCIONES/1984/SENTENCIA/SENTENCIA_1984_110.docx [consulta: 8 mayo 2017]

este aspecto fundamental del bien público”, superior al derecho a la intimidad, por parte de los contribuyentes directamente afectados. A lo que se une que quienes puedan prestar una ayuda relevante en esa tarea de alcanzar la equidad fiscal, como son los Bancos y demás Entidades de crédito⁶⁸⁷, tienen un deber de colaboración. Una interpretación que choca frontalmente con los principios y valores de un Estado de derecho. Y ello porque, según este criterio, un contribuyente estaría obligado a hacerse el harakiri ante la inspección tributaria por el “bien público”, con lo que el secreto bancario y el deber de confidencialidad quedarían vacíos de contenido.

Otro ejemplo de resoluciones posteriores se encuentra en el Auto 642/1986⁶⁸⁸, de 23 de julio de 1986, por el que se inadmite a trámite un recurso de amparo contra una Resolución de la Dirección General de Tributos que aprobaba el modelo e instrucciones de tributación de los rendimientos de capital mobiliario. En este caso el Auto resuelve un recurso en el que se solicitaba el reconocimiento del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar de los titulares de cuentas, imposiciones de depósitos en Bancos y demás entidades de crédito y los restablezca en el mismo declarando que las cuentas, imposiciones y depósitos, de manera que estos solo pudiesen ser investigados en los términos y condiciones previstas expresamente en la Ley.

En este supuesto, el Tribunal reconoce de forma genérica que un uso de la informática que trasgreda los “límites y *garantías legales*”, violaría el derecho fundamental a la intimidad, “*garantía legal que ha de referirse a todo el derecho a la intimidad, con abstracción de si la intromisión se realiza mediante el uso de la informática o por otros medios*”. El Auto destaca la congruencia y la racionalidad de la utilización de la informática, como principios cardinales de la protección de datos. De esta forma, se matiza que debe existir una nítida conexión, entre la información personal que se recaba y trata a través de la informática, con el legítimo objetivo para el que se solicita. Finalmente, el Tribunal termina reconociendo de forma tajante la prohibición del uso de los datos para finalidades distintas de las que motivaron su recogida, así como la prohibición de crear ficheros, con la exclusiva finalidad de almacenar datos de carácter personal, que revelen la ideología, salvo consentimiento expreso y por escrito del afectado. (F.J. 4.).

⁶⁸⁷ También critica y califica de preocupante, la decisión del TC en la sentencia 110/1984, Juan Alfonso Santamaría Pastor en el artículo “Sobre el derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables” en la Revista Española de derecho Constitucional, año 5, Núm. 15, septiembre-diciembre 1985.

⁶⁸⁸ El citado Auto 642/1986, de 23 de julio de 1986, ECLI:ES:TC:1986:642A, en el que el secreto bancario en el uso de la informática, cede ante el deber de contribuir al gasto público, se encuentra disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/10662> [consulta: 12 mayo 2017]

6.4.1.1.2 Una nueva dimensión de la libertad informática y el habeas data tras la interpretación del Tribunal Constitucional

A partir de la primera etapa, la STC 254/1993, de 20 de julio,⁶⁸⁹ constituye un nuevo hito en el avance en la valoración de la garantía de la intimidad, prevista en el art. 18.4 CE, al reconocerse, por vez primera en nuestra jurisprudencia, la libertad informática, como un derecho fundamental "en sí mismo". De tal manera, a partir de esta sentencia puede distinguirse una segunda etapa en la evolución de la doctrina del TC, a consecuencia de esta resolución, pionera para la época, en la que el Tribunal analiza, a falta de desarrollo legislativo, cuál debe ser el contenido mínimo y provisional, del derecho o libertad que el ciudadano debe encontrar garantizado, distinguiendo entre una vertiente negativa y otra positiva del derecho.

En concreto, se distingue una vertiente negativa de la libertad informática, consistente en que su uso encuentra como límites el respeto al honor y a la intimidad de las personas. Y junto a ella, se avanza una faceta positiva, consistente en el derecho de control del ciudadano sobre los datos relativos a la propia persona.

Con lo cual, como señala el TC, *"la llamada "libertad informática" consiste, así, también, en el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)"*, y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención. Además de ello, la citada sentencia considera que la efectividad de ese derecho puede requerir garantías complementarias, como es el derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona.

Finalmente, para estos supuestos, y especialmente, a falta de regulación legal, reconoce el Tribunal, el valor que aportan los tratados y convenios internacionales sobre esta materia, suscritos por España, como auxilio interpretativo. (F-J.7º).

Dentro de esta segunda etapa, se dictan también otras sentencias en el ámbito sindical que interesa recoger aquí. Se trata de resoluciones relativas al amparo solicitado por supuestos de vulneración del derecho a la libertad sindical en relación con la protección

⁶⁸⁹ STC 254/1993, de 20 de Julio, ECLI:ES:TC:1993:254 en la que se recurre la denegación presunta por parte del Gobernador Civil de Guipúzcoa y del Ministro del Interior, de una solicitud de información de los datos de carácter personal que se encontraban a disposicon de la AGE en ficheros automatizados. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/eu-ES/Resolucion/Show/2383>[consulta : 9 mayo 2017]

de datos. Permite ser desatacado entre ellas un grupo de sentencias vinculadas a decisiones de la entidad pública empresarial Renfe, entre las que se encuentra la STC 11/1998⁶⁹⁰, en la que se analiza la utilización por parte de la empresa de los datos de afiliación sindical de sus trabajadores. Concretamente, tales datos se almacenan en ficheros, para utilizar esta información en una preselección de los trabajadores afiliados a los sindicatos convocantes de una huelga, y posteriormente descontar de su nómina la parte proporcional correspondiente a los días de huelga⁶⁹¹. Con lo cual, se aplica una operación automática, ante la falta de un control exhaustivo de la empresa de los trabajadores que ejercieron efectivamente el derecho a la huelga, presumiendo que todos los afiliados a los sindicatos convocantes han ejercido el derecho fundamental a la huelga. Lo que lleva al TC a estimar el recurso de amparo, por vulneración del derecho a la libertad sindical, del art. 28.1 CE en conexión con el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales del art. 18.4 CE.

En línea con lo anterior, y entre esta relación de sentencias del TC, se encuentra también la sentencia 94/1998, de 13 de enero⁶⁹². En ella el Tribunal reconoce el valor constitucional del derecho de afiliación sindical, como opción ideológica protegida por el art. 16 CE. Por lo que, la revelación de la afiliación sindical constituye una vulneración del derecho fundamental, al tratarse la condición de afiliado de un derecho de carácter personal y exclusivo del trabajador. De lo que se deriva una obligación de atender, tanto el empresario como los propios órganos sindicales, al deber de confidencialidad de esta información [F.J. 5].

En resumen, resulta obligado concluir que el tratamiento de datos de un fichero de estas características, para fines distintos a los autorizados por el trabajador, constituye una vulneración del derecho fundamental a la intimidad del trabajador. Resumiendo, en este sentido el Tribunal, que un sistema normativo que autorice la recogida de datos, incluso con fines legítimos y de contenido aparentemente neutro, queda obligado a incluir las

⁶⁹⁰ Vid STC 11/1998, de 13 de enero, ECLI:ES:TC:1998:11. Disponible en:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/cs/Resolucion/Show/3513> [consulta 6 mayo 2017]

⁶⁹¹ Criticable es no solo la decisión empresarial de hacer suya la afirmación de la Central Sindical acerca de que sus afiliados habían secundado mayoritariamente la huelga, ante la falta de constatación del alcance puntual de seguimiento de los paros. El mismo reproche merece, que la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 30 de junio de 1995, revocara la sentencia de instancia, rechazando la vulneración de derechos fundamentales al no apreciar en la conducta Empresarial un *animus laedendi*. Así como basar su fallo en que "la intimidad y la privacidad de los datos personales ideológicos, en tanto voluntariamente ofrecidos a la contraparte, trascienden de ese mundo reservado para incardinarse en la relación laboral".

⁶⁹² Vid STC 94/1998, de 4 de mayo, ECLI:ES:TC:1998:94. Disponible en:

http://hj.tribunalconstitucional.es/cs-CZ/Resolucion/Show/3596#complete_resolucion [consulta 12 mayo 2017]

garantías adecuadas, frente un uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano. En caso contrario, el ordenamiento sería tan contrario al principio de defensa del derecho a la intimidad, como las intromisiones directas en el contenido nuclear de del derecho.

6.4.1.1.3 La autonomía del derecho a la protección de datos

La tercera etapa, coincide con la doctrina constitucional más moderna. En ella se reconoce expresamente el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental autónomo⁶⁹³. Con lo que el TC supera la doctrina de la etapa anterior, iniciada con la citada sentencia 254/1993, de 20 de julio, en la que se encuadra la “libertad informática” como una vertiente positiva del derecho a la intimidad, para pasar a interpretar el art. 18.4 CE como un derecho autónomo a la protección de datos personales.

Entre las sentencias que se integran en este nuevo bloque destaca también la STC 202/1999, de 8 de noviembre,⁶⁹⁴ en la que se analiza la creación y mantenimiento de un fichero automatizado de diagnósticos médicos, correspondientes a todas las bajas por incapacidad temporal de trabajadores extendidas por los facultativos de la Seguridad Social, además de los resultados de las revisiones periódicas realizadas por los servicios médicos de la empresa. Cuya práctica es considerada por el Tribunal como una medida inadecuada y desproporcionada, que conculca el derecho a la intimidad y a la libertad informática del titular de la información⁶⁹⁵.

En este contexto, el Tribunal reconoce que el derecho a la intimidad personal (consagrado en el art. 18.1 C.E.) se configura como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y derivado de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce. Con lo cual, centrándonos en el ámbito de la personalidad, el elemento característico de la intimidad reside, según el TC, en la facultad de exclusión de los demás, además de la abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos

⁶⁹³ Artículo citado de RAMOS QUINTANA “Modelo constitucional de relaciones de trabajo y seguridad social. El impacto reciente de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”. Pág. 29.

⁶⁹⁴ Vid STC 202/1999, de 8 de noviembre, ECLI:ES:TC:1999:202, contra la denegación de la cancelación de los datos médicos en un fichero en el que se almacenan en soporte informático los diagnósticos médicos del trabajador sobre bajas por IT. Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/3944#complete_resolucion [consulta: 15 mayo 2017]

⁶⁹⁵ Vid FJ 5 de la STC 202/1999, de 8 de noviembre cit. supra, nota núm. 693.

datos. Y aunque considera que las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desarrolla su actividad no se integran inicialmente en la esfera privada de la persona (en alusión a las ya citadas resoluciones STC 142/1993, -F.J.7- y ATC 30/1998, -F.J.2-), reconoce la posibilidad de que en ocasiones sea posible acceder a informaciones de la vida íntima personal y familiar (STC 142/1993, FJ 8º), entre las que se encuentran, las relativas a la salud del trabajador.

Con lo cual, concluye, la Sala reconociendo que se trata de un instituto de garantía de derechos como el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental. Con lo que el derecho a la libertad queda protegido 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. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la falta de sensibilización social de la época, ya que cinco años después de haber ordenado el Tribunal la destrucción de los datos relativos a la salud del trabajador, el TC tendría que reiterar, a través de nueva sentencia, la orden de destrucción de todos los datos correspondientes a los diagnósticos médicos del trabajador⁶⁹⁶, ante la tibieza de las medidas del Juzgado de lo Social dirigidas a verificar la eliminación de los datos.

Unido a lo anterior, con posterioridad se dictan nuevas sentencias, como la STC 290/2000, de 30 de noviembre,⁶⁹⁷ en la que el Tribunal resuelve los recursos acumulados de inconstitucionalidad interpuestos contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal. En la cual, se reconoce que el derecho fundamental reconocido garantiza a la persona un “poder de control y disposición sobre sus datos personales”. De esta manera, el poder de controlar y disponer de los datos personales confiere a su titular

⁶⁹⁶ En la STC 153/2004, de 20 de septiembre, ECLI:ES:TC:2004:153, el Tribunal Constitucional considera insuficiente que el Juzgado de lo Social aceptase como suficiente cumplimiento de la STC 202/1999 (en la que se resolvía “la inmediata supresión de las referencias existentes a los diagnósticos médicos contenidas en la citada base de datos”), la mera manifestación de haber procedido a suprimir los datos citados. La tibieza en las medidas adoptadas por el Juzgado de lo Social en lo que a la ejecución se refiere, se equiparan por el TC con una negativa a ejecutar la STC 202/1999, y reprocha al Juzgado que no se hubiese corroborado la manifestación por medio de una prueba objetiva, como un peritaje informático, tal y como proponía el demandante al Juzgado de lo Social, u otra prueba que resultara idónea. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/5158> [consulta: 18 mayo 2017]

⁶⁹⁷ La STC 290/2000, de 30 de noviembre, ECLI:ES:TC:2000:290 resuelve los recursos acumulados de inconstitucionalidad interpuestos respectivamente por la Generalitat de Cataluña, el Defensor del Pueblo, el Parlamento de Cataluña y 56 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra los arts. 6.2, 19.1, 20.3, 22.1 y 2.1, 24, 31, 39.1 y 2, 40.1 y 2, y Disposición final tercera de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Automatizado de los Datos de Carácter Personal. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/4274> [consulta: 20 mayo 2017]

una serie de facultades, que integran los elementos esenciales del derecho fundamental a la protección de los datos personales.

En el mismo sentido, esta facultad de control permite al afectado saber quien posee sus datos y con qué finalidad, una vez que ha consentido la recogida y su uso. Asimismo, podrá oponerse a esa posesión de sus datos y a su uso, exigiendo a quien corresponda que ponga fin a su posesión y empleo. En conclusión, reconoce el TC que el derecho fundamental a la protección de datos está integrado por *“el conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de los mismos”*.

Sin embargo, por su singularidad, merece hacer aquí referencia a distintos pronunciamientos en los que el TC comienza a valorar la licitud de las pruebas obtenidas mediante dispositivos tecnológicos como cámaras de videovigilancia o de otro tipo de grabaciones de imágenes y sonido.

6.4.1.1.3.1 El Caso Ensidesa: STC 186/2000, de 10 de julio

La STC 186/2000, de 10 de julio,⁶⁹⁸ resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Avilés, de 26 de septiembre de 1995, en la que se declara la procedencia del despido disciplinario de un empleado del departamento textil y calzado del economato de Ensidesa. La sentencia, fue confirmada por la Sala de lo social del TSJ del Principado de Asturias, de 2 de febrero de 1996, respecto del que posteriormente se dicta Auto de 23 de abril de 1997, de la Sala de lo social del TS, por el que se inadmite el RCUD. En tal supuesto, el conflicto gira sobre la contratación por el empleador de una empresa de seguridad para la instalación de un circuito cerrado de televisión, para detectar el origen de las irregularidades del arqueo de la caja. De manera que para conocer lo que estaba sucediendo, encarga la instalación de un circuito cerrado de cámaras en el techo, enfocando exclusivamente a la zona de las tres cajas registradoras, así como al mostrador de paso de las mercancías. Resultando de la vigilancia realizada en distintas fechas, durante los meses de abril y mayo de 1995, que

⁶⁹⁸ La STC 186/2000, de 10 de julio, sobre vulneración de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen con motivo de la instalación por la empresa de un circuito cerrado de televisión para controlar determinados puestos de trabajo, se considera justificada y proporcionada. Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/4170#complete_resolucion [consulta: 2 abril 2017]

un trabajador realizaba maniobras reiteradas en el cobro de artículos a los clientes, en las que aprovechaba para sustraer diferentes cantidades de la caja registradora, motivo por el que se acuerda el despido del empleado, a la vista de las imágenes grabadas.

Avanza de esta manera la Sala en el análisis de la acreditación de la realidad de los hechos imputados al trabajador, en los que se basa el despido. Considerando que se trata de “pruebas lícitamente obtenidas”, que han sido válidamente aportadas al proceso, además de suficientes, para que los órganos judiciales puedan llegar a la convicción de que el trabajador es quien realiza los hechos que dan lugar al despido (hechos cuya realidad, por otro lado, no son negados por el empleado)”.

Con lo cual, atendiendo al marco legal vigente en 1995, el TC considera que *“la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad”*... Siendo preciso para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, atender a la constatación del cumplimiento de tres requisitos: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de no existir otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

6.4.1.1.3.2 *La libertad informática como “derecho atípico” en el voto particular del magistrado Jiménez de Parga.*

De la respuesta a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LORTAD, Ley 5/1992, contenida en la STC 290/2000, de 30 de noviembre⁶⁹⁹, merece un análisis el Voto particular de JIMÉNEZ DE PARGA, en el que se defiende la figura de los “derechos atípicos”, considerando que se debió haber hecho una referencia expresa en la sentencia, al reconocimiento y protección del derecho fundamental a la libertad informática, como nuevo derecho fundamental, que no figura en la Tabla del texto de la CE de 1978.

Y es que, como se argumenta, conviene poner en valor, una de las tareas importantes de los Tribunales Constitucionales, como es extender la tutela a determinadas zonas del Derecho no expresamente consideradas en las correspondientes Constituciones, para

⁶⁹⁹ Voto particular cit. supra, nota núm. 624

evitar que queden a la intemperie, sin techo jurídico alguno, determinados intereses esenciales de los ciudadanos.

De esta manera, considera JIMENEZ DE PARGA, que los cimientos constitucionales de la libertad informática van más allá del art. 18.4 CE, como marco de reconocimiento del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Con lo que la libertad informática, siendo un derecho fundamental, debe tener como eje vertebrador el art. 10.1 CE, como *“fundamento del orden político y de la paz social”*, por tratarse de un derecho inherente a la dignidad de la persona. Sosteniendo en este hilo argumental, que es precisamente la vinculación a la dignidad de la persona, la que proporciona a la libertad informática la debida consistencia constitucional.

En esta misma línea de razonamiento, recuerda el magistrado que existen otros preceptos que facilitan la configuración de la libertad informática, como la libertad de expresión y de información reconocida en el art. 20.1 de la Constitución. Y junto a ellos, los Tratados y Acuerdos internacionales, en cuanto son guías de interpretación constitucional según el art. 10.2 de la CE, tal y como se detalla en el capítulo de esta tesis dedicado al sistema de fuentes ⁷⁰⁰.

6.4.1.1.3.3 El afianzamiento de la doctrina constitucional del poder de disposición de los datos personales

Siguiendo la estela de esta nueva interpretación, la sentencia del Pleno del TC 292/2000, de 30 de noviembre⁷⁰¹, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, por el

⁷⁰⁰Justifica la extensión de la tutela a ciertos derechos de singular relieve e importancia como el derecho fundamental de libertad informática atendiendo a principios constitucionales, de aplicación directa, derechos expresamente reconocidos en la Constitución de 1978, y Textos internacionales. Esto implica, según el magistrado la siguiente distinción: a) valores superiores, constitucionalizados en el Art. primero de la Constitución, orientan la interpretación y aplicación de las normas; b) principios generales del derecho, no recogidos en el texto de la Constitución, que informan el ordenamiento constitucional, y facilitan su interpretación y aplicación, pudiendo ser normas subsidiarias; y c) los principios constitucionalizados, reconocidos y protegidos por la Constitución, que son los fundamentos del sistema jurídico-político, a partir de los cuales se despliega todo el aparato de normas. Reconoce a estos principios constitucionales y constitucionalizados la fuerza vinculante de las normas jurídicas, y el carácter de fuente normativa inmediata, por gozar de plena eficacia, destacando, además, como guía de interpretación, los derechos los Tratados y Acuerdos internacionales, expresamente, como he tenido ocasión de analizar, el art. 8 del CEDH de 1950; el Convenio del CdE para la Protección de las personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (1981), en sus arts. 5, 6, 8 y 9; así como la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre 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, en su art. 13.

⁷⁰¹ La STC 292/2000, de 30 de noviembre, ECLI:ES:TC:2000:292, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre,

Defensor del Pueblo, contra diversos artículos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, LOPD. En la citada resolución se delimita en primer lugar la extensión del derecho fundamental a la protección de datos, concluyendo la Sala que la protección de este derecho no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino que comprende cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales (F.J. 6).

En segundo lugar, atribuye al derecho a la protección de datos, lo que denomina un “haz de facultades”, que está integrado por tres grupos de derechos, entre los cuales se encuentra el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales; unido al derecho a saber, además de estar informado sobre el destino y uso de esos datos. Por último, ambos derechos se completan con el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. Lo que queda consolidado a través de la interpretación la doctrina del “poder de disposición sobre los datos personales”⁷⁰².

Junto a lo expuesto, también recuerda el Tribunal que, como cualquier otro derecho fundamental, el derecho a la protección de datos no es un derecho absoluto o ilimitado. A lo que añade la advertencia constitucional relativa a que la Ley que desarrolle el ejercicio de este derecho, deberá fijar los límites de este derecho fundamental. Al igual que advierte que sin perjuicio de la facultad de un poder público de recoger, almacenar, tratar, usar, además de, en su caso, ceder datos de carácter personal, esta solo estará justificada cuando responda a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos [F.J. 10, y 11].

Todos estos aspectos, han permitido afianzar la doctrina constitucional del poder de disposición de los datos personales, debiendo reconocer su actual vigencia, al constituir el punto de partida para el legislador español, sin perjuicio de su compatibilidad además con el RPDP y la nueva LOPDPyGDD.

6.4.1.1.4 La utilización no consentida ni previamente informada de grabaciones para un fin, desconocido. El Caso Universidad de Sevilla en la STC 29/2013

Otra de las resoluciones del TC que han venido a consolidar la doctrina elaborada por la jurisprudencia ordinaria, sobre el consentimiento y la previa información de la captación

declara nulos, por contrarios a la Constitución, varios de sus incisos. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/4276> [consulta: 18 mayo 2017] (vid supra, notas 123,176 y 406).

⁷⁰² Este haz de facultades ya se había avanzado en los fundamentos jurídicos 6 y 7 de la citada STC 254/1993

de datos, corresponde a la STC 29/1013, de 11 de febrero⁷⁰³, en la que se resuelve un recurso de amparo por vulneración del derecho a la protección de datos de carácter personal de un trabajador de la Universidad de Sevilla. En este caso, el trabajador es sancionado por incumplimiento de su horario. Siendo captados los retrasos por las cámaras de videovigilancia instaladas en el recinto universitario, las cuales cuentan entre sus fines, el control de acceso de las personas de la comunidad universitaria. Sin embargo, a pesar de ello, la problemática se encuentra en el hecho de que la Universidad no informara al trabajador sobre ello.

6.4.1.1.4.1 Los antecedentes

Inicialmente, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Sevilla, mediante Sentencia, de 5 de septiembre de 2007, estima parcialmente la impugnación de las sanciones, declarando que solo las dos primeras faltas imputadas (las grabadas por el sistema de videovigilancia) quedan acreditadas mediante la prueba testifical. Sin embargo, aun cuando el trabajador insta la inadmisión de la prueba videográfica controvertida, tampoco resulta posible practicar la prueba correspondiente al visionado de las grabaciones, dada la imposibilidad material de reproducir la grabación en su integridad (ya que su cuyo visionado hubiera requerido una dedicación temporal inasumible, por su extensión ininterrumpida durante dos meses)⁷⁰⁴. No obstante, el juzgado admite la práctica de prueba testifical del director de recursos humanos, del jefe de seguridad y de un vigilante, como conocedores directos del visionado del video. Con lo que fundan sus testimonios en lo que vieron y apreciaron en las grabaciones.

Posteriormente, en la misma línea argumental, la Sala de lo social de Sevilla del TSJ de Andalucía, en su Sentencia de 5 de mayo de 2009, a pesar de aportarse la resolución de la AEPD de infracción contra la Universidad de Sevilla, por vulneración del art.5 de la LOPD⁷⁰⁵, resuelve desestimando el recurso y, con ello, la petición de declaración de nulidad de pleno derecho la prueba videográfica. Al mismo tiempo tampoco estima la petición de nulidad de la prueba testifical. Con lo que finalmente, el trabajador interpone incidente de nulidad de actuaciones ante la Sala de lo social de TSJ de Andalucía, ex art. 241 de la LOPJ, que es rechazado mediante Auto de 22 de septiembre de 2009.

⁷⁰³ Vid STC 29/2013, de 11 de febrero, ECLI:ES:TC:2013:29. Disponible en:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/23284> [consulta: 18 mayo 2017]

⁷⁰⁴ Se aporta al acto de juicio la grabación íntegra de la videocámara que abarcaba las veinticuatro horas de cada uno de los días laborables durante los casi dos meses en lo que se llevó a cabo el control del trabajador, lo que hace imposible su visualización. Por este motivo, el juzgado admite la prueba testifical del director de recursos humanos, el jefe de seguridad y de un vigilante.

⁷⁰⁵ Como posteriormente recuerda el TC en la sentencia que resuelve el recurso de amparo, la resolución de la AEPD en su resolución 0987/2008, de 1 de septiembre, en el procedimiento del AEPD Núm. AP/00020/2008, “no podría condicionar nuestro juicio de constitucionalidad pero que, sin duda, resulta indicativa”.

6.4.1.1.4.2 Las conclusiones sobre el núcleo esencial del art. 18.1 ET

Con estos antecedentes se acude en amparo ante el TC por parte del trabajador, siendo estimado tal recurso de amparo, en el que se sintetiza la doctrina de la utilización de las cámaras de videovigilancia en el ámbito laboral conforme a los siguientes criterios:

Inicialmente, reconoce la Sala quedar fuera de toda duda que las imágenes grabadas en un soporte físico constituyen un dato de carácter personal integrado en la cobertura del art. 18.4 CE. Y ello porque, *“el derecho fundamental amplía la garantía constitucional a todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona y que puedan servir para la confección de su perfil (ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole) o para cualquier otra utilidad que, en determinadas circunstancias, constituya una amenaza para el individuo”*⁷⁰⁶. Lo cual incluye también *“aquellos que facilitan la identidad de una persona física por medios que, a través de imágenes, permitan su representación física e identificación visual u ofrezcan una información gráfica o fotográfica sobre su identidad”* (FJ4).

Junto a ello, recuerda el tribunal que *“se vulnera el derecho a la intimidad personal cuando la actuación sobre su ámbito propio y reservado no sea acorde con la ley y no sea consentida, o cuando, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida”*.

Y finalmente, invoca el criterio del Pleno del TC sobre el núcleo esencial del art. 18.4 CE, que considera como un complemento indispensable *“la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo”*. De forma que el derecho de información también opera en el caso de existir una habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento, como en el caso de las relaciones laborales, dado que, como recuerda la Sala *“es patente que una cosa es la necesidad o no de autorización del afectado y otra, diferente, el deber de informarle sobre su poseedor y el propósito del tratamiento”*. Esta argumentación lleva al Tribunal a concluir que *“no hay una habilitación legal expresa para esa omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales, y que tampoco podría situarse su fundamento en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia.”* (FJ7).

⁷⁰⁶ Vid FJ 6 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre. (cit. supra, nota núm. 123,176,406 y 701).

Con lo cual, remarca la Sala, que la *“lógica fundada en la utilidad o conveniencia empresarial”* haría quebrar la efectividad del derecho fundamental, en su núcleo esencial. Porque, en tal caso “se confundiría la legitimidad del fin” con la “constitucionalidad del acto”. De lo que resulta que se confundiría la legítima verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales, a través del tratamiento de datos, ex art. 20.3 ET, en relación con el art. 6.2 LOPD, (para lo que no precisa de consentimiento del trabajador), con la constitucionalidad de la medida, que exige el ofrecimiento previo de la información necesaria, conforme a lo previsto en el art. 5 LOPD. Con lo cual, queda lesionado el art. 18.4 CE, cuando se utilizan medios encubiertos que niegan al trabajador la información exigible para realizar las actividades de control de cumplimiento de las obligaciones laborales.

Finalmente, recuerda el TC que las sanciones impuestas con base en una única prueba, que lesiona el derecho fundamental del art 18.4, deben declararse nulas, al haberse privado al trabajador de los derechos de disposición y control. Todo ello con independencia de la existencia de distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes, ni que se hubiera notificado la creación del fichero a la AEPD. Sino que el dato relevante, en tal caso, es la falta de “información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida”, sus “características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo”.

El Voto particular de Ollero Tassara en la STC 29/2013

Conviene destacar también el contenido de la discrepancia entre la opinión mayoritaria en el caso de la Universidad de Sevilla y OLLERO TASSARA, que dará pie, en sentencias posteriores, a plantear “el interés empresarial”, como límite de los derechos fundamentales. Con todo, en el trasfondo del voto particular reside el déficit de nuestro ordenamiento en el respecto al tratamiento de un marco legal para el uso de la informática. Siendo precisamente la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la AEPD, la que marco la senda para el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. Una disposición que a pesar de no tener fuerza jurídica determina una interpretación que queda singularmente consolidada con el tratamiento que se hace desde la entrada en vigor del RGPD.

De hecho, OLLERO TASSARA alude a la advertencia del epígrafe cuarto de la STC 29/2013, sobre que la falta de regulación mediante Ley de los límites del uso de la informática, para “garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos, ha dado paso al reconocimiento de un autónomo derecho constitucional a la protección de datos”. Lo que ha permitido que, a pesar de la falta de regulación de un marco legal, el TC haya configurado la doctrina constitucional sobre la interpretación del art. 18.4 CE.

En la práctica, como recuerda el magistrado, resulta difícil la delimitación del art. 18.4 CE respecto del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE, ante la falta de nitidez del ámbito de cada derecho. Además critica la decisión mayoritaria de los miembros de la Sala, al haberse basado de forma exclusiva en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la LOPD, y no “en otros precedentes de este Tribunal”, relativos a recursos de amparo que enjuician circunstancias tan concretas y similares como las analizadas en otros supuestos, como es el caso de la STC 186/2000 (caso Ensidesa).

De manera que, frente a la opinión mayoritaria, el magistrado defiende que el poder de dirección del empresario resulta “*imprescindible para la buena marcha de la organización productiva*”. Motivo por el que la legislación atribuye al empleador la facultad de adoptar las medidas oportunas dirigidas a la vigilancia y control de verificación del “cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales”. Y aun aceptando el hecho de que la falta de información previa al comité de empresa, sobre la instalación del circuito cerrado de televisión, carezca de trascendencia constitucional⁷⁰⁷, el defecto originario no se encuentra tanto en la vulneración del derecho de información a la representación de los trabajadores (efectivamente de configuración legal y que podría dar lugar a sanción administrativa), sino en la vulneración del derecho individual de información de los trabajadores.

Concluye su argumentación, por último, el magistrado con la defensa de la aplicación de la proporcionalidad y la ponderación de las exigencias de los derechos fundamentales en juego, entendiendo que, en este supuesto, argumentar que, tras la ponderación, se ha estimado que la protección de datos personales prima sobre las medidas empresariales, tal conclusión implica, a su juicio, “*una sorprendente valoración del peso de los derechos a la intimidad y a la protección de datos*”.

⁷⁰⁷ En referencia a la STC 186/2000, de 10 de julio.

6.4.1.2 *El “drástico giro” en la doctrina constitucional sobre protección de datos del trabajador en la jurisprudencia en el asunto Bershka en la STC 39/2016.*

A pesar de la trayectoria marcada, el Pleno del Tribunal Constitucional a raíz de la STC 39/2016, de 3 de marzo,⁷⁰⁸ da un nuevo giro en su doctrina en relación con el alcance de la información que se debe otorgar a los trabajadores. Surge así una reinterpretación del uso de tecnologías como la videovigilancia en la empresa, que merece una crítica adversa, desde mi punto de vista. Ya que se trata de un retroceso interpretativo respecto de la doctrina preexistente, la cual matiza. En este caso se analiza un despido de la dependiente de una tienda de ropa de la marca Bershka, que fue grabada por las cámaras instaladas por la empresa, en la zona de cajas, de las que no tenía conocimiento la trabajadora.

Los antecedentes se basan en la instalación de una cámara, (sobre la que no se informa a la trabajadora) que capta su imagen desarrollando distintos incumplimientos contractuales. Entre los cuales, se aprecia como la trabajadora se apropia de una cantidad de dinero (concretamente 186,92 €), así como las operaciones falsas que realiza, para ocultar dicha apropiación, en un intento de evitar el descuadre en la caja, mediante la simulación de ventas y devoluciones de prendas. La sentencia, analiza los datos personales que se ven afectados, así como la información deben recibir los trabajadores. Profundizando, asimismo, sobre si resulta suficiente una información de carácter general o, por el contrario, debe existir una información específica (tal como se había pronunciado previamente la STC 29/2013, de 11 de febrero, en el caso Universidad de Sevilla).

Previamente, tanto el Juzgado de lo Social núm. 2 de León en sentencia de 11 de marzo de 2013, como la Sala de lo social del TSJ de Castilla y León, mediante Sentencia de la 24 de julio de 2013⁷⁰⁹, desestiman las reclamaciones del trabajador, confirmando la

⁷⁰⁸ Vid STC 39/2016, de 3 de marzo (caso Bershka). Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/24843> [consulta: 14 mayo 2017]

⁷⁰⁹ La STSJ de Castilla y León, Sala de lo social 01422/2013, de 24 de julio de 2013, Recurso núm. 1078/2013, ECLI: ES:TSJCL:2013:3384, resuelve el recurso de la trabajadora en reclamación de la nulidad, al considerar la actividad probatoria ineficaz por ilícita, ya que las pruebas que condujeron a exteriorizar y captar los hechos imputados a la trabajadora y que justificaron su despido se obtuvieron con violación de sus derechos fundamentales a la intimidad y dignidad, desestimando el recurso, al entender la Sala que, “la decisión empresarial de colocar una cámara de videovigilancia en el centro de trabajo ... satisfizo el juicio de proporcionalidad”. Disponible en:

procedencia del despido. Motivo por el que, frente a esta última, se plantea un incidente de nulidad de actuaciones ante la misma Sala de lo social del TSJ de Castilla y León, que también es desestimada por Auto de 23 de octubre de 2013.

La primera conclusión que destaca el TC reside en que la imagen del trabajador se considera un dato de carácter personal, motivo por el que queda incluida dentro del concepto de «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables» conforme a lo establecido en el art. 3 de la LOPD 15/1999, en relación con el art. 5.1 f) del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, que contempla como dato de carácter personal “la información gráfica o fotográfica”.

La segunda conclusión consiste en la confirmación de la doctrina general de calificar el consentimiento del afectado, como un elemento definidor del sistema de protección de datos de carácter personal. Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad de legislador de fijar, en determinadas circunstancias, las reglas precisas de los límites del consentimiento.

Si bien, a pesar de que la concurrencia del consentimiento del trabajador constituye la norma general, en el ámbito laboral se confirma la excepción a la regla. De tal manera que el consentimiento del trabajador queda en un segundo plano, al entenderse implícitamente prestado en la relación laboral, respecto a los datos de carácter personal que sean necesarios para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes.

Esta singular excepción a la norma general de requerir el consentimiento se concreta en el art. 10.3 b) del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD 15/1999, en cuyo precepto se otorga al empresario la facultad de tratar datos de carácter personal, sin necesidad del consentimiento del interesado. Concretamente, cuando «se recaben por el responsable del tratamiento, con ocasión de la celebración de un contrato o precontrato o de la existencia de una relación negocial, laboral o administrativa de la que sea parte el afectado y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento». En concreto, este matiz lleva al Tribunal a distinguir entre consentimiento e información previa.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&referenc e=6825611&links=%221078%2F2013%22&optimize=20130826&publicinterface=true> [consulta: 6 marzo 2016]

6.4.1.2.1 La legitimación de la videovigilancia en el marco legal del art. 20.3 ET

Como recuerda la Sala, es la doctrina constitucional la que, a falta de normativa específica que regule la instalación y utilización de distintas tecnologías dirigidas al control y vigilancia, consistentes en la captación de imágenes o en la grabación de sonidos en el centro de trabajo, permite a los órganos judiciales, en caso de conflicto, ponderar en que supuestos y circunstancias puede considerarse legítimo o no su uso. Encontrando, el tratamiento de datos a través de la videovigilancia en el ámbito laboral, su justificación legítima en el desarrollo de las facultades de control determinadas en el art. 20.3 ET. Determinación del marco jurídico que, en este caso, se mantiene inalterado.

Sin embargo, tal facultad del empleador encuentra definidos sus límites en el ámbito legal y territorial de la relación laboral. Con lo cual, el control debe ser estricta y exclusivamente de carácter laboral, debiendo atender siempre al respeto de los derechos fundamentales del trabajador, y de forma singular a los derechos a la intimidad personal y a la protección de datos protegidos en el art. 18 de la Constitución. Además de exigirse tener siempre presente el principio de proporcionalidad⁷¹⁰.

6.4.1.2.2 El consentimiento y la información previa en la relación laboral

De igual manera, por lo que respecta al deber de información previa, considera el Tribunal que, al formar parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, tal deber no puede ser obviado. Resultando que el preceptivo cumplimiento de esta formalidad es el que, según la Sala, permite al trabajador afectado ejercer los derechos ARCO de acceso, rectificación, cancelación y oposición y conocer la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, del representante conforme a lo dispuesto en el art. 5 LOPD.

Junto a lo cual, abunda la sentencia del caso Bershka en el derecho del trabajador a ser informado, junto al procedimiento para llevarlo a cabo. Con lo que se plantean una serie de incertidumbres tales, como si se tiene que dar por enterado un trabajador de la existencia de un mecanismo de control por la evidencia de la existencia de unas cámaras; o bien si tiene derecho a conocer el trabajador la finalidad perseguida por la empresa con su instalación; o en su caso si la visibilidad y la utilización de un distintivo de aviso en una cámara de videovigilancia permitiría la utilización indiscriminada de sus imágenes. A

⁷¹⁰*Ibidem* (STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4). [consulta: mayo 2017]

resulta de todo lo cual, sorprende la conclusión a la que llega el TC, fundamentalmente a la vista de la solución dada por el TEDH en el caso López Ribalda.

De esta manera, valora suficientemente cumplido el TC el deber de información, con la previa colocación de un distintivo en lugar visible. Se trata de un argumento que en sentido contrario podría justificar que la falta de visibilidad del distintivo, avisando de la instalación del dispositivo de videovigilancia, determinase el incumplimiento del deber de información. Pero lo que aquí importa, en definitiva, es que la doctrina constitucional considera que, lo sustancial es determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral, o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato. Y ello porque solo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados.

Por último, advierte el Tribunal, que, en cualquier caso, la falta de consentimiento del afectado para el tratamiento de datos, o en su caso, el incumplimiento del deber de información no implica una vulneración automática del derecho fundamental a la protección de datos. Y ello porque para poderlo determinar, será necesario que el juzgador, cuando valore los elementos de juicio de un supuesto, aplique el principio de ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada. Con lo que la exigencia de ponderar la proporcionalidad de la medida viene a avalar la doctrina del carácter no absoluto o ilimitado del derecho a la protección de datos⁷¹¹, de la misma manera que, también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos.

6.4.1.2.3 La suficiencia del distintivo

⁷¹¹ Se remite el Tribunal a la STC 292/2000, (cit. supra, nota núm. 123, 176, 406, 701 y 706).en su fundamento jurídico 11, al señalar que, «el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución». Esta doctrina ha dado lugar a que la Agencia de Protección de datos regule a través de la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. (B.O.E. 296, de 12 de diciembre de 2016). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-21648> [consulta: 19 septiembre 2018]

Otro de los aspectos a tener en cuenta, según considera el TC, es el consentimiento del trabajador, el cual, tratándose de una relación laboral, el Tribunal presume otorgado con carácter general, al tratarse de datos necesarios para mantener y cumplir la relación laboral (incluidas las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, o el control de la relación laboral). Y es en este momento cuando el TC adopta una posición, que, a mi juicio, rompe el equilibrio entre los derechos en juego, a favor del interés empresarial. De forma que al considerar que la empresa ha cumplido con el deber de información previa, simplemente con la colocación de un distintivo informativo, estima que no es necesario especificar al trabajador la finalidad exacta del sistema de control por videovigilancia.

6.4.1.2.4 Juicio de idoneidad, necesidad y ponderación en el test de proporcionalidad.

Debe traerse aquí otro de los argumentos esgrimidos por el TC para justificar el giro en la doctrina constitucional. De esta manera, la Sentencia niega haberse producido vulneración del derecho a la intimidad de la trabajadora, al haber superado la medida (de instalar un sistema de videovigilancia) el juicio de proporcionalidad, dado que existían sospechas razonables de ciertas irregularidades. Además, destaca que la grabación de imágenes no se llevó a cabo de forma intensiva, sino que se limitó a la zona de caja.

Con lo cual, para la Sala, una vez contextualizada la medida restrictiva de un derecho fundamental, resulta suficiente verificar si se supera o no el juicio de proporcionalidad, constatando si es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, se considera necesaria la medida, y no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito, con igual eficacia (juicio de necesidad); y si supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Con lo cual poder valorar si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto⁷¹².

De forma que, aplicando la doctrina al caso Bershka, concluye la Sala, que se trata de una medida justificada, al existir “razonables sospechas” sobre que alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaba apropiando de dinero. Además, valora la medida de “idónea” para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si algunos de los trabajadores cometían, efectivamente, las irregularidades sospechadas y en tal caso

⁷¹² Se remite el TC, en relación con estos requisitos, a la doctrina constitucional ya comentada en las sentencias SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8.

adoptar las medidas disciplinarias correspondientes). Deduciendo, por último, la necesidad de la medida (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades), al tratarse de una medida equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja). Siendo estos argumentos los que sirven de base al Tribunal para descartar que se haya lesionado el derecho a la intimidad personal de la trabajadora consagrado en el art. 18.1 CE, por lo que falla desestimando el recurso de amparo.

La sentencia cuenta con dos votos particulares, que merecen también ser comentados, como evidencia de la polarización de las interpretaciones sobre los límites del uso de las tecnologías en el trabajo. Al mismo tiempo, se considera precisa su referencia, por tratarse de un criterio compartido que, a mi juicio, no solo, es más ajustado a derecho, que el fallo acordado por el sentir mayoritario de la Sala del TC, sino que además responde de manera más adecuada a las demandas del modelo de economía digital, que se aborda en este trabajo de tesis doctoral.

6.4.1.2.5 El Voto particular de VALDÉS DAL-RÉ: Crítica al drástico giro de la doctrina constitucional

Centrándonos en el Voto particular de VALDÉS DAL-RÉ⁷¹³, se califica a la decisión mayoritaria de la Sala de *“drástico giro de la doctrina constitucional”*, al separarse de la jurisprudencia consolidada sobre la protección de datos en los supuestos de videovigilancia laboral⁷¹⁴. Su argumentario reúne las discrepancias en dos grandes bloques de argumentos. De los cuales se constata su opinión contraria a la de la posición mayoritaria sobre la interpretación de los derechos fundamentales y concretamente, respecto del art. 18.4 CE. Disintiendo, además, no solo en el método de enjuiciamiento que utiliza la Sala, sino también en el canon de constitucionalidad que esta aplica.

Desde un punto de vista formal, la crítica de VALDÉS DAL-RÉ refleja su amargo sentimiento por la indiferencia mostrada ante la tesis defendida por quienes discrepan. Hasta el punto de que afirma haberse adoptado el acuerdo *“sin hacer esfuerzo alguno por abrir un diálogo en divergencia, ofreciendo al menos explicaciones, aun cuando fueran*

⁷¹³ Ya adelantábamos en la introducción, compartir el punto de vista de VALDÉS DAL-RÉ, en su crítica a la jurisprudencia constitucional por su falta de adaptación "a la evolución de la realidad laboral" por el uso de las tecnologías, concretamente en referencia al esquirolaje tecnológico en el voto particular de la STC 17/2017. Al voto particular se adhiere ASUA BATARRITA. (cit. supra, nota núm. 87)

⁷¹⁴ Se refiere al criterio del TC, asentado, por un lado, en la resolución de los recursos de inconstitucionalidad contra la LOPD, resueltos en la sentencia comentada STC 292/2000, (cit. supra, nota núm. 123, 176, 406, 701, 706 y 711), y expresamente en la STC 29/2013 del Caso de la Universidad de Sevilla.

de manera sumaria pero fundada”, ... en relación con la identidad, no tanto de las circunstancias fácticas, como de los derechos controvertidos en una y otra resolución. Y unido a ello, los motivos de tan relevante alteración. Por otra parte, critica el magistrado que el proceso de cambio doctrinal se haya llevado a cabo *“sin aportar la obligada argumentación jurídico-constitucional sobre las razones que conducen a abandonar una jurisprudencia cuyo objetivo, primero y esencial, fue el fijar los límites del contenido esencial del derecho fundamental que el art. 18.4 CE confiere a los trabajadores”*. Adviértase de la relevante advertencia contenida en el voto particular, que califica el cambio de criterio como un *“drástico giro en la doctrina establecida por este Tribunal”* sin la obligada motivación.

Adicionalmente a la crítica formal, VALDÉS refiere, especialmente, su discrepancia con la argumentación de fondo. Y ello porque a su juicio, la doctrina defendida por el TC en la STC 39/2016 supone un claro retroceso en la senda de protección de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, llegando a afirmar que *“revela una orientación que tiende a vaciar de contenido sustantivo un modelo constitucional de relaciones laborales acorde con el Estado social y democrático de Derecho”*. Una conclusión que se comparte por la autora de esta tesis doctoral.

6.4.1.2.5.1 El rechazo al juicio de ponderación entre derechos constitucionales

Conviene reparar al respecto en la dura crítica con la que el voto particular califica el nuevo criterio mayoritario de la Sala, por su interés doctrinal. Se refiere en concreto a la atribución de la capacidad de limitar los derechos fundamentales al poder de dirección empresarial del art. 20.3 ET, en conexión con el art 33 y 38 CE, como una interpretación contraria a la *“inteligencia constitucional de las relaciones laborales”*, constitutiva de una verdadera involución de la doctrina constitucional.

Sirva como muestra la rotunda afirmación con la que lo sintetiza: *“A mi juicio, ni el art. 20.3 LET es un parámetro de constitucionalidad que limite los derechos fundamentales en el seno de la organización empresarial, siendo exclusivamente, y no es poco, una regla jurídica rectora de la relación contractual; ni los poderes o facultades empresariales son, sin excepción y de manera universal, expresiones directas e indefectibles de los arts. 33 y 38 CE, que quepa confrontar de manera mecánica y sin mayor fundamentación, con los derechos fundamentales de los trabajadores; ni, en fin, las facultades del empresario y, menos aún si se ejercen de modo irregular o desviado,... pueden restringir aquellos derechos en el ámbito de las organizaciones productivas, incluidos, claro está, los formulados en el art. 18 CE”. ...” Al contrario, los poderes y facultades del empleador quedan delimitados por el contenido esencial de los derechos fundamentales de los*

trabajadores, resultando obligado tener presente que dichos derechos delimitan la regularidad del ejercicio de tales poderes y facultades. Unos y otros solo pueden ejercitarse en términos acordes con el ámbito en el que la plenitud del contenido esencial de aquellos derechos (art. 53.1 CE) quede garantizada”.

Con lo cual, tal y como se recoge en el voto particular, la sentencia revela una desviación del juicio de constitucionalidad al priorizar y dar dimensión constitucional al poder de dirección empresarial, no como una facultad legal que debe respetar los derechos fundamentales, sino como ejercicio de una potestad que opera con carácter excluyente cuando se refiere a una relación laboral, diluyendo el contenido esencial del derecho fundamental del art. 53.1 CE.

Motivos por los cuales, con esta interpretación, que contradice la jurisprudencia constitucional anterior, dejan de garantizarse *“de manera real y efectiva el ejercicio por los trabajadores de los derechos fundamentales vinculados a su personalidad, a su condición de personas”*, los cuales pasarían a *“ser minados o atenuados por el simple hecho de celebrar ese negocio jurídico en que consiste el contrato de trabajo e integrarse, a resultas de ello, en una organización de mercado”*.

Finalmente el voto particular reitera el argumento que forma parte de las grandes afirmaciones históricas del TC, incluida en el FJ 2 de la STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2, recordando el duro argumento que recogía entonces el criterio de la Sala: *“ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional 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 (art. 1.1)”*⁷¹⁵.

6.4.1.2.5.2 La censura de la utilización de juicios de ponderación y proporcionalidad tras el ejercicio antijurídico de los poderes empresariales.

⁷¹⁵ Al respecto, MOLINA NAVARRETE, C., “El «trabajador transparente», entre metáfora y realidad, y el «efecto útil» de los derechos de la personalidad en la empresa del siglo XXI”, RTSS, CEF, Núm. 419, 2018, Pág. 115 y ss.

El voto particular también cuestiona que se resulte obligado ponderar la concurrencia de los derechos en conflicto en todo caso, tanto si se trata del ejercicio regular de las facultades reconocidas en el art. 20.3 ET al empresario, como en los supuestos de ejercicio abusivo o ilegal del poder empresarial (como muestra, incumplir el deber legal de informar a los trabajadores ex art. 5 de la LOPD). En este sentido, en favor de este concreto argumento del voto particular, debe advertirse que el deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos consagrado en el art. 18.4 CE. Constituyendo el incumplimiento de tal deber de informar una vulneración de un derecho fundamental, además de una trasgresión del principio de buena fe contractual, al que el empresario también se encuentra obligado.

6.4.1.2.5.3 El valor jurídico del distintivo anunciador de la vigilancia

El tercer argumento reflejado contra la nueva doctrina mayoritaria, sentada por la Sala del TC, se basa en su oposición a considerar bastante el mero hecho de que se inserte el distintivo oportuno y se hayan cumplimentado los correspondientes anexos. Lo que lleva a la afirmación de que ya no es preciso especificar “la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control”, pues lo único trascendente es determinar si “el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para una finalidad ajena” (FJ 4). De esta manera, como bien se argumenta por el Magistrado discrepante, mediante tal afirmación queda obviado el derecho a conocer el uso y destino de los datos. Con lo cual, la recta aplicación de un derecho fundamental no es compatible con deducir de la habilitación legal para el tratamiento de datos de los trabajadores, una justificación tan amplia, como para justificar la omisión del derecho a la información, en el ámbito de las relaciones laborales. Asimismo, como recuerda el magistrado discrepante, el fundamento de la habilitación legal para tratar datos de los trabajadores, tampoco puede justificar la utilización de “sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia”.

6.4.1.2.5.4 La discrepancia con el juicio de proporcionalidad

Finalmente, el voto particular aflora lo que parece ser la intención última de la empresa, que presumiblemente va dirigida, no tanto conseguir que cesen las irregularidades en la caja, sino a fabricar una prueba contundente para realizar un despido disciplinario, y que este sea avalado posteriormente por los tribunales.

En este sentido, se cuestiona la aplicación del juicio de proporcionalidad que ampara la mayoría de la Sala. En primer lugar, porque al triple juicio (idoneidad, necesidad y

equilibrio) se antepone un el juicio previo de la justificación. Con lo que se genera una inmediata confusión sobre el único canon que la propia resolución maneja. Y en segundo lugar, porque el juicio de necesidad muestra la incoherencia del pronunciamiento, ya que acredita que ni la medida utilizaba resulta ser la menos invasiva de las posibles (pues era menos agresiva para los derechos fundamentales (art. 18 CE), e igualmente eficaz para controlar la actividad laboral, que la grabación se hubiera llevado a cabo con información del fin laboral al que se procuraba. Lo que a la postre evidencia que su verdadero fin no consiste realmente el asegurar el cumplimiento de la actividad laboral, sino, por expresarlo en sus propias palabras, obtener “prueba de las irregularidades” (FJ 5, in fine).

6.4.1.2.6 Se suman las discrepancias: La versión de XIOL RÍOS

A mayor abundamiento, XIOL RÍOS también formaliza su particular Voto compartiendo, en esencia, todo lo recogido en el Voto de VALDÉS DAL-RÉ. Además, aporta otras razones adicionales, a través de las que se ratifica en la argumentación justificadora de su separación del sentir mayoritario expresado en la sentencia. Destacando entre los motivos de oposición al criterio mayoritario, la valoración sobre “la suficiencia del cumplimiento del deber de información”. Sobre lo que ofrece hasta seis argumentos contra la suficiencia de un simple anuncio hecho al público, sobre la existencia de cámaras de seguridad en el establecimiento.

- a) Coincide en destacar que esta interpretación contraviene la doctrina de la jurisprudencia constitucional reflejada en la STC 29/2013, de 11 de febrero, (caso Universidad de Sevilla), con lo que *“el deber de información vinculado a la instalación de cámaras de vigilancia en el establecimiento laboral debe ir acompañada de información a los trabajadores sobre la finalidad de control de la actividad laboral.”*
- b) Adicionalmente, valora que los precedentes citados como concluyentes (especialmente la STC 292/2000, de 30 noviembre) no son, desde el punto de vista del magistrado discrepante, suficientes *“para justificar la postura de la Sentencia, pues se refieren a supuestos de hallazgo casual por las videocámaras instaladas legalmente por razones de seguridad”*. A diferencia de ello, en el caso resuelto por la Sala (Caso Bershka), la cámara se dirige específicamente *“a posiciones que ocupan los trabajadores para investigar determinados hechos”*. Con lo cual, como ya se ha comentado, parece ir destinada a fabricar una prueba ajustada al objetivo perseguido.

- c) En tercer lugar, alude a la obsolescencia de aquellos precedentes del TC. Destacándose, en este sentido, que cuentan con una antigüedad mayor de 15 años, lo que, a su juicio, los convierte en inservibles, dada la “evolución notable en el ámbito del derecho a la protección de datos”. Recordando, por otra parte, en este sentido, el papel de las sentencias del TEDH que se han dictado en el interregno.
- d) En cuarto lugar, insiste en la insuficiencia manifiesta de la información dirigida al público, como medio de cumplimiento del requisito de información exigido en el art. 5 de la LOPD.
- e) Unido a lo cual destaca que, con independencia del método de ponderación que se utilice, la omisión de información a los trabajadores, sobre la existencia de cámaras específicamente orientadas a sus puestos de trabajo, supone una lesión del derecho fundamental, al afectar al contenido esencial del derecho fundamental.
- f) Concluyendo finalmente, que la opinión mayoritaria *“dinamita el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos (pues lo hace ineficaz, carente de todo sentido práctico e irreconocible)”*. Dado que admite que el empresario, ante cualquier sospecha que pueda abrigar, queda autorizado por la CE a *“instalar libremente (siempre que en el entorno haya un aviso al público sobre la existencia de cámaras de seguridad) cámaras para el control del trabajo orientadas a seleccionar en primer plano determinadas posiciones ocupadas por los trabajadores”*. Con lo cual, equipara las cámaras instaladas para una concreta vigilancia de determinado trabajador ante la sospecha de actos ilícitos, al del *“hallazgo casual”* detectado por las cámaras de vigilancia al público.

6.4.2 El tratamiento de la Jurisprudencia constitucional del secreto de las comunicaciones

El recorrido de la interpretación del TC del derecho al secreto de las comunicaciones sigue un camino paralelo al que se acaba de detallar sobre el derecho a la protección de datos. Igualmente, de forma indisoluble al reconocimiento del derecho a la libertad informática, se encuentra también regulado, en los apartados primero y tercero del art. 18 de la CE, otros derechos fundamentales que pueden verse implicados por el uso de las tecnologías. De tal manera, *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*, junto al derecho al secreto de las comunicaciones, *“Se garantiza el secreto de las comunicaciones, en especial, de las postales, telegráficas y*

telefónicas, salvo resolución judicial". Añadiéndose en este caso a la limitación de estos derechos el componente tecnológico, que también ha sido objeto de debate ante la jurisdicción ordinaria y constitucional por distintos supuestos de injerencias externas.

A grandes rasgos, debe recordarse que intimidad, libertad y dignidad integran el núcleo central de la personalidad del trabajador, en una sociedad cada vez más controlada por la digitalización del sistema productivo, y no carente de riesgos de uso abusivo de sistemas de control o incluso de interceptación de llamadas y comunicaciones. Es decir, cualquier trabajador tiene derecho a conocer los límites temporales y objetivos de una medida de control, para que quede garantizada la inviolabilidad de sus derechos fundamentales, y especialmente el derecho a la confidencialidad.

Adviértase en este sentido, la reflexión realizada, ya en el año 1982, por JEAN RIVERO, quien afirmaba que *"En virtud del contrato, el empleado pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo, pero no su persona. Las limitaciones a las libertades requeridas por el ejercicio organizado del trabajo y la seguridad de los trabajadores pueden variar, de acuerdo con la actividad de la empresa, su tamaño, la tarea particular asignada a cada uno. Más allá de eso, perderían todo fundamento y se convertirían en pura arbitrariedad"*⁷¹⁶.

Atendiendo a las distintas reflexiones realizadas hasta ahora, parece innegable que el actual marco normativo resulta claramente insuficiente. Los derechos vinculados a las tecnologías y a internet precisan de una regulación que se adapte al fenómeno que de la economía digital. Y, por otra parte, siendo internet un fenómeno global, es evidente la necesidad de disponer también de marcos normativos internacionales que coordinen el reconocimiento constitucional y las legislaciones internas. Porque, porco eficaz sería una norma de aplicación territorial limitada, cuando internet es un fenómeno global. Unido al hecho de que todos los trabajadores tienen reconocidos las mismas garantías y derechos fundamentales. Lo que permitiría que teletrabajadores de distintos países, que presten servicios para la misma empresa, sean objeto de algún tipo de discriminación. Con lo cual sería deseable un tratamiento homogéneo de los límites al ejercicio del poder de dirección del empresario, con independencia del lugar físico del país desde el que presten sus servicios.

⁷¹⁶ La cita corresponde al artículo del Profesor emérito de la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París, RIVERO, J., "Les libertés publiques dans l'entreprise", *Droit Social*, Núm. 5, 1982, Pág. 423. (Cit. supra, nota núm. 114).

Adviértase al lector, que existen antecedentes como el Convenio sobre trabajo marítimo que puede constituir un extraordinario antecedente en el seno de la OIT⁷¹⁷. Ya que se trata de una norma aplicable a “toda la gente de mar” (art. 1.2 J), que establece los requisitos mínimos para trabajar a bordo de buques.

6.4.2.1 *La remisión constitucional a las fuentes internacionales*

La dignidad de la persona, reconocida en el art. 10 de la Constitución, así como los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, o el respeto a la ley, se clasifica como fundamento del orden político y de la paz social. Por ello, resultan de obligada remisión los tratados internacionales, tales como el CEDH o CDFUE, así como a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, ante cualquier interpretación que se haga de estos derechos.

El tratamiento de los derechos humanos, como rama del derecho internacional obliga a las sociedades democráticas a respaldar la protección su contenido. A tal efecto, se incluye no solo el derecho al respeto de la vida privada y familiar, sino que se extiende a otros derechos humanos. De manera que este abanico de tratados y acuerdos prohíbe cualquier injerencia arbitraria o ilegal en la vida privada, en la familia, en el domicilio o en las comunicaciones de cualquier ciudadano, así como los ataques ilegales a su honra y reputación. Quedando obligadas a respetarlos tanto autoridades estatales, como personas físicas o jurídicas.

Con lo cual, los Estados democráticos quedan obligados a adoptar medidas precisas, ya sean legislativas o de otro orden, para hacer efectiva tal prohibición de injerencias y ataques. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el ritmo de desarrollo que imprimen las TIC dejará en una posición relegada a cualquier regulación nacional o internacional. Por lo cual resulta imprescindible contar cuanto antes con un elenco de principios generales internacionales dirigidos a la protección de derechos fundamentales, a la vista de la velocidad de los avances tecnológicos. Y de forma coordinada con ello, resulta preciso, adicionalmente, un importante esfuerzo de los Estados por garantizar en el marco interno los derechos de sus ciudadanos. Con lo cual, centrados en España, como miembro de la UE, conviene agilizar tales disposiciones en el seno de la Unión, a la par que organismos internacionales como la OIT deberían impulsar el trabajo en su ámbito. Mientras tanto, en nuestro país, a falta de un marco jurídico adecuado, seguirán siendo

⁷¹⁷ El Convenio sobre Comercio Marítimo (MLC) ha sido ratificado por España y se encuentra publicado en el BOE núm. 19 de 22 de enero de 2013. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--normes/documents/normativeinstrument/wcms_559728.pdf [consulta: 27 marzo 2017]

los Tribunales, tanto de la jurisdicción ordinaria como la constitucional, los que, a través de sus resoluciones, den respuesta en caso de conflicto, a las dudas de legalidad que se susciten con motivo de la implementación de los progresos tecnológicos en el marco de las relaciones laborales.

Conviene reparar que forma parte del acervo jurisprudencial del Tribunal Constitucional la definición de intimidad como un concepto material, que comprende un ámbito de protección reservado de la vida de las personas, excluido del conocimiento de terceros.

De tal manera que, a diferencia de la intimidad, el secreto de las comunicaciones, (constitucionalmente garantizado con *eficacia erga omnes*), es un concepto formal⁷¹⁸ predicado de lo comunicado, con independencia de su contenido. Produciéndose de esta manera su garantía, no porque su contenido sea íntimo, reservado o personal⁷¹⁹. Con lo cual, la doctrina constitucional no hace distinciones según su contenido, considerándose indiferente que el contenido sea banal o de notorio interés público. Motivo por el que la garantía se basa en la vulnerabilidad de las comunicaciones realizadas en canal cerrado, frente a la intervención manual o técnica de un tercero. Y junto a ello, el objetivo general es que se preserve la regla del secreto de todas las comunicaciones, con independencia de ser electrónicas o por cualquier otro medio.

En esta línea argumental, se adentra el TC mediante la Sentencia 142/2012, de 2 de julio,⁷²⁰ en el terreno del derecho al secreto de las comunicaciones en vía penal, consagrando la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, al amparo de lo previsto en el art. 18.3 CE. De esta manera,

⁷¹⁸ La STC 56/2003, alude a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que "reconoce expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado *comptage*, permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma". Destaca la presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, como indispensable para configurar el ilícito constitucional. La protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, y una vez finalizado "la protección constitucional de lo recibido se realiza, en su caso, a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos", de modo que la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación. Disponible en:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/cs-CZ/Resolucion/Show/4831> [consulta: 3 mayo 2017]

⁷¹⁹ La STC 114/1984 considera que no se ha contravenido el secreto de las comunicaciones, en un supuesto de una grabación fonográfica de una conversación telefónica, en la que el interlocutor graba al trabajador admitiendo las faltas laborales cometidas, que dan lugar al despido. Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/367#complete_resolucion [consulta: 5 mayo 2017]

⁷²⁰ Vid STC SENTENCIA 142/2012, de 2 de julio, ECLI:ES:TC:2012:142. Disponible en:

<https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/22997> [consulta: 24 mayo 2017]

considera que se produce vulneración del derecho, tanto en los supuestos de interceptación, *stricto sensu*, por aprehensión física del soporte del mensaje, como en los supuestos de captación del proceso de comunicación, mediante la apertura de correos electrónicos o mensajes enviados y recibidos a través de telefonía móvil. Además, destaca que el concepto de secreto de la comunicación incluye no solo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores. Motivo por el cual queda afectado por este derecho como ha recordado el Tribunal, tanto la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas, como el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil.

6.4.2.2 *El debate sobre el contenido de las comunicaciones: STC 241/2012 (Caso Trillian)*

Por lo que respecta al control de las comunicaciones electrónicas en el ámbito de las relaciones laborales, la jurisprudencia constitucional apoya esta modalidad de fiscalización en las facultades de autoorganización, dirección y control del empresario, entre las que se encuentra la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial, como un instrumento más de control que forma parte de la facultad de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones del trabajador, sin perjuicio del obligado respeto a sus derechos fundamentales⁷²¹. Lo que a todas luces podría constituir una violación de derechos fundamentales, si no existe información previa al trabajador sobre la posibilidad de control empresarial⁷²².

⁷²¹ La STC 241/2012, de 17 de diciembre, ECLI:ES:TC:2012:241, en la que se deniega el amparo solicitado, aborda los supuestos en los que el trabajador cuenta con una expectativa fundada y razonable de confidencialidad y distingue entre los canales abiertos y cerrados. Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/23200#complete_resolucion&completa [24 mayo 2017]

⁷²² Al respecto, MARÍN ALONSO, I., “La mensajería electrónica en la empresa: un paso atrás en la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones (A propósito de la STC 241/2012, de 17 de diciembre), Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, Núm. 3, 2013, págs. 89 y ss. Igualmente, PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F. y GARCÍA RUBIO, M.A., “El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Nueva revista española de Derecho del Trabajo, Núm. 196, 2017, pág. 41 y ss.

6.4.2.2.1 El límite de la investigación de las comunicaciones en los archivos informáticos

El supuesto analizado en la STC 241/2012, de 17 de diciembre, parte de la intervención empresarial de las comunicaciones informáticas, a consecuencia de un “hallazgo casual”. Con lo que se analiza la licitud de la instalación de un programa en el equipo informático para inspeccionar unos ordenadores, tratándose de un equipo de uso compartido. Lo que plantea si debe darse una diferente respuesta para el caso de un ordenador de uso exclusivo a otro de uso compartido, así como si se debe hacer un tratamiento diferente en los supuestos de comunicaciones en canales abiertos frente a los canales cerrados.

Por otro lado, se cuestiona el nivel de profundización en la investigación, cuando un trabajador ha vulnerado la prohibición expresa de instalar programas en el ordenador. Con lo que se plantea si la facultad de control debe centrarse en la verificación de la existencia o no de un incumplimiento, o bien, esta facultad le legitima alcanzaría a analizar el contenido de las comunicaciones. Resultando de esta última interpretación que se produciría una vulneración de derechos fundamentales. Téngase en cuenta también que el caso analizado por el TC se encuentra dentro de los supuestos denominados “fortuitos”, ya que la empresa llega a tener conocimiento de la existencia del programa instalado y de sus ficheros, a través de la denuncia de otro trabajador, que lo descubre, al hacer uso del ordenador de uso compartido⁷²³.

Junto a lo cual, surge el debate de si los ficheros con las conversaciones, que crea de forma automática el programa, deben estar protegidos o no, por el mandato constitucional del secreto de las comunicaciones. Y junto a ello, si pueden ser fiscalizados por el empresario o por terceros.

Por último, hay que recordar que, pese a que la sanción de la empresa fue una simple amonestación, se interpuso demanda contra la sanción ante el Juzgado de lo Social de Sevilla, que fue desestimada, mediante Sentencia de 13 de junio de 2005⁷²⁴, cuyo fallo

⁷²³ El programa, denominado “Trillian”, consiste en una aplicación de funcionamiento similar a la telefonía, que permite la comunicación entre dos o más ordenadores, con la singularidad de la huella que deja, ya que quedan archivados en una carpeta del ordenador los textos transmitidos, el nombre, así como, la dirección de correo electrónico de las personas que mantienen la comunicación.

⁷²⁴ La Sentencia del Juzgado de lo Social confirma la sanción de amonestación verbal a las trabajadoras, al considerar que hay un “uso indebido y prohibido de los medios de la empresa, para su desahogo personal, durante la jornada de trabajo, con un lenguaje soez y grosero, que vejaba e insultaba a compañeros y superiores, con conductas que serían causa de despido procedente”, sin que la empresa haya realizado publicidad del contenido de las conversaciones, más allá de la reunión mantenida con las trabajadoras para analizar los hechos. Adicionalmente, también considera el Juzgado de lo Social que la medida de control cumple con los cánones de proporcionalidad, al considerarla, en primer lugar, una **medida idónea**, por ser la investigación de los archivos informáticos el medio necesario para comprobar la conducta imputada,

fue confirmado por la Sala de lo social del TSJ de Andalucía (Sevilla) a través de la Sentencia de fecha 10 de febrero de 2006⁷²⁵. No obstante, la sentencia cuenta con el Voto particular discrepante de cuatro Magistrados, que entendieron que sí se había vulnerado tanto el derecho a la intimidad, como al secreto de las comunicaciones de las demandantes. Finalmente, tras inadmitir el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina, mediante Auto de la Sala de lo social de 31 de mayo de 2007, por falta de contradicción, se interpone recurso de amparo ante el TC, cuyos argumentos y voto particular que se pasa a analizar.

6.4.2.2.2 Límites de control en la mensajería instantánea

Como veremos, en el caso de la instalación del programa “Trillian”, de mensajería instantánea, en la STC 241/2012, de 17 de diciembre, sin autorización ni conocimiento de la empresa, (a pesar de tenerlo expresamente prohibido), y realizar conversaciones (con comentarios críticos, despectivos o insultantes hacia compañeros de trabajo, superiores y clientes) que fueron descubiertas, por casualidad, la Sala reitera en su argumentación los mismos criterios generales ya fijados para resolver el caso Ensidesa. Por lo que desestima el recurso de amparo de la trabajadora, al entender que no existe vulneración de derechos fundamentales.

El primer fundamento jurídico utilizado por el TC sobre la delimitación del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, se centra en consagrar la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. Dado que dicho derecho puede resultar vulnerado en caso de interceptación, en sentido estricto, consistente en la aprehensión física del soporte del mensaje, (con conocimiento o no del

(extremo que no podemos compartir, ya que la aparición del programa y la existencia de ficheros, son suficientes indicios para comprobar el incumplimiento). En segundo lugar, que la medida es **necesaria**, “no alegándose ni reparándose en qué otra medida moderada podría haberse adoptado para constatar lo que se hacía por esos medios informáticos”. Y, por último, el juzgado de instancia valora la medida como **ponderada o equilibrada** “por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, al no afectar lo investigado a datos íntimos de las trabajadoras, sino solamente a los propios de su actividad laboral, ante fundadas sospechas de concurrencia desleal y de ofensas a compañeros”.

⁷²⁵ La STSJ de Andalucía (Sevilla) 12334/2006, de 10 de febrero de 2006, ECLI: ES:TSJAND:2006:12334, considera proporcionada la medida de control, ya que el ordenador utilizado era de uso común, para el que no existía clave de acceso; la empresa las tenía expresamente prohibida la instalación de otros programas informáticos distintos de los integrados en el sistema; así como que las conversaciones fueron descubiertas por casualidad. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&referenc e=6619400&links=&optimize=20130204&publicinterface=true> [consulta 27 junio 2017]

mismo), la captación del proceso de comunicación, o el simple conocimiento, antijurídico, de lo comunicado, a través de la apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil.⁷²⁶

Frente a lo cual, el TC extiende el ámbito de protección del secreto de la comunicación, que “*cubre no solo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de esta, como la identidad subjetiva de los interlocutores*”. Con lo cual, se desprende que queda afectado el derecho, tanto por la entrega de los listados de llamadas telefónicas, como por la grabación y acceso al registro de llamadas entrantes y salientes⁷²⁷.

6.4.2.2.1 El interés empresarial como límite de los derechos fundamentales

También reproduce el tribunal el criterio anteriormente fijado en la STC del caso Ensidesa, resuelto en la STC 186/2000. En este escenario, la Sala justifica la legalidad del control de los datos que se contienen en ordenadores u otros soportes informáticos, conforme a la doctrina del *interés empresarial*⁷²⁸. Según la cual, sin perjuicio del reconocimiento de la utilidad del ordenador para emitir o recibir correos electrónicos, “*el poder de dirección del empresario, es imprescindible para la buena marcha de la organización productiva*”. En este sentido, la Sala basa el fundamento jurídico de la organización, en los arts. 33 y 38 CE. Desprendiéndose a la vista de lo dispuesto en el art. 20 ET, la facultad del empresario para adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Todo ello, sin perjuicio de tal facultad se lleve a cabo “dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador” ex arts. 4.2 c) y 20.3 ET.

A este respecto, el TC reconoce, en primer lugar, una realidad incuestionable, como es la extensión generalizada de la utilización de estas herramientas en el mundo laboral. Con lo cual, determina que corresponde a cada empresario, dentro de sus facultades de autoorganización, dirección y control, fijar las condiciones de uso de los medios informáticos asignados a cada trabajador. Lo cual da cabida tanto a la ordenación y

⁷²⁶ Al respecto, FJ4 de la SENTENCIA 241/2012, de 17 de diciembre. (cit. supra, nota núm. 721).

⁷²⁷ La STC 241/2012, de 17 de diciembre, en su FJ 5 alude, más allá de la doctrina constitucional, a la jurisprudencia del TEDH, entre la que menciona el Caso Copland contra el Reino Unido. (Vid supra, nota núm. 721 y 726)

⁷²⁸ Vid también el FJ 3 de la STC 173/2011, de 7 de noviembre, ECLI:ES:TC:2011:173, en un caso de inspección de archivos en un proceso penal por delito de corrupción de menores. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/22621>

regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial, a través de “órdenes, instrucciones, protocolos o códigos de buenas prácticas”, como a la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a las condiciones de utilización de las herramientas tecnológicas, que no tiene un carácter absoluto, sino que deberá llevarse a cabo “con pleno respeto a los derechos fundamentales”, lo que en ningún caso puede equipararse a “un acceso directo o cualquier otra intromisión del empresario o sus mandos en la empresa, en la mensajería o en los datos personales de los trabajadores, si este uso particular ha sido permitido”.⁷²⁹

6.4.2.2.2 Comunicación abierta y expectativa de confidencialidad

La "expectativa razonable de privacidad", como elemento determinante en la gradación del alcance de protección constitucional contra intromisiones a la privacidad, no es un argumento original del TC español, sino que encuentra su origen en Estados Unidos⁷³⁰. Sin embargo, el TC ha hecho suya la figura. De tal manera, en la STC 241/2012, de 17 de diciembre, se analiza si la fiscalización de un aparato, de titularidad empresarial, que ha sido puesto a disposición de los trabajadores para que cualquiera de las personas vinculadas a la empresa pueda acceder al mismo, puede constituir una vulneración del art. 18.3 CE. Advirtiendo la Sala sobre la necesidad de valorar en cada caso “las condiciones de puesta a disposición”. Con lo cual, debe distinguirse entre los espacios compartidos y la “atribución de espacios individualizados o exclusivos” (cuentas personales de correo electrónico o cuentas a la representación de los trabajadores). Diferencias que puede ser relevantes desde el punto de vista de la actuación empresarial de control”.⁷³¹ (FJ 5)

Adicionalmente a lo anterior, para la resolución del recurso, la Sala atiende a otros dos hechos concretos que resultan determinantes. Por un lado, que el ordenador es de uso común para todos los trabajadores de la empresa, y por tanto existe una

⁷²⁹ Vid FJ 5 de la STC 241/2012, de 17 de diciembre, (cit. supra, nota núm. 721, 726 y 727).

⁷³⁰ Al respect, PENNEY, S., Reasonable expectations of privacy and novel search technologies: An economic approach, The journal of criminal law and criminology, (Ejemplar dedicado al symposium: Technological Change and the Evolution of Criminal Law), Vol. 97, Núm. 2, 2007, pág. 477 y ss.

Sobre el paradigma estadounidense y la interpretación a la Cuarta Enmienda, CUADROS GARRIDO, M.E., Trabajadores tecnológicos y empresas digitales, Pamplona, Aranzadi, 2018, Pág. 94 (cit. supra nota núm. 585).

Así lo expone también, TALENS VISCONTI, E.E., “La expectativa razonable de confidencialidad como presupuesto de vulneración de derechos fundamentales en la fiscalización informática llevada a cabo por el empresario, Aranzadi Social”, Vol. 6, Núm. 8, 2013, págs. 271 y ss.

⁷³¹ Vid FJ5 de la SENTENCIA 241/2012, de 17 de diciembre. (cit. supra, nota núm. 721, 726, 727 y 729).

“incompatibilidad con los usos personales”, con lo que, según la Sala “la pretensión de secreto carece de cobertura constitucional”. Y, por otro lado, que, en coherencia con el ejercicio del poder de dirección, también deberá tenerse en cuenta, que la empresa ha manifestado previamente una legítima prohibición expresa de instalar programas en el ordenador⁷³². Con lo que esta prohibición, implica la no tolerancia de la instalación de programas, y a consecuencia de ello, “no puede existir una expectativa razonable de confidencialidad del trabajador, derivada de la utilización del programa instalado”. Quedando, como señala la Sala, en este caso “fuera de la protección constitucional por tratarse de formas de envío que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta”.

6.4.2.2.3 El hallazgo casual *versus* sistemas invasivos de control

Lo cierto es que en la citada sentencia 241/2012, de 17 de diciembre, la doctrina mayoritaria considera que no se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones, al haberse conocido por la empresa el incumplimiento de las trabajadoras, a raíz del hallazgo casual de uno de los usuarios el equipo. Es este trabajador quien transmite su contenido a la dirección. Un hecho, que permite a la Sala, justificar la intervención empresarial, ya que entra dentro del “canon de razonabilidad”, dado que se limita exclusivamente a comprobar la instalación, dentro de un plazo razonable (dos meses desde que se conoció la existencia del programa de mensajería).

6.4.2.2.3 El Voto particular de VALDES DAL-RE: Límites de los ciberderechos

También en esta Sentencia, Valdés Dal-Ré emite su Voto particular, al que se adhiere la ASUA BATARRITA, por entender, que el recurso de amparo debió haber sido estimado. Y lo hace porque determinados actos empresariales pueden lesionar el derecho al secreto de las comunicaciones. Motivo por el que reprocha que las sentencias impugnadas no hayan tutelado de forma adecuada el derecho.

De tal manera, el Voto se fundamenta en la oposición frente a “elementos que integran la *ratio decidendi* de la Sentencia”, así como contra la doctrina que sienta sobre el art. 18.3 CE, en el marco del modelo constitucional de relaciones laborales. Hasta el punto de

⁷³² Sobre la buena fe y el incumplimiento de las instrucciones de la empresa MONTOYA MELGAR, A., “Nuevas tecnologías y buena fe contractual (buenos y malos usos del ordenador en la empresa)”, Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, NÚM. 1, 2009, pág. 185 y ss.

que la califica como *“un paso atrás en la muy acreditada jurisprudencia constitucional dictada en tres décadas”* en el ámbito laboral. El magistrado desmonta la argumentación de la Sala del TC con su versión de los hechos, que a su juicio debieron declararse probados. Critica el relato de hechos probados de las sentencias de la jurisdicción ordinaria, que a su juicio responden más a un *“juicio de intenciones”*.

De tal manera, centra su voto en que no se declara probado en el acto de juicio, ni que el trabajador que descubrió las conversaciones accediera al contenido de los mensajes (FJ 3). Ni tampoco que éste transmitiera a la empresa dicho contenido (FJ 7). Unido a que tampoco consta que la intervención de la empresa se haya limitado a comprobar la instalación realizada en el soporte informático de uso común. Es más, considera VALDÉS DAL-RÉ que lo que ha sucedido es todo lo contrario. Con lo que es la empresa la que ha accedido a todos los mensajes, así como, quien se ha encargado de resumir sus contenidos, sin facilitar información a las trabajadoras afectadas *“hasta dos meses después de haber tenido conocimiento de la existencia del programa de mensajería”* (FJ 7).

Unido a ello, se centra en las características técnicas del programa instalado. Concretamente sobre la dificultad técnica que entraña rescatar los mensajes del programa. Aseverando que tampoco ha quedado acreditado que el acceso a las carpetas fuera tan sencillo como parece presumirse del relato de la sentencia, como para permitir el acceso de cualquier trabajador. En este caso, siempre según el magistrado discrepante, el programa crea un fichero independiente por cada comunicación, que autoarchiva con el nombre que coincide con la dirección de correo electrónico de la persona que participa en la conversación, incluyendo el texto de las conversaciones. Con lo cual, según detalla de forma minuciosa VALDÉS DAL-RÉ, la obtención de las carpetas requiere la esforzada tarea que supone localizar y abrir *“hasta siete carpetas distintas para acceder a los ficheros de las grabaciones”*. Lo que precisa analizar cada fichero *“uno a uno para tener acceso al contenido concreto de los mensajes”*. En definitiva, como señala el Magistrado discrepante, resulta algo más parecido a un trabajo de artesanía, en el que exige paciencia y dedicación para conseguir el resultado final⁷³³.

⁷³³ Téngase en cuenta, como señala VALDÉS DAL-RÉ, que la *“descripción del programa no se contiene en el relato de hechos probados”*, advirtiendo se también en el apartado primero del voto particular de la STSJ de Andalucía, de 10 de febrero de 2006 "el programa archiva el texto de las conversaciones en ficheros independientes, cada uno con un nombre distinto, en C: \Archivos de programa\Trillian\users\default\logs\MSN\Query\", ya que el mismo es fundamental para la resolución del litigio, en el que se formula este voto particular, como se verá, dejando indicado que existía una prohibición de instalar cualquier tipo de programa y que era menester realizar varias operaciones, para acceder a su contenido, sin que por el mero hecho de descubrir su instalación, se pudiera conocer lo que el mismo

Del trasfondo del Voto particular se desprende la crítica, compartida por quien suscribe, hacia un reconocimiento genérico, y sin límites, de las facultades de dirección y control del empresario que responde a la técnica de un sofismo. En este sentido, es un hecho cierto que nuestro ordenamiento reconoce en el poder de organización y dirección empresarial la facultad de ordenar y regular el uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador. Una autoridad que lleva aparejada las funciones de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a su utilización. De manera que queda vinculado el uso de las herramientas tecnológicas a “las condiciones de puesta a disposición y uso”, así como de las instrucciones impartidas por el empresario. Lo que no resulta admisible en un Estado democrático es analizar de forma indiscriminada el contenido de las conversaciones hasta localizar la prueba necesaria para sancionar al trabajador.

De manera que, en esta línea argumental, ante la falta de una regulación legal, considera el magistrado discrepante, que tal reconocimiento ilimitado de las facultades de control y vigilancia, formuladas sin reserva, no se corresponden con el contenido esencial de los derechos fundamentales vinculados al desarrollo de las tecnologías⁷³⁴.

Además, también valora la libertad de las comunicaciones como el derecho reconocido al trabajador en la empresa “*como ciudadano portador de un patrimonio de derechos que no desaparecen con ocasión de la contratación laboral*”. Afirmando con ello que no es posible que el TC fije su doctrina “*sobre los márgenes del empresario en la puesta a disposición y uso de las herramientas informáticas*”, ya que la libertad de comunicaciones, así como su secreto se encuentran consagrados en el art. 18.3 CE.

Junto a lo cual, el Voto particular es rotundo al afirmar que el contrato de trabajo “*no incomunica al trabajador, instalándose, en la organización empresarial en la que presta servicios, en una situación de soledad hacia el exterior*”, ni la titularidad de los medios y herramientas encaja con “*restricciones caprichosas*”. Unido a lo cual, advierte que el concepto de “secreto” del art. 18.3 CE, “*tiene un carácter “formal”, en tanto que se predica de lo comunicado. Resultando intrascendente cual sea su contenido, así como si pertenece o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Con lo cual, “cualquier intervención empresarial debe producirse con las prevenciones y cánones de la autorización judicial que cita el art. 18.3 CE, en cuya*

albergaba”. Lo que en definitiva advierte sobre que el acceso a los ficheros no es precisamente automático. (vid supra nota 651).

⁷³⁴ El Voto particular se remite a los denominados “derechos *on line*, derechos informáticos, ciberderechos o derechos de las TIC, que fueron analizados en la STC 281/2005, de 7 de noviembre, sobre el uso sindical del correo electrónico de propiedad empresarial

definición nuestra jurisprudencia incorpora la exigencia de una norma legal que habilite la injerencia ... y dispone que los Jueces y Tribunales podrán adoptar la medida solo cuando concurren los presupuestos materiales pertinentes”

Por todo ello, el Voto discrepante mantiene que no se ha respetado ninguno de los límites de los ciberderechos del trabajador, dado que los responsables de la empresa procedieron a analizar las comunicaciones de las trabajadoras, sin consentimiento de estas, ni autorización judicial para identificar a los intervinientes en las comunicaciones efectuadas. Hasta el punto de que se entra a analizar el contenido completo de las conversaciones mantenidas, revelándose un acceso incontestado por las trabajadoras, la lectura y selección previa de los mensajes, con total ignorancia de estas.

Y a esta conclusión queda reforzada en el caso analizado al constatarse una serie de debilidades que descubren una lesión objetiva del derecho. Tal es el caso de la extensión temporal dedicada a analizar las conversaciones, para el que se dedica un periodo de dos meses. Lo que desvela una “intensa voluntad intrusiva de la empresa”, requerida para hacer un trabajo de síntesis de las comunicaciones que no se aportaron a la reunión. Mientras que, por otra parte, la falta de una orden de paralización de la infracción, la posible desinstalación del programa o la continuidad del empleo de programa instalado, indican una más que evidente dejación de funciones por lo que respecta a la dirección de la empresa. Y, unido a todo ello, es singularmente destacable que, durante este periodo de tiempo, la empresa tampoco haya consultado a las afectadas sobre la veracidad de los extremos sobre los que versa el conflicto. Lo que le hubiese permitido conocer si fueron ellas quienes lo instalaron, además de usarlo, así como, en caso afirmativo, sobre cuáles fueron las razones de su instalación, su finalidad o su objeto.

Con todo, es preciso hacer un análisis de la doctrina judicial internacional para fijar los criterios de interpretación, que vincularán a las futuras decisiones que se adopten por los tribunales nacionales españoles en materia de conflictos generados en el seno de la economía digital.

6.4.3 Esquirolaje tecnológico

Con carácter previo a cualquier análisis, debe recordarse el, ya de por sí singular marco jurídico preconstitucional del derecho fundamental a la huelga en España, al que se une la aparición del factor tecnológico como elemento distorsionante en las modalidades de esquirolaje. Así, pervivencia del Real Decreto Ley de Relaciones de trabajo 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones del trabajo, con los matices realizados por el TC en su función

de control reparador de la constitucionalidad⁷³⁵, mantiene la vigencia de la redacción del art. 6.5. del RDLRT 17/1977, que inicialmente, solo prohíbe expresamente el denominado “esquirolaje externo”, determinando que *“En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo”*.

Inicialmente, podría realizar una clasificación de esquirolaje tecnológico, atendiendo a sus categorías tradicionales, distinguiendo entre el esquirolaje interno y el externo. El primero de ellos vendría referido a la utilización de tecnologías disponibles en la empresa que no se usen de forma habitual, mientras que la segunda categoría vendría referida a los supuestos en los que el empresario adquiere tecnología, con motivo de la huelga, para contrarrestar la eficacia de la huelga. En ambos casos, el elemento determinante de la ilegalidad de la utilización de las tecnologías vendrá determinado por el vaciamiento del contenido del derecho fundamental.

Por otra parte, a la hora de analizar el esquirolaje tecnológico, hay que tener en cuenta el hecho de que en el mismo intervienen dos factores. El primero de ellos, por razones obvias, es la sustitución del trabajador en huelga, para poder hablar de esquirolaje. El segundo de ellos se refiere al uso de la tecnología por una persona, ya que la tecnología, por sí sola, no puede implicar ninguna vulneración de un derecho fundamental. En este sentido, es solo cuando interviene el factor humano, cuando es posible empezar a analizar si se ha producido o no un vaciado del contenido del derecho a la huelga o se ha impedido su ejercicio, como determina la STC 11/1981, 8 de abril⁷³⁶.

En resumen, a mi juicio, una conducta consistente en modificar el procedimiento habitual de realización de la actividad ordinaria de la empresa, para simular una apariencia de normalidad e intentar ofrecer el máximo nivel de servicio posible, o mantener la actividad, aunque pueda ser lícita en condiciones normales, no lo es cuando persigue vaciar de contenido o desactivar el derecho fundamental a la huelga consagrado en el art. 28 CE. Con lo cual, parece más adecuado hablar de la utilización de tecnologías por otros trabajadores (no huelguistas), o incluso terceros ajenos a la empresa, para sustituir el trabajo del trabajador que ejerce su derecho a la huelga. Dicho de otra manera, el esquirolaje no es tecnológico, sino que el esquirolaje se practica, en su caso, por otro trabajador.

⁷³⁵ El paso del filtro constitucional del RDLRT de 1977, se inició con la STC 11/1981, de 8 de abril. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/11> [consulta: 2 septiembre 2018]

⁷³⁶ FJ 22 de la STC 11/1981, de 8 de abril por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra el RDLRT.

6.4.3.1 El caso Telemadrid: STC 17/2017

El conflicto resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC 17/2017, de 2 de febrero⁷³⁷ analiza si el uso de medios técnicos por parte de los trabajadores no huelguistas, que prestaron sus servicios durante la huelga general en la empresa Telemadrid, constituye una vulneración del derecho fundamental a la huelga.

En este caso, tanto las distintas resoluciones judiciales sobre el caso, que comprenden la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid, de 30 de noviembre de 2011, la STSJ de Madrid de 23 de julio de 2012⁷³⁸, y el Auto de la Sala de lo social del TS de 26 de noviembre de 2013⁷³⁹, inadmitiendo el recurso de casación para unificación de doctrina, coinciden en la desestimación de la pretensión de tutela del derecho de libertad sindical por vulneración del derecho fundamental de libertad sindical, así como el principio de igualdad. Con lo cual, los tribunales consideran justificada la actuación empresarial de medios técnicos a su disposición, lo que en resumen implica para el juzgador que ni se ha producido el esquirolaje interno, ni tampoco esquirolaje externo.

El supuesto se refiere a la emisión en Telemadrid de un partido de fútbol de la "Champions League", con una duración aproximada de una hora y cuarenta y cinco minutos, utilizando para ello a los trabajadores que no secundaron la huelga, del departamento de "Control central" y de "Continuidad" que enviaron a ABERTIS la señal del partido a través de un codificador distinto al utilizado habitualmente.

En este sentido hay que hacer una doble precisión, ya que, en el supuesto analizado por el tribunal, queda acreditado que los medios técnicos utilizados, se encuentran a disposición de la empresa, así como que, los trabajadores que no se sumaron a la huelga

⁷³⁷ La STC 17/2017, de 2 de febrero, en el caso Telemadrid, se encuentra disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs/Resolucion/Show/25242#complete_resolucion&completa [Consulta: 23 septiembre 2018]

⁷³⁸ La STSJ de Madrid, de 23 de julio de 2012, ECLI: ES:TSJM:2012:9400, en el Caso Telemadrid se encuentra disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&referenc e=6480433&links=telemadrid&optimize=20120831&publicinterface=true> [consulta: 24 septiembre 2018]

⁷³⁹ Vid Auto TS, de 26 de noviembre de 2013, Recurso núm. 169/2013, ECLI: ES:TS:2013:12053A de inadmisión del RCU, en el caso Telemadrid. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&referenc e=6938279&statsQueryId=119738894&calledfrom=searchresults&links=&optimize=20140124&publicint erface=true> [consulta: 30 septiembre 2018]

realizaron sus funciones habituales sin sustituir a los huelguistas en sus tareas. En esta situación el TC considera que la utilización de la tecnología disponible por la empresa no vulnera el derecho a la huelga amparado en el art. 28.2 CE. Sin embargo, téngase en cuenta el voto particular emitido por VALDÉS DAL-RÉ, que, en la misma línea de los otros votos analizados en este estudio ofrece una diferente versión respecto de la incidencia de las tecnologías sobre derechos fundamentales como la protección de datos o el derecho a la imagen. Interpretación que a mi juicio debería guiar la reforma laboral.

El argumento principal mayoritario del Tribunal Constitucional para no estimar el recurso de amparo formulado consiste en que no es posible impedir al empresario que utilice medios técnicos que tiene a su disposición, aunque no sean de uso habitual, ya que, en caso contrario, esta medida *“supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga, no prevista legalmente”* (FJ7). Un argumento de carácter general que podría compartirse fácilmente, siempre y cuando la medida adoptada no persiga un vaciamiento del derecho fundamental de huelga.

6.4.3.2 *El voto particular de VALDÉS DAL-RÉ en la STC 17/2017*

Sin embargo, destaca la manifiesta preocupación expuesta por VALDÉS DAL-RÉ respecto a lo que define como *“un nuevo retroceso de la doctrina constitucional sobre los derechos fundamentales”* en el ámbito laboral. En este caso, se detectan por el magistrado distintos ámbitos en los que la actuación empresarial restringe la eficacia de los derechos fundamentales de los trabajadores, amparándose en las nuevas tecnologías. A este respecto merece hacer un análisis de la interpretación contenida en la particular colección de votos particulares emitidos en el seno del TC, a los que se alude en este trabajo de tesis doctoral, por su indudable interés, entre los cuales se encuentra el correspondiente a la STC 17/2017, en el caso Telemadrid. Sobre el que de inicio se comparte por la autora la crítica adversa del magistrado, que califica la doctrina constitucional como *“insensible y ajena a los cambios tecnológicos, como si en nada estuviese comprometida la Constitución”*.

En esta línea argumental, VALDÉS DAL-RÉ considera que la cada vez mayor incidencia, que se produce en el seno de las relaciones de trabajo, a causa del uso de la tecnología (especialmente para el ejercicio de la facultad empresarial de dirección y control) *“requiere respuestas constitucionales también nuevas, que garanticen la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores, en un grado asimilable al que ofreció*

*nuestra jurisprudencia en el pasado.*⁷⁴⁰ Una realidad que reclama la disposición de un marco jurídico adaptado a la economía digital en España, que sea respetuoso con el nivel de garantías constitucionales consolidadas, tras cuarenta años de aplicación de la Constitución Española.

⁷⁴⁰ Vid apartado 7 del Voto particular de VALDÉS DAL-RÉ en la STC 17/2017

7 LA DOCTRINA JUDICIAL INTERNACIONAL. LOS *LEADING CASES* DEL TEDH SOBRE TECNOLOGÍAS Y TRABAJO

Reconoce un amplio sector de la doctrina que la fascinación por la revolución tecnológica digital viene acompañada de “extraordinarios riesgos para el respeto a nuestra vida privada, por la extrema vulnerabilidad a que se somete todas sus facetas (intimidad, secreto de comunicaciones, imagen, identidades, etc.)”⁷⁴¹. Por ello, más allá de la reforma del art. 13 ET y del recientemente aprobado Título X de la LPDyGDD sobre garantía de derechos digitales, que poco aportan a la definición de los problemas jurídicos que suscita la tecnología a las relaciones laborales, conviene conocer las grandes líneas por las que discurre la interpretación de la doctrina judicial internacional, en aquellas singulares controversias en las que se ven afectados derechos fundamentales por las tecnologías.

En este contexto, téngase en cuenta la coexistencia de dos sistemas de protección internacional de derechos fundamentales asentados en el CEDH del año 1950, así como a través de la CDFUE, que no entró en vigor hasta el 1 de diciembre de 2009, momento a partir del cual el Tratado de Lisboa comienza a ser vinculante en la UE. Por lo cual, conviven también, cada uno respecto al ámbito de su Carta, diferentes tribunales competentes sobre esta materia representados, en cada caso por el TEDH, y por el TJUE.

De tal manera, hasta la entrada en vigor de la CDFUE, el CEDH y la interpretación de este realizada por el TEDH, constituyen los puntos de referencia de determinados derechos fundamentales en el ámbito de la UE. Pudiendo afirmarse que su jurisprudencia goza de un carácter preminente en esta materia. De hecho, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sigue siendo relevante para la práctica judicial del TJUE, como fuente de conocimiento jurídico. A la par que las decisiones del TEDH incluyen, en sus tomas de decisión, el análisis previo de la legislación de la UE. Por otra parte, es habitual, también, la existencia citas continuas entre ambos tribunales, así como que el TEDH se abstenga de conocer de asuntos que competen al TJUE como órgano encargado de interpretar la legislación europea.

⁷⁴¹ MOLINA NAVARRETE, C., “El derecho al secreto de las comunicaciones en la relación del trabajo: la dilución en “tópica” y “retóricas” de su tutela constitucional”, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, Ed. Wolters Kluwer, Núm. Extraordinario 7, 2018, (Ed. Dig.) Pág.1 y ss.

7.1 El secreto de las comunicaciones en el Caso Bărbulescu. La Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 5 septiembre 2017⁷⁴².

El Secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral ha sido abordado por la Gran Sala del TEDH en la sentencia de 5 de septiembre de 2017, dictada en el Caso Bărbulescu, tras el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Sección cuarta del TEDH⁷⁴³. Se trata de una resolución, de extraordinario impacto social y jurídico, en la que se declara, por once votos contra seis, haberse producido una violación del art. 8 del CEDH. Al igual que se manifiesta por dieciséis votos contra uno, que la constatación de una violación constituye una satisfacción justa suficiente por el daño moral sufrido por el demandante⁷⁴⁴.

El asunto surge como consecuencia del despido de un trabajador, el Sr. Bărbulescu, por la utilización del sistema de mensajería *Yahoo Messenger* para conversar con su novia y con su hermano (cuestiones de carácter puramente privado e íntimas, como la salud o la vida sexual del trabajador). Inicialmente, frente a la demanda solicitando la declaración de nulidad del despido por violación del derecho a su intimidad, los tribunales laborales en Rumania confirmaron la procedencia del despido, considerando que no se había producido vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, ya que el despido se motiva en la utilización de la aplicación por el trabajador para fines particulares, a pesar de existir instrucciones de la empresa para su utilización profesional.

No obstante, debe significarse que al ser el trabajador quien crea la cuenta de *Yahoo Messenger* y, por tanto, solo él conoce la contraseña de acceso, se introduce el elemento del “razonable convencimiento de confidencialidad”.

Si bien la Sección cuarta del TEDH desestima el 12 de enero de 2016 el recurso interpuesto por el trabajador, Sr. Bărbulescu, tras el recurso de la sentencia ante la Gran Sala del TEDH, se dicta nueva resolución de fecha 5 de septiembre de 2017, en la que se falla a favor del trabajador, declarando la vulneración del art. 8 del CEDH.

⁷⁴² La STEDH de la Gran Sala, de fecha 5 de septiembre de 2017, caso Bărbulescu, se encuentra disponible en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/CASE%20OF%20BARBULESCU%20v.%20ROMANIA.pdf> [consulta: 20 octubre 2018]

⁷⁴³ La STEDH de la Sección cuarta, de 12 de enero de 2016, caso Bărbulescu, se encuentra disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/CASE%20OF%20BARBULESCU%20v.%20ROMANIA%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/CASE%20OF%20BARBULESCU%20v.%20ROMANIA%20(1).pdf) [consulta: 20 octubre 2018]

⁷⁴⁴ Téngase en cuenta que paralelamente, por catorce votos contra tres, reconoce que el Estado (en este caso Rumanía), debe pagar al trabajador demandante, en un plazo de tres meses, la suma de 1.365 en concepto de costas y gastos. Y finalmente, rechaza por unanimidad, el resto de las peticiones.

7.1.1 La doctrina mayoritaria de la Sección cuarta del TEDH en el Caso Bărbulescu

Con carácter previo al análisis de la Sentencia de la Gran Sala en este asunto, conviene sintetizar los argumentos de la resolución de la Sección cuarta del TEDH. La cual realizando una conservadora interpretación del art. 8 CEDH, declara por seis votos contra uno la inadmisión de la demanda interpuesta, que lo justifica con los siguientes argumentos:

En primer lugar, porque según el criterio unánime de la Sección cuarta, a pesar de que reconoce que la noción de vida privada es un concepto amplio, considera que tal reconocimiento no abarca todas las actividades de una persona en las relaciones con otros seres humanos. Sin embargo, considera la Sección que se ha producido una injerencia en el derecho de la demandante al respeto de su vida privada. Motivo por el que admite a trámite la denuncia en amparo del art. 8 del CEDH. No obstante, concluye finalmente que no se ha producido violación alguna del artículo, al entender que el monitoreo del empleador fue limitado en alcance y proporcionado.

De tal manera, tras hacer un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal, alude a los distintos casos resueltos en el seno del TEDH, en los que se reconoce una expectativa razonable de confidencialidad (sobre el derecho a la privacidad de las llamadas realizadas desde un teléfono del trabajo, en el caso Halford⁷⁴⁵, respecto al correo electrónico en el Caso Copland⁷⁴⁶, e incluso en relación al registro del espacio de trabajo, con incautación de algunas de sus pertenencias en el Caso Peev⁷⁴⁷). Pese a lo cual, la Sección cuarta respalda de forma mayoritaria la decisión de los tribunales rumanos en el caso Bărbulescu, ya que justifican la procedencia del despido en la infracción disciplinaria cometida por el trabajador, por utilizar *Yahoo messenger* para fines personales durante las horas de trabajo. Igualmente, destaca que la empresa empleadora no tiene acceso al contenido de las comunicaciones, hasta el momento en el que éste reconoce la utilización del programa informático. Lo que lleva a los tribunales a entender que el empresario actúa “dentro de sus facultades disciplinarias”. Motivo por el que la Sección confirma que la vigilancia de la empresa empleadora se ha limitado a verificar el uso que el demandante

⁷⁴⁵ Caso Halford contra el Reino Unido, de 25 de junio de 1997. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58039> [consulta: 15 octubre 2017]

⁷⁴⁶ Caso Copland contra el Reino Unido, de 3 de abril de 2007. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79996> [consulta: 15 octubre 2017]

⁷⁴⁷ Párrafo 38 de la STEDH de 12 de enero de 2016. Vid sentencia del caso Peev contra Bulgaria. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81914>

había hecho de *Yahoo Messenger*⁷⁴⁸, así como que “el contenido de las comunicaciones no fue un elemento decisivo en las conclusiones de los tribunales nacionales”⁷⁴⁹.

Sin embargo, llama la atención la Sección sobre que el hecho de utilizar la transcripción de las comunicaciones como evidencia en el procedimiento judicial interno, supone que la "vida privada" y la "correspondencia" en el sentido del art. 8.1 CEDH podrían haber quedado comprometidos por estas medidas (*mutatis mutandis*, *Köpke v. Alemania*)⁷⁵⁰. Recuerda, a este respecto la Sección cuarta que la finalidad del art. 8 del CEDH es esencialmente proteger a una persona contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, obligando al Estado, desde un punto de vista negativo, absteniéndose de ejercer interferencias, así como desde un punto de vista positivo, quedando comprometido a asegurar el respeto efectivo por la vida privada. Con lo que resulta obligado a diseñar y ejecutar políticas dirigidas a asegurar el respeto a la vida privada, incluso en el ámbito de las relaciones personales de los individuos (*Von Hannover v. Alemania*)⁷⁵¹.

Por todo ello, concluye que el Estado de Rumanía, en el contexto de sus obligaciones positivas, ex art. 8 CEDH, tanto respecto a las decisiones del Tribunal del Condado, como del Tribunal de Apelación de Rumanía, han ofrecido un equilibrio justo, entre el derecho al respeto de la vida privada y la correspondencia de Bărbulescu, con los intereses de su empleador. Contrariamente a la opinión de la Sección cuarta, como se verá se alza la decisión de la Gran Sala del TEDH, en resolución del recurso interpuesto contra la Sentencia de la Sección Cuarta.

7.1.2 El Voto particular de PINTO DE ALBUQUERQUE⁷⁵²

Merece ser citado, antes de analizar la resolución de la Gran Sala, cita expresa el Voto particular de PINTO DE ALBUQUERQUE por su interés científico jurídico, dado que marca el camino de la interpretación de los derechos fundamentales de los trabajadores en la economía digital. Una reflexión sobre la que ya había abundado el Grupo de trabajo del art. 29: “*Los trabajadores no abandonan su derecho a la privacidad y a la protección de*

⁷⁴⁸ Párrafos 41 y 55 de la STEDH de 12 de enero de 2016

⁷⁴⁹ Párrafos 58 y 59 de la STEDH de 12 de enero de 2016

⁷⁵⁰ Vid decisión de la Sección quinta del TEDH, de 5 de octubre de 2010. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101536> [consulta: 18 octubre 2017]

⁷⁵¹ Párrafos 52 y 53 de la Sentencia de 12 de enero de 2016 en los que se alude al caso *Von Hannover versus Alemania*, de 7 de febrero de 2012. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109029> consulta: 18 octubre 2017]

⁷⁵² El Juez Paulo Pinto de Albuquerque fue designado a propuesta de Portugal en el año 2011, finalizando su mandato el 1 de abril de 2020

La traducción que se ha hecho del voto particular redactado en inglés es personal.

*datos, cada mañana, a las puertas de su centro de trabajo.”*⁷⁵³. De esta forma inicia la conclusión de su voto particular el magistrado de la Sección cuarta del TEDH, citando al Documento del Grupo de Trabajo de la UE, sobre vigilancia y seguimiento de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo. El voto particular, concentra los argumentos, que posteriormente servirían de base a los miembros de la Gran Sala para revocar la Sentencia de 2016 de la Sección cuarta en el caso *Bărbulescu*.

Téngase en cuenta que el voto particular parte de la premisa sobre la que se basa la disciplina del Derecho del Trabajo, consistente en que el trabajador está afectado por una *“desigualdad connatural de la relación laboral”*. Hasta el punto de reconocer que las nuevas tecnologías permiten fácilmente al empresario rastrear en la vida privada del empleado, no siendo tan fácil detectar las vulneraciones para el trabajador. De esta manera, la argumentación del Voto particular gira en torno a cinco grandes bloques de razonamientos, de considerable interés doctrinal, concretados en: a) el reconocimiento del derecho de acceso a internet como un derecho humano⁷⁵⁴; b) la necesidad de una regulación en derecho internacional de la protección de las comunicaciones por Internet de los empleados⁷⁵⁵; c) la crítica frente a la ausencia de una política laboral sobre el uso de internet⁷⁵⁶; d) la condición de las comunicaciones de los empleados, que gozan de una naturaleza personal y sensible⁷⁵⁷ y finalmente e) el rechazo de las injerencias del empresario por su falta de utilidad⁷⁵⁸.

Con lo cual, a falta de una regulación expresa en el derecho interno rumano, el magistrado discrepante, estima que la respuesta al conflicto exige un *“un enfoque centrado en los derechos humanos para el uso de Internet en el lugar de trabajo”*. Siendo preciso para ello *“un marco regulatorio interno transparente”*, además de una *“política de implementación coherente”* y una *“Estrategia de aplicación proporcionada por los empleadores*.

Al mismo tiempo, concluye que la interferencia con el derecho a la privacidad que se produce es resultado de *“una decisión de despido del trabajador tomada sobre la base de una medida de vigilancia de Internet ad hoc por parte del empleador”*. Lo que además

⁷⁵³ Citando al Grupo de trabajo del art. 29 de Working Party Working document on surveillance and monitoring of electronic communications in the workplace, *“Workers do not abandon their right to privacy and data protection every morning at the doors of the workplace”*. pág.4. Disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2002/wp55_en.pdf [consulta: 2 septiembre 2018]

⁷⁵⁴ Párrafo 3 del voto particular de Pinto De Albuquerque

⁷⁵⁵ Párrafos 4 a 15 del del voto particular citado

⁷⁵⁶ Párrafos 16 a 18 del del voto particular citado

⁷⁵⁷ Párrafo 19 del voto particular citado

⁷⁵⁸ Párrafos 20 y 21 del voto particular citado

conlleva una serie de “efectos drásticos en (su) vida social”. En este caso, la confirmación de la procedencia del despido por los tribunales de Rumanía, sobre la base de la prueba de vigilancia de Messenger, lo que supone la condonación judicial de la injerencia del empresario realizada mediante el “abuso de Internet”, ya que los tribunales internos han considerado justificada y oportuna la medida de control empresarial. No puede más que compartirse, por tanto, la lógica de fondo utilizada por el magistrado, ya que no se deben utilizar las tecnologías para remover de su puesto de trabajo a un empleado “no deseado” por la empresa, que no puede ser despedido, de otra manera. por los medios legales.

Paralelamente, introduce el elemento sustancial para determinar los límites de la facultad de vigilancia del empresario. De manera que no resulta aceptable la utilización ilimitada de la tecnología, incluso aunque existan “sospechas de ciberataque, o la utilización de los recursos tecnológicos del empleador para propósitos personales, tanto si se producen daños en los sistemas de TIC del empresario, como si el trabajador participa en actividades ilícitas o, incluso, si divulga secretos comerciales del empleador”.

Igualmente, se comparte por la autora de este trabajo, el criterio del Voto particular, relativo a que el empleador no tiene un derecho ilimitado a interferir en las comunicaciones del empleado, ya que “*en las sociedades modernas, la comunicación por Internet es una forma privilegiada de expresión, incluida la información privada*”. Tal razonamiento justificaría la existencia de límites estrictos a la vigilancia de los empleados en el uso de Internet, durante su tiempo de trabajo y, aún más estrictamente, fuera de sus horas de trabajo, “ya se realice la comunicación mediante herramientas informáticas del trabajador o proporcionadas por el empresario”⁷⁵⁹.

Con lo cual, como sintetiza el Voto particular, en una sociedad democrática, la injerencia de las comunicaciones solo estaría justificada como medio de protección de ciertos intereses específicos cubiertos por el CEDH. Encontrándose, entre tales los derechos y libertades del empleador u otros empleados que merezcan el amparo del art. 8 CEDH, o la “protección de la reputación o los derechos del empleador u otros empleados y la prevención de la divulgación de información confidencial ex art. 10 CEDH.” A lo que se añade que, a falta de una advertencia por parte del empleador sobre que las comunicaciones van a ser monitoreadas, el empleado tiene una "expectativa razonable de privacidad"

⁷⁵⁹ Párrafo 4 del voto particular de PINTO DE ALBUQUERQUE en la STEDH, Sala Cuarta, en el caso Bărbulescu.

A mayor abundamiento, el magistrado reconoce que este caso hubiese sido “una excelente ocasión para que el TEDH desarrollara su jurisprudencia en el campo de la protección de la privacidad en relación con las comunicaciones de Internet de los empleados”⁷⁶⁰. Especialmente tras haberse reconocido por la Gran Sala del Tribunal que la actividad expresiva en Internet proporciona una plataforma sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión.

A esta argumentación se suma un tercer motivo de discrepancia, que reside en la “obligación de resultado” de los Estados miembros vinculados por el CEDH. Recordando que no es suficiente una simple “obligación de medios”. Con lo cual, desde su punto de vista, cuando los tribunales rumanos evaluaron la legalidad de la decisión de despido del empleador, “pudieron haber remediado la violación del derecho al respeto de la vida privada” de Bărbulescu, pero “optaron por confirmar esa violación”⁷⁶¹

7.1.3 El fallo de la Gran Sala del TEDH de 5 de septiembre de 2017 en el caso Bărbulescu.

En respuesta al recurso interpuesto contra la sentencia de la Sección cuarta, dicta resolución la Gran Sala, mediante sentencia de 5 de septiembre de 2017. Tal decisión estructura el análisis de los hechos atendiendo a las circunstancias del asunto, así como en atención a la legislación interna aplicable, que comprende la Constitución, los Códigos, Penal, Civil y del Trabajo en Rumania, así como la Ley de Protección de Datos. Igualmente analiza la legislación y jurisprudencia internacional y la legislación comparada. Conviene reparar al respecto sobre la interpretación del art. 8 CEDH, que se realiza en la sentencia.

En este caso, el nuevo fallo reconoce, por once votos contra seis, haberse producido una violación del art. 8 CEDH. Sin embargo, la sentencia cuenta con dos votos particulares, cuya opinión, más conservadora, encaja, en mayor medida, con el criterio de la Sección cuarta enunciada en el epígrafe anterior⁷⁶².

⁷⁶⁰ Párrafo2 del Voto particular citado

⁷⁶¹ Considera en el Párrafo23 del Voto particular que integra la sentencia que los derechos y libertades de la CEDH “tienen un efecto horizontal”, siendo directamente vinculantes, no solo “para las entidades públicas en las Partes Contratantes del Convenio, sino que también ... indirectamente para las personas privadas o entidades, siendo el Estado contratante responsable de prevenir y remediar las violaciones a la Convención por parte de personas o entidades privadas. “

⁷⁶² Los votos particulares se emiten por el Juez KARAKAŞ, así como, por los Jueces RAIMONDI, DEDOV, KJØLBRO, MITS, MOUROU-VIKSTRÖM AND EICKE

7.1.3.1 *Las conclusiones sobre la naturaleza y el alcance de las obligaciones positivas del Estado demandado*

La Gran Sala reconoce que el Estado “tiene el deber de proteger el derecho del demandante respeto de su vida privada y de su correspondencia en el marco de sus relaciones laborales”, considerando que “*en determinadas circunstancias, el Estado no cumple adecuadamente sus obligaciones positivas (ex art. 8 CEDH), a menos que garantice el respeto de las relaciones entre los individuos mediante el establecimiento de un marco normativo que tenga en cuenta los diversos intereses que han de protegerse en un contexto determinado*”, sin perjuicio de que las medidas de protección se regulen, en el marco del derecho laboral, civil o penal.⁷⁶³

Es cierto, como señala la Gran Sala, que por lo que se refiere al derecho laboral, debe verificarse si el marco normativo protege el derecho a la vida privada en el contexto de sus relaciones de trabajo, atendiendo, además al complejo sistema de fuentes del derecho laboral, en el que se da cabida, tanto a la autonomía, como a la heteronomía en la articulación de los derechos y obligaciones de trabajadores y empresarios.

7.1.3.1.1 El margen de discrecionalidad amplio, pero no ilimitado, para la regulación por los Estados miembros del control de las comunicaciones.

De la resolución de la Gran Sala aflora la realidad de un debate jurídico sobre los límites del uso de las tecnologías en el trabajo, pudiendo extraerse la falta de consenso sobre la materia en el seno del Tribunal europeo, al igual que ocurre en España. De lo cual se desprende la existencia de dos grandes líneas interpretativas, una de ellas con un matiz más conservador, y una segunda, más garantista de los derechos de los trabajadores. Con lo que la decisión final del Tribunal, en cada caso, se va a encontrar al albur del equilibrio de fuerzas en el Tribunal. Sin embargo, lo cierto es que tampoco existe un consenso europeo al respecto. Es por este motivo por lo que la Gran Sala considera que “se debe otorgar a los Estados miembros un amplio margen de discrecionalidad”, que “no puede ser ilimitado”, “para valorar la necesidad de adoptar un marco jurídico que establezca las condiciones en las que una empresa puede adoptar una política que regule las comunicaciones no profesionales, electrónicas u otro, de sus empleados en su lugar de trabajo”.

⁷⁶³ En este mismo sentido, cobra interés lo señalado en la STS 528/2014, de la Sala de lo penal.

Sin embargo, se reconoce por el tribunal que “la situación está cambiando rápidamente en este ámbito”. Por lo que considera que los tribunales nacionales tienen la obligación de velar porque el establecimiento de medidas dirigidas a la vigilancia empresarial, así como el control de la correspondencia y otras comunicaciones (sea cual fuere su alcance y duración), vaya acompañado de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos⁷⁶⁴. Junto a lo cual, la proporcionalidad y las garantías procesales contra el carácter arbitrario constituyen verdaderos “elementos esenciales” en la tutela de los derechos fundamentales.

A este respecto, resulta de enorme interés interpretativo el detalle de la Sentencia de la Gran Sala relativo a tales “elementos esenciales”, que deben ser tenidos en cuenta por los Estados miembros a la hora de regular el uso de las TIC en el ejercicio de las funciones de vigilancia, para que puedan ser consideradas respetuosas con el art. 8 CEDH, concretados en:

- a) Información previa y clara al trabajador. Con lo que resulta de obligado cumplimiento el requisito de la claridad de la información al empleado, siempre con carácter previo al ejercicio de la facultad de control. Información que se extiende a la posibilidad de tomarse medidas por el empleador dirigidas a supervisar su correspondencia y otras comunicaciones. A lo que se une la advertencia sobre la naturaleza de la supervisión que, en todo caso, se realizará con carácter previo a su establecimiento.
- b) Alcance de la supervisión y grado de intrusión en la vida privada. Sobre el que la Gran Sala considera que debe distinguirse, entre el “control del flujo de comunicaciones y el de su contenido”. Al mismo tiempo, también debe diferenciarse “si la supervisión de las comunicaciones se ha realizado sobre la totalidad o solo sobre una parte de ellas”. Con lo que a continuación deberá precisarse la duración de la implantación de la medida, (si ha sido o no limitado en el tiempo). Y finalmente analizar la extensión subjetiva del contenido de la información, de forma que se pueda conocer “el número de personas que han tenido acceso a sus resultados” y, finalmente, e) deben determinarse los límites espaciales de la vigilancia.

⁷⁶⁴ Cita la Sentencia de la Gran Sala en el Párrafo 119 los casos Klass y otros contra Alemania, de 1978, y Roman Zakharov contra Rusia, de 2015.

- c) La concreción de los argumentos legítimos para vigilar las comunicaciones y el acceso a su contenido. Lo cierto es que La Gran Sala, atendiendo al hecho de la vigilancia del contenido de las comunicaciones del trabajador que es, por su naturaleza, un método invasivo, considera preciso la concurrencia de justificaciones bien fundamentadas. De manera “que descarten la posibilidad de establecer otro sistema de vigilancia basado en medios y medidas menos intrusivos, que el acceso directo al contenido de comunicaciones del empleado”. Por este motivo, debe evaluarse si el objetivo perseguido por el empresario puede alcanzarse sin necesidad de acceder al contenido de las comunicaciones del empleado.
- d) Las consecuencias de la supervisión para el trabajador. Aludiendo el tribunal “al examen de la proporcionalidad de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión” consagrada en el art. 10 CEDH. Lo cual demanda un análisis del tratamiento por parte del empleador de la información obtenida mediante la medida de vigilancia. Con el fin de conocer “si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida⁷⁶⁵.
- e) La dotación de garantías adecuadas ante medidas intrusivas de supervisión del empresario. Se trata de incluir medidas de carácter garantista, que permitan valorar la adecuación de la medida a los derechos reconocidos en el CEDH. Ya que, asentándose la realidad del contexto de las relaciones laborales sobre la mutua confianza entre empresario y trabajador, resulta razonable que las partes se esfuercen en preservar y reforzar este elemento esencial de la relación de trabajo. Sentado lo cual, se contempla, además como medida preventiva, la conveniencia de que los trabajadores dispongan de garantías adecuadas que impidan que el empleador pueda tener acceso al contenido de las comunicaciones, en el supuesto de no haberse cumplido el requisito obligatorio previo, de informar al empleado en torno a tal eventualidad.
- f) La garantía de la tutela judicial efectiva. Que como recuerda la Gran Sala del TEDH, también, constituye un elemento de garantía de cumplimiento del art. 8 CEDH el reconocimiento por los ordenamientos jurídicos del derecho de acceso a los tribunales de justicia. Se trata, en definitiva, de la principal

⁷⁶⁵ Alude la Gran Sala en esta materia a la solución dada en el Caso Köpke contra Alemania, 2010, en el que el Tribunal a pesar de reconocer la importancia del criterio de la “expectativa razonable de protección y respeto de la vida privada” del trabajador, declaró que no se trataba de un principio necesariamente decisivo

garantía jurisdiccional de los derechos reconocidos por el convenio. Con lo cual, adicionalmente a la posibilidad de acceder, en última instancia, ante el Tribunal de Estrasburgo, los Estados miembros deben garantizar mediante la jurisdicción ordinaria, la protección natural de los derechos.

Adviértase que los jueces y tribunales internos deben ser los encargados de garantizar y salvaguardar los derechos consagrados en el Convenio europeo, en la medida en la que sus derechos operan no solo como valores objetivos del ordenamiento, sino también como derechos subjetivos, invocables por sus titulares ante cualquier órgano judicial en procesos de cualquier orden.

7.1.4 Los dos votos particulares en la Sentencia de la Gran Sala

La sentencia cuenta con dos Votos particulares. Por un lado, el del Juez turco KARAKAŞ, en su condición de único discrepante sobre la vulneración del art. 41 del CEDH y, por otro lado, el Voto discrepante de seis de los diecisiete magistrados que integran la Gran Sala del TEDH, que consideran que los hechos del caso Bărbulescu no constituyen una violación del art. 8 CEDH. A pesar de no compartir la autora ninguno de los votos particulares, se pasa a hacer una breve reseña sobre los mismos, ya que, de alguna manera, permite visualizar la polarización de interpretaciones en el seno del TEDH, coincidiendo con la situación en la que se encuentra el TC español en relación a esta materia y la discrepancia de opiniones en la sociedad.

Respecto al primero de los votos particulares emitido por el Juez KARAKAŞ, concreta su discrepancia en su discrepancia con la conclusión mayoritaria sobre la aplicación que ha de realizarse sobre el art. 41 CEDH. En tal caso, el magistrado entiende que sí se ha producido una vulneración del precepto, compartiendo, por lo demás la conclusión de la mayoría, de haberse producido una violación del art. 8 del CEDH. Sin embargo, disiente sobre que la simple constatación de una violación constituya una satisfacción justa y suficiente por el daño moral sufrido por el demandante.

En esta misma línea argumental, considera que los tribunales nacionales rumanos no garantizaron una protección adecuada del derecho de Bărbulescu al respeto de su vida privada. Considerando, además, que el trabajador se vio gravemente afectado por la legislación interna, ya que fue despedido. El magistrado concluye con que la violación del art.8 CEDH causó daños no pecuniarios que no pueden quedar satisfechos con el mero reconocimiento de la vulneración. Motivo por el cual, KARAKAŞ defiende compensar

económicamente al trabajador con una cantidad “modesta”, a modo de “justa satisfacción por el daño sufrido por el demandante”.

Adicionalmente, consta en la sentencia un segundo Voto particular emitido por los Jueces, RAIMONDI, DEDOV, KJØLBRO, MITS, MOUROU-VIKSTRÖM AND EICKE, quienes representan el mayor número de voces discrepantes (hasta seis), respecto a la declaración de violación del art. 8 CEDH. De forma que, siendo que la sentencia de la Gran Sala declara por mayoría de once de sus miembros, falla en favor del trabajador, manifiestan su opinión contraria seis de los magistrados que la componen⁷⁶⁶, al discrepar en que en el Caso Bărbulescu se haya violado el derecho al secreto de las comunicaciones. Con lo cual, se estima por los magistrados discrepantes más acertado, el conservador criterio aplicado por la Sección cuarta.

Contrariamente a la opinión mayoritaria de la Gran Sala, los magistrados que disienten reconocen compartir (aunque con dudas algunos de ellos) el criterio mayoritario sobre que Bărbulescu tuviera que contar con una "expectativa razonable de privacidad". Entendiendo, además, que la demanda debería ser examinada atendiendo al punto de vista de las obligaciones positivas del Estado.

Al igual que, centrándose en el “foco de la investigación”, los magistrados discrepantes cuestionan que Bărbulescu no utilizara el potencial que ofrece el derecho en Rumanía, (concretamente la vía penal) para denunciar el delito de "violación de secreto de correspondencia" ex art. 195 del Código Penal Rumano, según se desprende del párrafo 33 de la sentencia. Hasta el punto de cuestionar la utilización del recurso ofrecido por la legislación rumana, ya que inicialmente se presenta denuncia penal por el trabajador, desistiendo este finalmente de la misma, ante la resolución del Ministerio Fiscal de no ejercitar la acción de acusación.⁷⁶⁷

También valoran los magistrados discrepantes que la sentencia del Tribunal de Distrito, y la Sentencia del Tribunal de Apelación en Bucarest tomaran en consideración, el reglamento interno del empleador. Ya que del mismo resulta la evidencia de la prohibición del uso de recursos empresariales para fines personales. Un reglamento del que ha sido informado debidamente el trabajador. Resumiéndose así unos hechos, que,

⁷⁶⁶ Aunque Los jueces que forman parte del Tribunal, lo hacen a título individual ex art. 21.2 del CEDH, Nótese que los magistrados que disienten son GUIDO RAIMONDI, fue designado entre la terna propuesta por Italia, actualmente Presidente del TEDH, DMITRI DEDOV, designado por Rusia, JÓN FRÍÐRIK KJØLBRO, por Dinamarca, MĀRTIŅŠ MITS de Letonia, STÉPHANIE MOUROU-VIKSTRÖM de Mónaco y, finalmente, TIM EICKE, de Reino Unido.

⁷⁶⁷ Párrafo 9 del Voto particular de los seis magistrados discrepantes.

para los jueces discrepantes, justificarían la posibilidad de monitorear las comunicaciones, como así apreciaron los tribunales internos en Rumanía⁷⁶⁸.

Por estos motivos consideran que las autoridades nacionales rumanas llevaron a cabo *“un cuidadoso ejercicio de equilibrio entre los intereses en juego, teniendo en cuenta tanto el derecho del solicitante al respeto de su vida privada como el derecho del empleador a participar en la supervisión, incluidos los poderes disciplinarios correspondientes”*. Razón por la que los jueces aceptan la doctrina de los tribunales rumanos, respecto del conflicto entre “el derecho del empleador a participar en la supervisión y el derecho de los empleados a la protección de su privacidad”⁷⁶⁹. Lo que, a mi juicio, no es aceptable, al estar amparado por el art.8 CEDH el derecho a la protección de la vida privada, pero no encontrar encaje en Convenio internacional el derecho de supervisión empresarial.

Finalmente, de forma adicional a lo anterior, advierten también, como argumento de su voto particular, la circunstancia sobre que el monitoreo fue limitado en el tiempo, así como que las pruebas indican que el empleador solo supervisó las comunicaciones electrónicas y la actividad de Internet del solicitante. A lo que le suman la evidencia de los resultados del monitoreo, utilizados exclusivamente para los fines del procedimiento disciplinario. Limitándose, por tanto, el alcance de su contenido a las personas involucradas⁷⁷⁰.

7.2 El caso López Ribalda y otros contra España (Asunto Mercadona).

Adviértase de inicio que tanto el art 8.1 del CEDH⁷⁷¹, relativo al “Derecho al respeto a la vida privada y familiar”, como el más reciente art. 7 de la CDFUE⁷⁷², como precepto referente del “Respeto de la vida privada y familiar”, reconocen el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar y al secreto de la correspondencia y de sus comunicaciones.

⁷⁶⁸ Párrafos 19 y 20 del voto particular

⁷⁶⁹ Párrafo 21 del voto particular

⁷⁷⁰ Párrafo 24 del voto particular

⁷⁷¹ El art. 8.1 del CEDH de 1950 consagra el derecho de toda persona “al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

⁷⁷² Reconoce el art. 7 del CDFUE de 2010 “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

Como puede apreciarse, cobra especial relevancia la interpretación que se realice sobre los límites del uso de las tecnologías en relación con los derechos fundamentales de los trabajadores. Por ello, resulta de gran interés traer aquí el análisis de la doctrina de la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa, que se singulariza en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En este entorno, las recientes sentencias nos ofrecen una nueva interpretación de los límites del ejercicio del poder de dirección empresarial. De manera que se produce una constante redefinición de los criterios de interpretación del TEDH sobre los límites del uso de la tecnología para el ejercicio del control empresarial. Por otra parte, la rápida obsolescencia de las tecnologías marcada por la veloz evolución de las TIC aconseja centrar el estudio en las sentencias más modernas ya que, a medida que pasa el tiempo, las innovaciones tecnológicas hacen que algunos criterios de interpretación también se quedan obsoletos en buena parte de las ocasiones.

Concretamente, el control empresarial ejercido en el uso de los medios informáticos de la empresa y, expresamente en los mensajes que los trabajadores pueden intercambiarse a través del correo electrónico o las redes sociales, continúa siendo un tema no exento de polémica, sobre el que todo parece indicar que el TEDH marcará los nuevos criterios de interpretación a la doctrina judicial española, a la espera de un marco jurídico que comprenda las novedades de la digitalización de las relaciones laborales.

7.2.1 El caso López Ribalda y otros contra España (Asunto Mercadona). Derecho a la intimidad y a la vida privada en el Derecho del Trabajo en la Sentencia de 9 de enero de 2018.

El asunto López Ribalda, que se aborda a continuación, constituye uno de los ejemplos singulares que ha captado el foco de interés en todos los ámbitos de la doctrina y de la sociedad española⁷⁷³. El conflicto evidencia una nueva realidad de las relaciones laborales

⁷⁷³ Lo analizan MOLINA NAVARRETE, C. "De "Barbulescu II" a "López Ribalda "¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores? Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018, caso López Ribalda "et alii" vs. España (Demandas acumuladas 1874/13 y 8567/13)", RTSS, CEF, Núm. 419, 2018, págs. 125 y ss.

CASAS BAAMONDE, M.E., "Informar antes de vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada a los trabajadores en la empresa en la era digital? La necesaria intervención del legislador laboral", Derecho de las relaciones laborales, Núm. 2, 2018, págs. 103 y ss.

ROJO TORRECILLA, E: «Derecho del trabajador a la privacidad en la empresa y límites a su control por cámaras de vigilancia. Estudio del caso López Ribalda y otras contra España (a propósito de la sentencia del

impregnada de Cámaras de vigilancia, localizadores, seguimiento de la productividad laboral con la monitorización del puesto de trabajo, explotación de datos en cuadro de mandos, programas de rastreo mediante GPS, y un largo etcétera, que constituyen ejemplos de posibles injerencias en los derechos de los trabajadores. A este respecto, como señala el THIBAUT ARANDA, nunca hasta ahora el empresario había podido controlar tanto y durante tanto tiempo. Llegados a este punto, el uso abusivo de las tecnologías puede hacer más vulnerables los derechos de los trabajadores⁷⁷⁴. Una situación sobre la que hasta la fecha no existe la suficiente concienciación en la sociedad civil, ni en los actores de las relaciones laborales.

El caso trae su causa de la controversia surgida en uno de los supermercados de la empresa Mercadona, como consecuencia de la instalación de cámaras de videovigilancia para investigar la falta de determinados productos y el descuadre de las existencias. En tal supuesto, los trabajadores conocen la instalación de solo una parte de las cámaras, al poderse apreciar a simple vista su emplazamiento, pero adicionalmente se instalaron cámaras ocultas, de las que no se informa a la plantilla.

De tal forma que, en el asunto Mercadona, a través de las cámaras de videovigilancia se consiguen obtener imágenes de varios empleados que depositan productos sobre la cinta de la caja para su pago, sin que se materialice finalmente el cobro ni la facturación de la mayor parte de los productos. Para ello, los empleados simulan compras y posteriores devoluciones, de manera que el empleado de caja permite salir a sus compañeros con la compra realizada, a pesar de que no se ha hecho efectivo el pago de todos los productos en su integridad. Una vez detectado el fraude por las grabaciones realizadas mediante las cámaras de videovigilancia, los trabajadores son convocados a reuniones con la empresa con relación a los citados hechos. En tales reuniones reconocen su participación en los hurtos, siendo despedidos inmediatamente por motivos disciplinarios. En este escenario, algunos de ellos, llegan a suscribir un acuerdo transaccional con la empresa, mediante el que renuncian al ejercicio de acciones judiciales, a cambio de que la empresa no formule denuncia penal contra ellos. Sin embargo, finalmente todos ellos acuden a solicitar tutela judicial ante la jurisdicción social.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018)», Revista de Derecho de Las Relaciones Laborales, núm. 2, 2018, pág. 151 y ss.

PRECIADO DOMÈNECH, C.H., “Comentario de urgencia a la STEDH de 9 de enero de 2018, Caso López Ribalta y otras C. España”, Revista de información laboral, Núm. 1, 2018, págs. 41 y ss.

⁷⁷⁴ Vid THIBAUT ARANDA, J. “El Derecho Español”, *Tecnología informática y la privacidad de los trabajadores*, Aranzadi, Derecho y Nuevas Tecnologías, 2003. Pág. 59

Con lo cual, los trabajadores interponen las correspondientes demandas por despido ante el Juzgado de lo Social, respecto de las que recaen sentencias desestimatorias, al declarar la procedencia del despido. De forma que contra tales resoluciones se formulan los correspondientes recursos de suplicación, resolviendo la Sala de lo social del TSJ de Cataluña, en los distintos supuestos mediante resolución desestimatoria del recurso, que confirma la sentencia del Juzgado de lo Social ⁷⁷⁵.

Frente a los pronunciamientos de la Sala de lo social del TSJ se recurre en casación para unificación de doctrina ante el TS. Resolviendo el alto Tribunal la inadmisión mediante Auto, basado en la falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste. Acudiendo a continuación contra la inadmisión del recurso por el TS, al Tribunal Constitucional en amparo, resolviendo el Tribunal la inadmisibilidad por entender que no se había violado ningún derecho fundamental.

Con lo cual, finalizadas las opciones ante las distintas instancias de la justicia española, finalmente se presenta demanda ante el TEDH. Siendo resuelta por la Sección 3ª del Tribunal, mediante Sentencia de 9 de enero de 2018. En este caso resuelve sobre los efectos de la videovigilancia encubierta ordenada por el empresario, estimando que se produce en tal caso la vulneración denunciada del derecho a la privacidad de los trabajadores, protegido por el art. 8 del CEDH. Junto a lo que reconoce que los tribunales que han participado en el proceso no han ponderado adecuadamente el equilibrio necesario entre el derecho a la vida privada de los trabajadores y el derecho de organización y control del empresario.

7.2.1.1 *La expectativa razonable de respeto a la privacidad y equilibrio entre derechos*

El criterio de la Sentencia de la Sección Tercera del TEDH, de 9 de enero de 2018⁷⁷⁶, debe asumirse todavía con cautela, ya que la normativa en vigor aplicable en la fecha en la que se produjeron los hechos ya está derogada (LOPD, Directiva 95/46/EC del Parlamento

⁷⁷⁵ Vid STSJ Cataluña de Social 1207/2011, de 28 de enero de 2011, Recurso núm. 293/2010, ECLI: ES:TSJCAT:2011:1207. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datamatch=AN&referenc e=5952445&links=%224293%2F2010%22&optimize=20110512&publicinterface=true> [consulta: 20 junio 2017]

⁷⁷⁶ Vid sentencia de la Sección Tercera del TEDH, de 9 de enero de 2018. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20L%20C%2093PEZ%20RIBALDA%20AND%20OTHERS%20v.%20SPAIN%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-189675%22%5D%7D> [consulta: 20 junio 2018]

Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 sobre protección de datos personales de las personas físicas), a consecuencia de la entrada en vigor del RGPD, que ha dado lugar a la aprobación de la LOPDPyGDD 3/2018. Además, adviértase que la resolución de la Sección Tercera ha sido recurrida por el Gobierno de España, encontrándose pendiente de resolución el recurso, desde que el 28 de mayo de 2018, el caso fuese remitido a la Gran Sala a petición del Gobierno de España.

Conviene reparar al respecto también, que la Sentencia de la Sección Tercera reconoce, con el resultado de cinco votos a favor y uno en contra, la vulneración del art. 8 del CEDH. Determinándose por lo tanto las bases de protección del derecho a la intimidad y a la vida privada en el Derecho del Trabajo, así como los criterios para garantizar su protección. Lo que ofrece una nueva interpretación, más protectora, del derecho a la intimidad de los trabajadores, atendiendo al necesario equilibrio que debe existir entre poder de dirección empresarial y otros derechos fundamentales, como la protección de datos, o el derecho a la intimidad del trabajador.

Entre las conclusiones generales del TEDH permiten ser enumeradas las tres siguientes: En primer lugar, que el derecho a la “vida privada” ex art. 8 CEDH es un término amplio que abarca aspectos relacionados con la identidad personal, como el nombre o la imagen de una persona. En el que además cabe incluir actividades de carácter profesional o empresarial y puede referirse a medidas tomadas fuera del domicilio de la persona o de instalaciones privadas⁷⁷⁷.

La segunda conclusión consiste en que la imagen de una persona constituye uno de los principales atributos de su personalidad, revelador de características únicas, que le distingue de sus pares. Con lo cual, el derecho a la protección de la imagen queda configurado como uno de los componentes esenciales del desarrollo personal, que presupone el derecho a controlar el uso de dicha imagen⁷⁷⁸.

Junto a lo cual, en tercer lugar, destaca que es preciso analizar si los datos de carácter personal han sido tratados o utilizados de una manera tal que constituya una injerencia en el respeto a la vida privada. Para lo cual debe tenerse en cuenta que la existencia de una expectativa razonable de privacidad de la persona constituye un elemento significativo, aunque no necesariamente concluyente⁷⁷⁹.

⁷⁷⁷ Principio general 55 de la valoración de la citada STEDH

⁷⁷⁸ Principio general 56 de la valoración de la citada STEDH

⁷⁷⁹ Principio general 57 de la valoración de la STEDH, Sala Tercera, en el Caso López Ribalda.

Adicionalmente a ello, atendiendo a las citadas conclusiones sobre el art. 8 CEDH la sentencia concreta diversas implicaciones prácticas, que deben ser tenidas en cuenta en las relaciones laborales en general, y en particular, en relación con el asunto enjuiciado por el TEDH:

- a) Los empleados solo tienen conocimiento de la existencia de las cámaras visibles que enfocaban las salidas del supermercado, no habiendo sido informados de la instalación de cámaras enfocadas a las cajas, mediante un sistema de videovigilancia encubierta.
- b) La videovigilancia encubierta de un empleado en su lugar de trabajo debe ser considerada, según el Tribunal, como tal, como una importante intromisión en su vida privada. Y ello porque el trabajador carece de capacidad de disposición para ser grabado en el centro, al estar forzado a desempeñar su trabajo en ese lugar. Siendo que queda obligado en virtud del contrato de trabajo a desempeñar su trabajo en dicho lugar.
- c) A pesar de defender la Abogacía del Estado del Gobierno de España la falta de responsabilidad del Estado, dado que se trata de grabaciones realizadas en un recinto privado, el Tribunal reconoce que, aun cuando el objeto del art. 8 es esencialmente proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias del poder público, el Estado no debe simplemente abstenerse de tal injerencia. Con lo cual, el Estado queda obligado a garantizar el respeto por la vida privada. Lo que resulta de la vertiente negativa de su compromiso, que le obliga a no hacer, así como, de la vinculación a obligaciones positivas, dirigidas a respetar la vida privada. Dicho de otra manera, el Estado debe garantizar un justo equilibrio entre los tres intereses en juego, concretados en el derecho del trabajador al respeto de su vida privada, junto al interés del empresario por proteger su organización, para lo que tiene reconocido el derecho de gestionar su propiedad. Y, en tercer lugar, el interés público de disponer de la adecuada administración de Justicia⁷⁸⁰.

⁷⁸⁰ Cfr. El argumento 61 de la Sentencia citada, con el 68, en el que la Sala no considera aplicable la doctrina del Caso Köpke, ya que, en el supuesto del Caso López Ribalda, la videovigilancia encubierta, se basa en una sospecha general, no se produce como consecuencia de una sospecha justificada específica de algún trabajador de Mercadona, sino que la medida se dirige contra todo el personal que trabajaba en las cajas registradoras, así como contra todos los clientes. Por otra parte, tampoco se estableció con un límite temporal específico, ya que el sistema estuvo funcionando durante todas las horas del trabajo y durante varias semanas. A diferencia de ello, en el Caso Köpke la medida de vigilancia estuvo limitada en el tiempo, porque se llevó a cabo exclusivamente durante dos semanas, y se dirigía solo contra los dos empleados que fueron el objetivo de la medida.

- d) Con lo cual, desde un punto de vista formal, la videovigilancia encubierta se llevó a efecto ante las pérdidas detectadas, y las fundadas sospechas de la empresa de la comisión de robos por parte de trabajadores y clientes⁷⁸¹. Resultando cuestionable para el Tribunal que la medida se practicara sin límite temporal y de forma generalizada frente a cualquier persona que se encontrara en el centro.
- e) Por otra parte, advierte el Tribunal sobre la problemática de los datos visuales obtenidos, así como el almacenamiento y procesamiento de datos de carácter personal. Dado que se trata de información estrechamente vinculada a la esfera privada de las personas. Alertando del hecho de haber sido tratado y examinado el material por varias personas que trabajaban para el empresario, antes de conocer las propias demandantes, incluso, la misma existencia de las grabaciones de vídeo. Hasta el punto de que, entre las personas concededoras de esta información, con anterioridad a las trabajadoras, se encuentra la representación sindical y la representación legal de los trabajadores⁷⁸².
- f) Para la resolución del recurso, el Tribunal atiende a lo dispuesto en el art. 5 de la LOPD, conforme al cual los trabajadores tienen derecho a ser informados “previamente, de modo expreso, preciso e inequívoco” de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal⁷⁸³. Y junto a ello, de la finalidad de la recogida de los datos, además de quienes van a ser los destinatarios de la información. Recordando, también el Tribunal las especificaciones recogidas en el art. 3 de la Instrucción núm. 1/2006 de la AEPD⁷⁸⁴, que obliga a colocar un distintivo informativo que indicara las áreas que estaban bajo vigilancia, así como tener a disposición impresos en los que se detalle la información exigida ex art. 5.1 LOPD⁷⁸⁵.

⁷⁸¹ Argumento 62 de la STEDH, Sala Tercera, en el Caso López Ribalda.

⁷⁸² Argumento 63 STEDH, Sala Tercera, en el Caso López Ribalda.

⁷⁸³ En este sentido, el TEDH, no considera aplicable la doctrina que había sentado en el Caso Köpke, ya que en este caso durante el tiempo en que el empresario llevó a efecto la videovigilancia encubierta tras las sospechas de robo contra dos empleadas, el derecho alemán no había establecido las condiciones en las que un empresario podía utilizar la videovigilancia de un empleado para investigar un delito (a pesar de contar con importante jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Social Alemán, sobre las líneas directrices de la videovigilancia encubierta en el lugar de trabajo). La diferencia estriba, según aprecia la Sala, en que la LOPD española establece claramente que todo recolector de datos debe informar a los sujetos de la recogida de datos, de la existencia de medios de recogida y tratamiento de sus datos de carácter personal.

⁷⁸⁴ La Instrucción 1/2006 de la AEPD, que, aunque no constituye fuente del derecho, se encuentra publicada en el BOE de 13 de diciembre de 2006. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-21648-consolidado.pdf> [consulta: 23 septiembre 2018]

⁷⁸⁵ Argumento 64 STEDH

- g) Afirma el Tribunal, por lo anteriormente expuesto, que, como reconocieron los tribunales españoles, es un hecho cierto, que el empresario no cumplió con la obligación de la LOPD de informar a los trabajadores de la existencia de medios de recogida y tratamiento de sus datos personales, según lo prescrito en la ya mencionada legislación interna. Pero, a pesar de ello, tanto el Juzgado de lo Social, como el TSJ, consideraron justificada la instalación de videocámaras, por las fundadas sospechas de robo, así como por ser proporcionada y necesaria para alcanzar el objetivo legítimo perseguido. Llegando a afirmar la inexistencia de otros medios, igual de eficaces, para proteger los derechos del empresario que interfirieran menos con el derecho de los trabajadores al respeto de su vida privada.
- h) Por todo lo cual, concluye la Sección Tercera del TEDH, que en una situación donde se hallaba claramente regulado y protegido por ley (LOPD) el derecho del sujeto a ser informado de la existencia, objetivo y modo de la videovigilancia encubierta que le afecta, las demandantes tenían una expectativa razonable de respeto a su privacidad⁷⁸⁶.
- i) En consecuencia, el Tribunal no aplica la última doctrina de corte restrictivo, acordada por la mayoría del Tribunal Constitucional español, sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el empresario, con el objetivo legítimo de proteger sus intereses empresariales, así como el derecho de propiedad. Con lo cual, salvo que se produzca, la poco probable, revocación de la sentencia de la Sección tercera TEDH, deberá modificarse el criterio de interpretación de los tribunales españoles, ya que la Sala concluye en tal resolución, que los tribunales internos españoles no ponderaron un justo equilibrio entre el derecho de las trabajadoras demandantes al respeto de su vida privada, al amparo del art. 8 del CEDH y el interés del empresario en la protección de su derecho de propiedad⁷⁸⁷.

7.2.1.2 *El voto particular del Juez Devov*

Si bien no se comparte por quien suscribe el argumentario del voto particular sobre la sentencia, emitido por el Juez Devov⁷⁸⁸, quien disiente de la opinión mayoritaria de los

⁷⁸⁶ Argumento 67 STEDH

⁷⁸⁷ La conclusión aparece en el Párrafo70 de la STEDH

⁷⁸⁸ Dmitri Dedov está designado por Rusia desde el año 2013, durando su mandato hasta el año 2022

otros seis miembros la Sección Tercera del TEDH, conviene exponer unos apuntes sobre el mismo.

En tal caso, el Juez justifica la necesidad de la instalación de un equipo de videovigilancia, estimando que las medidas adoptadas por el empleador no pueden ser consideradas abusivas, arbitrarias o desproporcionadas con base en tres argumentos: a) porque no ha existido una interferencia en la vida privada de los trabajadores equiparable a la analizada en el caso “Bărbulescu”, en la que el empleador graba conversaciones privadas con miembros de su familia; b) porque considera equiparables las circunstancias que se dieron en el caso “Köpke”, o incluso más graves porque, en el caso del conflicto alemán, todas las cámaras instaladas eran ocultas y los empleados no habían sido notificados de ninguna vigilancia; y finalmente, c) debido a que un comportamiento ofensivo del trabajador no es compatible con el derecho a la vida privada protegida en el art. 8 CEDH. En tal caso, estima que el interés público debería prevalecer y salvaguardarse contra los comportamientos ilegales.

De tal forma, entiende que la arbitrariedad debería limitarse a proteger contra una interferencia abusiva. La cual a juicio del magistrado discrepante no se ha producido en base a los siguientes motivos que sintetiza en su voto:

- a) Porque las cámaras ocultas y las visibles estaban instaladas en un sitio público. Siendo que las cámaras visibles eran necesarias para tener una imagen global de cómo se organizaban las sustracciones. Además de ello, como medio de prueba, la empresa utiliza grabaciones de las cámaras instaladas legalmente y de las camufladas, con lo que concurren grabaciones de ambos tipos de cámaras para acreditar la comisión del delito durante los procesos judiciales.
- b) A mayor abundamiento, las cámaras visibles, para el magistrado, demuestran que la videovigilancia ha sido organizada por el empleador. Motivo por el que considera suficientemente cumplidas las obligaciones del empresario, a efectos de información. Por todo lo cual, no considera ajustada la decisión mayoritaria de la Sección 3ª de la existencia de vulneración de derecho a la vida privada, basada en el hecho de que los empleados no conozcan previamente que van a ser controlados los lugares donde ellos almacenan los productos.
- c) Por último, encuentra argumento justificativo suficiente en la generalización de la medida de control por videovigilancia, haber sufrido la empresa pérdidas bastante cuantiosas, que aumentaron progresivamente. Lo que haría razonable presumir que las pérdidas no habían sido causadas solo por un empleado. Unido a todo ello, añade, además, que el único sitio oculto de las cámaras visibles, en el

que se podían esconder los productos robados era detrás de los mostradores de las cajas.

En relación con estos argumentos, todos ellos deberían ser tenidos en cuenta al ahora de abordar el contenido de la regulación de los límites de la utilización de cámaras de videovigilancia. Lo que invita a realizar un planteamiento previo y determinar en qué momento se produce una interferencia en la vida privada de los trabajadores, lo que exige concretar el ámbito de protección del derecho. Sin duda alguna, el empresario puede utilizar mecanismos de videovigilancia, pero deberá hacerlo cumpliendo todas las exigencias legales. Sin embargo, desde mi punto de vista, los tribunales no deben dar validez a las pruebas obtenidas de modo ilícito, mediante grabación de una cámara instalada en un sistema de videovigilancia encubierto. Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad por vulneración de derechos fundamentales, que debería ser complementaria a la responsabilidad administrativa.

A modo de reflexión, de la misma manera, a diferencia de lo que deriva del caso “Köpke”, en el caso del conflicto español, los tribunales debieron haber anulado la prueba inválida y valorar si los demás medios de prueba lícitamente obtenidos eran suficientes para acreditar la procedencia del despido disciplinario.

Por otra parte, si bien resulta sencillo compartir que robar constituye un comportamiento ofensivo previo contra la propiedad privada (como manifiesta el magistrado discrepante), en un Estado de derecho, esto no legitima al empresario a contraatacar con otro acto igualmente lesivo y contrario a la buena fe, rebasando los límites del derecho a la vida privada, protegida en el art. 8 CEDH. Con lo cual, a mi juicio, el incumplimiento previo de los trabajadores y el posterior de la empresa invalidaría las medidas disciplinarias más graves, más allá del deber del trabajador de compensar económicamente al empresario por los bienes hurtados, y salvo que existiesen otros medios de prueba admisibles.

Sin embargo, a mi juicio, resulta difícilmente asumible que, el mero hecho de organizar un sistema de videovigilancia en la empresa implica el cumplimiento del deber de información previsto en la LOPD, ni la posibilidad de extender la vigilancia a cualquier espacio. Por otra parte, tampoco parece admisible justificar la generalización de la medida de control en la presunción de que, por la elevada cuantía de lo robado, existan numerosos trabajadores potencialmente delincuentes. Ya que esta interpretación lleva a una deriva de sospecha generalizada, así como de desconfianza mutua, que supone una quiebra del modelo de condiciones de trabajo en el que se inspira el Derecho del Trabajo español, que gira alrededor del principio de la buena fe contractual. Ya que con tal

generalización podría presumirse que todos sus clientes y empleados son potenciales delincuentes⁷⁸⁹.

Finalmente, merece crítica adversa, en mi opinión, el argumento del magistrado Devov relativo a que el único lugar posible, donde se podían esconder los productos robados de las cámaras visibles, era detrás de los mostradores de las cajas. Ya que, si tan obvio era, semejante afirmación, probablemente, ofrece el contraargumento de que la empresa pudo cometer una dejación de funciones al no controlar este espacio, habiendo sido más razonable que la legítima instalación de videocámaras, se hubiese practicado en esa zona y publicitado de tal forma a los trabajadores. Lo que lleva a explicar los motivos y los fines del tratamiento de los datos, ya que, con una medida disuasoria de este tipo, se puede conseguir el objetivo pretendido, si es que tal fin pretendido reside en evitar hurtos en la empresa. Antes, al contrario, más bien parece que la finalidad de la empresa es conseguir a la mayor brevedad un medio de prueba con el que acreditar la procedencia del despido.

7.2.1.3 *Análisis particular de la decisión en el Caso Ribalda*

A mi juicio parece justificada la crítica del TEDH hacia las resoluciones de los tribunales españoles del orden Social y del TC, ya que, en un sistema democráticos de derecho, la vigilancia no puede responder a un sistema inquisitorial de control. Al igual que el incumplimiento de la obligación de informar previa y expresamente a los trabajadores interesados, de modo preciso e inequívoco, sobre la existencia de un sistema de recogida de datos de carácter personal, y sus características particulares, en ningún caso puede ser justificado por la existencia de sospechas generalizadas. Dado que, en tal caso, se estaría abriendo la puerta a un modelo tecnológico de control incompatible con los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por otra parte, la falta de planificación temporal limitada (el Tribunal observa que la videovigilancia llevada a cabo por el empresario se prolongó durante un largo periodo de tiempo, no cumpliendo así con las exigencias del art. 5 LOPD), es otro de los elementos que deben ser garantizados por el Estado, para fijar los límites de la videovigilancia en las empresas.

⁷⁸⁹ Más allá de todas las consideraciones, téngase en cuenta de los perjuicios colaterales que han llevado a la trabajadora la judicialización del conflicto, ya que los apellidos López Ribalda se asocian al despido de una empleada por sustracción de bienes en la empresa, lo que puede acarrear serios problemas para su integración en el mercado de trabajo. Se ha constatado también en otros supuestos (caso Cristina Cifuentes) el desprestigio personal que puede ocasionarse a una persona, mediante la filtración a los medios de comunicación las imágenes grabadas por una videocámara con ocasión de un hurto.

Por último, también coincidimos, como aprecia el Tribunal, en que los derechos del empresario, que sin duda merecen también instrumentos legales de protección, podrían haber sido protegidos, por lo menos hasta cierto grado, por otros medios. Lo que no impide cumplir con el deber de informar previamente a los trabajadores y a los clientes sobre la instalación de un sistema de videovigilancia. Resultando más adecuadas otras medidas preventivas, tecnológicas o humanas, de control que detecten las sustracciones en el momento en el que se producen.

7.2.2 Consideraciones finales

A la vista de lo hasta ahora expuesto, se puede afirmar que el cambio de criterio de la doctrina mayoritaria del TC, a favor de exonerar a las empresas del deber de información explícito y expreso, cuando existe la sospecha de la comisión de irregularidades por un trabajador (en contra de la doctrina que se había establecido anteriormente en sentencias como la STC 29/2013) ha sido corregido, inicialmente, por la sentencia de la Sección Tercera del TEDH, de 9 de enero de 2018⁷⁹⁰. Conviene reparar, al respecto, en que aún no se conoce el sentido en el que se resolverá por la Gran Sala el recurso interpuesto, ya que se encuentra pendiente de fallo. La decisión del Reino de España, de impugnar su condena por vulneración del derecho a la intimidad, regulado en el art. 8 CEDH, se justifica en que el sistema de videovigilancia llevado a cabo por el empresario, durante un periodo excesivamente prolongado, no atendió a las exigencias previstas en la legislación española en materia de protección de datos⁷⁹¹. Unido a lo cual, hace valer el criterio del TC sobre la validez de la realización de grabaciones sin información previa a las trabajadoras afectadas, en caso de flagrante incumplimiento.

Con lo cual, a la espera de la decisión final de la Gran Sala, todo parece indicar que la doctrina citada del TEDH influirá directamente en la jurisprudencia española del Tribunal Supremo⁷⁹², y del Tribunal Constitucional. Parece incuestionable, asimismo, la exigencia

⁷⁹⁰ Vid La Sentencia de 9 de enero de 2018 de la sección tercera en el caso Ribalda, que confirma el criterio sostenido en la sentencia anterior de 5 de septiembre de 2017 dictada por la Gran Sala TEDH en el Caso Bărbulescu c. Rumanía. Disponible en:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-179881"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) [consulta: 12 septiembre 2018]

⁷⁹¹ La sentencia alude a la obligación de informar, previamente y de forma explícita al trabajador, sobre las características del sistema de captación de datos personales, como es la imagen, ex art. 5 de la LOPD 15/1999.

⁷⁹² En la jurisprudencia más reciente del TS, se ha aplicado la doctrina constitucional de la STC 39/2016 en la Sentencia, dictada en pleno, STS 77/2017, de 31 de enero de 2017, ECLI: ES:TS:2017:654, que resuelve el recurso de casación para unificación de doctrina, con el voto particular de la magistrada SEGOVIANO ASTABURUAGA, ML, al que se adhieren los Magistrados VIROLES PIÑOL, R.M. y AGUSTÍ JULIA, J., basado

de un mayor rigor en el deber de información suficiente, no siendo suficientes los carteles indicativos que señalan la existencia de una "zona videovigilada" (a excepción de supuestos fortuitos). Contrariamente a lo cual, en los supuestos en los que se pretenda utilizar herramientas tecnológicas como medida de control de la actividad laboral, debería tenerse en cuenta que la medida siempre implica una restricción de derechos fundamentales, lo que exige conseguir un adecuado equilibrio entre derechos. Motivo por el cual, cualquier medida debería superar el triple juicio de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, de conformidad con todavía intacta doctrina del Tribunal Constitucional⁷⁹³.

en que las imágenes se obtuvieron del sistema de videovigilancia instalado por la empresa, del que solo se había informado sobre su ubicación, pero no del uso que se iba hacer de las mismas en relación al control del cumplimiento de las obligaciones que emanan de la relación laboral, por lo que discrepan del criterio general de la Sala, al entender que no se ha producido una vulneración del derecho a la imagen ex Art. 18.1 CE, sino del derecho a proteger sus datos ex 18.4 de la Constitución, al formar parte las imágenes grabadas del derecho a la protección de datos. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&referenc e=7950854&links=%223331%2F2015%22&optimize=20170306&publicinterface=true> [consulta: 28 septiembre 2018]

Lo mismo cabe señalar de la sentencia del Pleno del TS 86/2017, de 1 de febrero de 2017, RCUUD núm. 3262/2015 ECLI: ES:TS:2017:811, que resuelve otro recurso de casación para unificación de doctrina que justifico la validez de la utilización de cámaras de videovigilancia señalizadas y conocidas, como medida de seguridad. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&referenc e=7958145&links=%223262%2F2015%22&optimize=20170313&publicinterface=true> [consulta: 20 septiembre 2018]

Igualmente, la STS 96/2017, de 2 de febrero de 2017, RCUUD 554/2016, ECLI: ES:TS:2017:817, consideró igualmente válida la utilización de cámaras de videovigilancia, a pesar de que el trabajador no había sido informado expresamente sobre el uso y destino de las imágenes obtenidas a través de esta. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&referenc e=7958146&links=%22554%2F2016%22&optimize=20170313&publicinterface=true> [Consulta: 20 septiembre 2018]

⁷⁹³ Vid STC 39/2016, de 3 de marzo, ECLI:ES:TC:2016:39, que condiciona la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales a la observancia del principio de proporcionalidad, que exige verificar tres requisitos: en primer lugar, si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); en segundo lugar, el objetivo de la necesidad, de forma que no exista otra medida más moderada para conseguir con la misma eficacia el objetivo previsto (juicio de necesidad); y finalmente, si la medida es ponderada o equilibrada, derivándose de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24843> [consulta: 18 de abril 2017]

8 CONCLUSIONES

En lo que a aprovechamiento de la primera revolución industrial se refiere, en la historia moderna, España inicia con retraso su proceso de modernización y crecimiento económico. Hasta el punto de demorarse más de un siglo su proceso de integración, lo que lleva a un reducido nivel de crecimiento en la economía española en el siglo XIX. Destacan entre los factores determinantes del endémico retraso tecnológico de nuestro país, frente a otros países de la Unión Europea, la falta de inversión en la industria, los elevados niveles de déficit y de deuda de las administraciones públicas, además de una deficiente iniciativa política en el impulso del progreso económico.

Lo que nos lleva a recordar que no podemos repetir el mismo error de nuevo. Y es que, ciertamente, España no puede consentir una incorporación tardía a la economía digital. Por este motivo, los poderes del Estado deben facilitar la incorporación de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en las relaciones de trabajo, para favorecer el crecimiento de la productividad y la competitividad de las empresas, con el fin de facilitar la generación de nuevos puestos de trabajo de alto valor añadido. De forma que, paralelamente, se pueda avanzar hacia un modelo de relaciones laborales, que sea compatible con los estándares de calidad de los derechos laborales que inspiraran un modelo constitucional moderno respetuoso con los ciudadanos.

Los datos del estudio *“Under Pressure: The Squeezed Middle Class”* de abril de 2019 (*Bajo presión: la exprimida clase media*), de la OCDE invitan a tomar decisiones de forma inmediata, ya que se estima que, a corto plazo, el veinticuatro por ciento de los empleos de trabajadores españoles, con ingresos medios, se encontrarán afectados por el riesgo de la automatización. Representando nuestro país uno de los que mayor riesgo afrontan, entre los más desarrollados.

8.1 Crisis del modelo clásico de trabajo y de trabajador

Siendo un hecho indiscutido la crisis del modelo clásico del trabajo que sirvió de inspiración para la redacción de Estatuto de los Trabajadores, algunas propuestas y reflexiones conclusivas se a continuación: La automatización, la integración de la Inteligencia Artificial, la realidad Virtual, la realidad aumentada, la utilización de drones o de robots, permiten ganar competitividad en las empresas al ahorrar tiempo, simplificar procesos o hacerlos más eficientes, así como eliminar las tareas repetitivas. Lo cual lleva a la creación de perfiles profesionales adaptados a las necesidades tecnológicas. Por lo que no queda otra alternativa que abrir el debate de la reforma del Estatuto de los

Trabajadores e ir desbrozando el camino, atendiendo a los distintos problemas a los que se enfrentan las relaciones laborales.

Si bien los inicios de la disciplina del Derecho del Trabajo, en el siglo XX, se basan en un modelo protector de la prestación de trabajo, en el que su duración se vincula preferentemente a la vida activa del empleado, ocurre, sin embargo, que las tecnologías han redefinido su contenido, pasando a ofrecer una nueva concepción del empleo. Incluso hasta el extremo de dejar obsoletas, en parte, algunas de las notas definitorias de la prestación tradicional de trabajo. De este modo, las etapas clásicas de formación, previa al trabajo, y desempeño de la actividad laboral en la misma empresa hasta la jubilación, se encuentran superadas por la demanda de formación permanente del empleado durante toda la vida laboral. De esta manera, la formación constituye la herramienta que facilita la flexibilidad al trabajador, además de su capacidad de adaptación a las necesidades empresariales.

Con lo cual, el originario Estado del bienestar, que comenzó a forjarse tras la Segunda Guerra Mundial, mediante el reconocimiento de políticas pasivas, se ha tornado en un “Estado del bienestar dinámico”, en el que el trabajador debe buscar proactivamente un trabajo, además de mantenerse en perfectas condiciones de formación, disponibilidad y flexibilidad frente a la necesidad de adaptación tecnológica de la empresa. En vista de lo cual y como consecuencia de tales exigencias, resultaría oportuno mejorar las condiciones salariales de los trabajadores, para compensar los esfuerzos permanentes de adaptación que los ritmos de evolución de la economía exigen.

En este caso, parafraseando a Beveridge en su informe publicado en 1941, en el que se proclamaba el principio de cobertura universal de la Seguridad Social para todos los ciudadanos "desde la cuna hasta la tumba" (*from cradle to grave*), el tipo de empleo demandado en la economía digital requiere de un aprendizaje permanente, también, desde la cuna hasta la tumba. Para lo cual resulta preciso dinamizar la economía, con el fin de recuperar constantes niveles de crecimiento, mediante los cuales generar riqueza, ya que solo así será posible consolidar el Estado del bienestar.

Además de ello, los trabajadores de hoy y del futuro (o si se quiere “personas trabajadoras”, conforme a la nueva tecnología utilizada por el legislador español) se verán afectados por el pluriempleo y la pluriactividad, marcando de esta forma, el cambio de paradigma. Con lo que, de hecho, la inmensa mayoría de trabajadores contará con una dilatada vida laboral que acreditará su paso por distintas empresas. Sin embargo, si bien no quedarán erradicadas de forma automática las trayectorias laborales con dedicación en una exclusiva empresa a lo largo de la vida profesional, todo parece indicar que ya ha dejado de ser el modelo común de referencia, empezando a considerarse una *rara avis*.

Cabe en esta línea concluir que las Tecnologías de la Información y de la Comunicación han hecho surgir nuevas formas de trabajo, que permiten que el tiempo de trabajo sea más abierto, ofreciendo además un mayor espacio a la autonomía del trabajador en la ejecución del contrato. A cambio de lo cual, se perciben retribuciones con una parte flexible, cada vez más vinculadas al resultado. Advirtiéndose con todo ello, que las nuevas demandas de la economía digital no encuentran respuesta en un Estatuto de los Trabajadores, inspirado en el modelo de relaciones laborales de 1980 se ha visto superado por los acontecimientos.

8.2 Vuelta a los orígenes del fundamento del Derecho del Trabajo

La crisis del modelo clásico laboral y la necesidad de refundar el marco jurídico laboral exige una vuelta a los orígenes del fundamento del Derecho del Trabajo, para recuperar y consolidar la esencia de los elementos clave de la disciplina.

Actualmente se viene alertando, desde distintos ámbitos, sobre los riesgos que implican para la calidad de las condiciones de trabajo, el aumento de las cuotas de mercado de las *superstarfirms* y las dinámicas del *winner-takes-most* en la economía global. Esta circunstancia provoca una gran brecha entre tales empresas, en las que sus trabajadores han participado en un rápido cambio tecnológico, y aquellos otros sectores rezagados de la economía, integrados por empresas y trabajadores que están quedando al margen del desarrollo tecnológico, por su obsolescencia. Los cuales cuentan con elevadas probabilidades de desaparición. Además, la excesiva concentración corporativa podría debilitar el marco de derechos sociales de los trabajadores alcanzado en el Estado del bienestar, perjudicando sus condiciones laborales y salariales. Por el cual, es preciso que las instituciones hagan frente a este nuevo escenario, dotando al sistema de relaciones laborales de un marco que reequilibre la posición de superioridad de las *superstarfirms*. Las cuales pueden controlar los precios de los bienes y salarios, al haberse convertido en los nuevos líderes de la economía y del empleo

A su vez, algunos países proponen como solución a tal amenaza el proteccionismo y la aplicación de prácticas anticompetitivas (como imposición de aranceles), en función del avance de las empresas tecnológicamente líderes, y su progresivo incremento de la cuota de mercado. Tales decisiones producen efectos claramente negativos para el desarrollo económico, para la consolidación de empleos, y para la creación de nuevos puestos de trabajo, habiéndose demostrado a lo largo de la historia que la resistencia de las instituciones políticas y jurídicas a los avances provoca efectos de retroacción en la esfera económica, obstaculizando el normal desarrollo de la vida económica.

Y es que ciertamente, por muy veloz que sea el progreso tecnológico, no se debería perder de vista los problemas que motivaron la creación de la disciplina del Derecho del Trabajo. Los avances de la economía digital dan lugar, en ocasiones, a acontecimientos que no se encuentran tan lejanos a la coyuntura social provocada a partir de la primera revolución industrial. De tal manera que, si las primeras leyes laborales supusieron un punto de inflexión en la *cuestión social*, el objeto del Derecho laboral debe seguir esforzándose en ofrecer respuestas a la inalterada falta de igualdad entre las partes de la relación laboral.

Del mismo modo, la cuarta revolución industrial o revolución digital obliga a garantizar unas condiciones de trabajo dignas para los empleos que surgen a su alrededor para alcanzar un progreso sostenible y equilibrado. Por lo que, deberían extenderse los beneficios de las tecnologías a todos aquellos aspectos de la organización empresarial, que permitan crear nuevas oportunidades de empleo, introducir mejoras en la conciliación personal, familiar y laboral, favoreciendo las posibilidades de empleo de las personas trabajadoras de mayor edad, facilitando, así, un modelo económico que de soluciones al problema de envejecimiento de la población.

Al mismo tiempo, resulta necesario hacer pedagogía constitucional para humanizar la tecnología. Para lo cual se requieren respuestas constitucionales nuevas, que garanticen la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores, en un grado asimilable al que ofreció nuestra jurisprudencia constitucional en el pasado, en los términos reconocidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si bien, mientras tanto, se muestra indispensable que el legislador acometa una reforma laboral que dé respuesta a las demandas de economía digital, de forma más ambiciosa a la exigua reforma del trabajo a distancia, a la regulación de los derechos digitales de los trabajadores, o a la precipitada regulación del registro de la jornada de trabajo. De tal manera, habiéndose constatado la existencia de derechos en juego y un riesgo cierto de que se produzcan conflictos, resulta inaplazable la juridificación del uso de la tecnología, protegiendo los derechos fundamentales del trabajador frente al del empresario, determinando los supuestos de prevalencia de interés de los trabajadores.

Surgen, además, razones de seguridad jurídica las que obligan al legislador español a sentar las bases de las relaciones laborales, integrando todos los supuestos en los que pueda realizarse el trabajo en un entorno digital. Debiéndose, especialmente, garantizar la tutela de los derechos fundamentales, cuando pueda verse afectada su efectividad. De tal forma que, este nuevo marco deberá contemplar la prestación de trabajo, ya sea de forma combinada con la presencia física en la empresa, o de forma exclusiva fuera del

centro. Queda, así, fuera de toda duda que el Derecho del Trabajo debe seguir aportando el equilibrio necesario entre los intereses de los trabajadores y de los empresarios.

En este contexto, debe llamarse la atención de los responsables políticos, a los que la Constitución Española mandata, a través de los principios rectores de la política social y económica, en la sección 1ª, del capítulo II, del título I, para promover las condiciones favorables para el progreso social y económico, realizando una política orientada al pleno empleo. Lo que implica la responsabilidad de abordar la reforma del modelo de relaciones laborales y la economía digital. Debiendo tenerse en cuenta que, mientras no se dé solución a la confrontación generada por el uso de las tecnologías, no resulta extraño que puedan incrementarse las hostilidades hacia su uso. Por lo cual, parece acertado el compromiso de crear un grupo de expertos, conforme establece el RDL 8/2019, a fin de que se aporten ideas, propuestas y respuestas a las dudas e incertidumbres que la economía digital ha generado. Todo ello, con el fin de preparar una reforma que atienda a problemas y necesidades reales del mercado de trabajo. Siendo precisamente, la falta de una estrategia conjunta al respecto, unida a la atomización del escenario político, lo que nos muestra un panorama no exento de dificultades para alcanzar un marco normativo en España, mediante el que se articule la integración pacífica de las tecnologías sobre las nuevas formas de trabajo.

Así, en concreto, la conflictividad generada entre el sector del taxi y las nuevas alternativas a la prestación del servicio público de transporte de personas (que permiten la contratación del servicio a través de plataformas tecnológicas, como UBER o CABIFY), ha puesto de manifiesto la dificultad de las diferentes administraciones para ofrecer soluciones homogéneas a la problemática de la necesidad de reestructurar el sector, en el que coexisten diferentes formas de competencia. Advirtiéndose, además, que la reacción de algunas administraciones ha virado hacia la regulación de limitaciones a la prestación del servicio, como posición proteccionista que podría resultar contraria a la competencia (caso de Decreto Ley 4/2019, de 29 de enero, de medidas urgentes en materia de transporte de viajeros mediante el alquiler de vehículos con conductor, aprobado en Cataluña).

Lo cual nos lleva a pensar que la economía digital ha abierto un nuevo y amplio espacio para la conflictividad, encontrándose la raíz del problema en la oposición del sector del taxi a la competencia que surge de la aplicación de las tecnologías, unido a intereses económicos, al ver reducidas sus expectativas respecto del valor de la transmisión o cesión de las licencias. Debiendo reconocerse que, si se ha producido o no un desequilibrio económico en el sector del taxi para los titulares de licencias tradicionales, a consecuencia de la aparición de nuevos actores que se han incorporado de la mano de la economía digital, tal responsabilidad no debería imputarse a la tecnología, sino a un

mercado, poco transparente y consentido por las administraciones, en el proceso de transmisión de licencias.

Sin perjuicio de ello, no se puede negar que nos encontramos en el momento adecuado para analizar, cuál debe ser el papel que ha de jugar la administración en la determinación de los derechos básicos, y condiciones de trabajo de los empleados, en las empresas autorizadas para prestar el servicio, a través de plataformas de comercialización. Donde, en cualquier caso, resultaría inadmisibles, a mi juicio, una actitud obstruccionista hacia el desarrollo de las tecnologías, que implicaría una imperdonable pérdida de oportunidades. Por más que, apelando a la necesidad de reformas, no puede olvidarse la existencia de conflictos de intereses entre posiciones monopolísticas tradicionales, frente a propuestas más liberales del mercado. Todo lo cual, indica la oportunidad de abordar, no en cada comunidad autónoma o en cada municipio, sino en un marco normativo nacional, la estrategia y las bases de desarrollo de la economía digital por la que se apuesta en nuestro País.

Siendo el conflicto del taxi uno de los exponentes de las consecuencias de la economía digital en la conflictividad laboral, al mismo también destaca por su creciente intensidad y la devaluación de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales junto a la problemática de los falsos autónomos. Se trata de un fenómeno que implica la «fuga» de las empresas del rígido sometimiento al Derecho laboral, regulándose, en la mayoría de las ocasiones la prestación de trabajo, por normas de Derecho privado, civil o mercantil. Siendo responsables, en todo caso, de tal escapismo los Poderes legislativos, ante su inacción en la elaboración de las disposiciones adecuadas.

8.3 Un análisis con visión global

Cualquier análisis del diseño de una estrategia de desarrollo de la economía digital ha de realizarse con una visión amplia y global. Fundamentalmente porque desde que hace treinta años se iniciase la era de internet, como red para compartir ideas y conocimientos, la tecnología ha pasado a formar parte de la conciencia social, como un derecho humano, que debería tener acogida en los tratados internacionales. Siendo así preciso, al hablar de Tecnologías de la Información y de la Comunicación, de internet, de robótica o de Inteligencia Artificial, partir de un escenario global, desde el que debería escalonarse la articulación de las políticas supranacionales y nacionales.

De tal manera, habiéndose detectado, al igual que en anteriores revoluciones tecnológicas, que el proceso de transformación económica y social, impulsado por las

tecnologías de la información y la comunicación, ha dado lugar a relevantes transformaciones en el mercado de trabajo, es preciso, aportar un adecuado diagnóstico que arroje luz sobre los problemas suscitados, especialmente respecto a los conflictos entre los derechos fundamentales de los trabajadores y los derechos constitucionales del empresario. Lo que lleva inexorablemente, también, a analizar debilidades, fortalezas, amenazas y oportunidades del mercado de trabajo, para acometer la necesaria adaptación de la normativa, preservando un adecuado equilibrio entre los derechos de los trabajadores y de los empresarios.

Se detecta por ello, que, si bien el Derecho del Trabajo ha contado desde sus orígenes con una dimensión mayoritariamente nacional, la extensión del fenómeno de internet, desde que se inventase hace tres décadas, y la globalización exigen reforzar nuevas experiencias en el ámbito del Derecho Internacional. Resultando extremadamente conveniente que determinados aspectos básicos se aborden desde una perspectiva supranacional, conforme a la experiencia de principios y valores en que se basa el Estado del bienestar y el pilar de derechos sociales en la Unión Europea, lo que permitiría consolidar determinados derechos de los trabajadores con vocación de generalidad en Europa. Pudiendo constituir el marco europeo de primera piedra, en la construcción de una arquitectura jurídica de la regulación de los derechos de los trabajadores a nivel global.

Además de lo ya concluido, adviértase también que, si se pretende alcanzar una posición de fortaleza en Europa en esta materia, cualquier estrategia que se diseñe en el ámbito de la Unión, debería coordinarse con el resto de las estrategias diseñadas por los países miembros. Las cuales, deberían afrontar de forma homologada los supuestos de vulnerabilidad de trabajadores ante la revolución digital. De forma que, a pesar de que la Unión Europea carece de competencias en materia de empleo (reservadas a la legislación nacional), la creación de la Autoridad Laboral Europea podría servir de útil instrumento para impulsar soluciones coordinadas en un mercado laboral digital.

Paralelamente a cualquier iniciativa que pueda impulsarse en el ámbito de la Unión Europea, resultaría también muy conveniente apostar por una regulación de mínimos a nivel de la Organización Internacional de Trabajo para todos los trabajadores que prestan sus servicios para la economía digital. Tal iniciativa requeriría la aprobación, por la Conferencia General de la OIT, de un Convenio de trabajo específico avalado con el máximo consenso en esta Organización Internacional. Existiendo precedentes que pueden servir de punto de partida para el nuevo marco, como es el caso del Convenio para el Trabajo Marítimo, que resulta de aplicación a todos los trabajadores del mar. Y en este mismo sentido, podrían articularse los derechos básicos de los trabajadores que presten sus servicios en entornos virtuales, incluyendo entre los derechos individuales,

los límites de la facultad de control frente a derechos fundamentales; el derecho de conexión y desconexión una vez finalizado el trabajo; el derecho a una jornada laboral máxima; el derecho a la protección de datos personales y a la intimidad, siendo que, de hecho, la exigua regulación de la organización internacional sobre esta materia ya ha quedado obsoleta (como muestra, el *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre protección de datos de la OIT*); el derecho a un salario mínimo; el derecho a prestaciones sociales y asistenciales, e incluso derechos digitales colectivos de los representantes de los trabajadores.

8.4 La destrucción creativa del marco normativo español de relaciones laborales para conseguir un modelo socio-tecnológico equilibrado.

Una vez internalizados los tres elementos básicos para abordar el marco jurídico de la economía digital: ser conscientes de la crisis del modelo clásico del trabajo, no perder la esencia de los principios y valores en los que se basa el origen el Derecho del Trabajo, así como la visión global que exige internet, es preciso iniciar un proceso de destrucción creativa del marco jurídico español de relaciones laborales, para obtener un modelo socio-tecnológico equilibrado.

Por lo cual, ante la insuficiencia actual del sistema de fuentes del Derecho en España, para encaminarnos hacia la senda de un modelo que garantice el equilibrio de derechos y obligaciones en las relaciones laborales, resulta necesario abordar una serie de políticas socio-laborales que faciliten una integración adecuada a la economía digital. Siendo preciso, además, explicar estos cambios a la opinión pública y realizar una reforma en el ordenamiento jurídico español que pivote sobre la humanización de la tecnología.

De tal manera, la respuesta a los rápidos cambios de la economía no puede alinearse de parte de la tecnofobia, ni la desregulación de las condiciones de trabajo. Ante lo cual, la tecnología informática invita a desarrollar nuevos paradigmas reguladores con un papel más destacado de la intervención pública en el ámbito de las relaciones laborales. Lo cual obliga a redefinir el marco regulador del Derecho del Trabajo, de forma que no obstaculice el florecimiento de oportunidades y modelos de negocio innovadores. Motivo por el cual, resulta indispensable una estrategia adecuada a principios y valores socialmente aceptables, para alcanzar un aprovechamiento adaptado a un modelo de calidad de las relaciones de trabajo.

8.4.1 Una selección de políticas socio-laborales a impulsar

Las políticas socio-laborales que habrían de adoptarse, de forma paralela a la reforma del Derecho del Trabajo, abarcan un amplio espectro de competencias. Por lo que, desde esta perspectiva, resulta indispensable una política industrial que disponga de incentivos correctos para el desarrollo de un clima innovador, un funcionamiento más eficiente de la economía digital, y una regulación de las relaciones de trabajo a la altura del Estado del bienestar, como pilar básico diferenciador del Estado Social en España y en la UE.

De tal manera, dado que el proceso de transformación tecnológica en curso ofrece nuevas oportunidades de creación de empleo, especialmente en sectores innovadores, y en prácticamente todos los ámbitos en general, la madurez del mercado de trabajo debería ser capaz de facilitar patrones flexibles de innovación permanente. Tal circunstancia permitiría mejorar la competitividad del tejido empresarial, la reorganización de efectivos, y la calidad de las relaciones de trabajo, facilitando herramientas de conciliación de la vida personal y laboral. Con lo que, cualquier reestructuración del trabajo debería ir acompañada de un marco regulador que garantice la conservación de aquellos derechos fundamentales y ordinarios de los trabajadores, que pudieran verse afectados, en toda su extensión.

Además, se hace preciso incidir, también, en la adopción de políticas orientadas a la prevención, frente a las más habituales políticas de reparación, con objeto de identificar a aquellos trabajadores más vulnerables a la revolución digital, minimizando, así, los costes de transición desde la perspectiva individual y social. Por lo cual, más allá de los tradicionales colectivos que por su edad, sexo, o nacionalidad encuentran más dificultades de las habituales para acceder al mercado de trabajo, no convendría olvidar que los riesgos de la digitalización varían en función de variadas circunstancias. Siendo cierto que la mayoría de ellos residen en aspectos, como el grado de desarrollo tecnológico de empresa, no resultan menos trascendentes circunstancias como el sector al que pertenece, el nivel educativo del trabajador, sus habilidades digitales, o su predisposición a participar en acciones formativas para mejorar las capacidades requeridas.

Ante esta situación, cuentan con un peso específico las políticas educativas sobre competencias digitales. Por más que en España todavía no se genera una demanda de profesionales en las áreas de ciencias, matemáticas y tecnologías, equiparables a los países más desarrollados tecnológicamente de la Unión Europea, sin embargo, actualmente, la mayor brecha de habilidades profesionales en TIC se encuentra en países como Alemania, Reino Unido y Francia, donde se estima que la demanda de estos perfiles profesionales se incrementará exponencialmente hasta 2020. Será a partir de este

momento cuando se prevé que quedará igualado, al alza, el nivel de demanda en todos los países de la Unión, incluido España. Motivo por el cual, los responsables con competencias en el ámbito educativo, especialmente las Universidades, así como los futuros trabajadores que se encuentran en fase de formación, habrían de reparar en tal aspecto.

Por todo lo concluido, parece imprescindible intensificar dichas políticas educativas, poniendo el acento en las habilidades y competencias digitales, así como políticas de empleo que aceleren la recualificación de aquellos trabajadores que no cuentan con ellas. Debiendo adaptarse las políticas educativas a las condiciones de la sociedad y, en especial, a los derechos fundamentales vinculados a la dignidad de la persona.

Adviértase que la mayor o menor brecha entre oferta y demanda de profesionales con conocimientos en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas en todos los países, evidencia, adicionalmente, la necesidad de impulsar conocimientos de distintitas lenguas. Todo ello, sin perjuicio del interés social que supone impulsar proyectos dirigidos a que la mano de obra española trabaje, sin necesidad de desplazamiento físico, para empresas de cualquier país donde exista una mayor brecha de habilidades profesionales, así como facilitar la extensión de las tecnologías al mundo rural, para alcanzar un desarrollo sostenible en distintos entornos y el asentamiento de la población en todo el territorio nacional.

Por otra parte, en lo que a formación respecta, la aplicación del Reglamento europeo en materia de protección de datos invita a que el ámbito de la formación profesional para el desarrollo de las funciones del Delegado de Protección de Datos se articule a través de las Universidades. Resultando la formación universitaria el ámbito más adecuado para la acreditación de los conocimientos necesarios que habiliten al ejercicio de tal actividad. Y dado que la economía digital cuenta con un marcado carácter multidisciplinar, podría constituir una especialidad para cualquier titulación universitaria. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad del trabajador de acreditar la experiencia profesional en materia de protección de datos, a través de otras fórmulas que puedan preverse.

Conviene destacar también la necesidad de fomentar políticas de inclusión del colectivo de discapacidad en la economía digital. Tomando conciencia de que, desde esta perspectiva las tecnologías pueden mejorar la empleabilidad y la integración social y laboral de las personas con discapacidad. Por ello, es de clara relevancia apostar por la integración tecnológica inclusiva en el mundo y para el mundo de la discapacidad. De esta manera, si el 69% de las personas con discapacidad demanda suplir las situaciones de dependencia con una mayor accesibilidad, a través del desarrollo tecnológico, parece obligado atender a sus peticiones y abordar el camino para mejorar la tasa de empleo de

los trabajadores discapacitados, ya que solo uno de cada cuatro discapacitados, en edad de trabajar, se encuentra en activo en el mercado de trabajo. De esta manera, una tecnología inclusiva favorecería la incorporación en el mercado de mayor número de personas con discapacidad, permitiendo que las empresas incrementasen su diversidad y competitividad, atrayendo así, a un mayor número de profesionales.

Se afirma, por otra parte, que la rápida evolución por la que está discurriendo la cuarta revolución industrial obliga a las administraciones públicas a impulsar especialmente las políticas activas de empleo, así como que el modelo pasivo de Estado de Bienestar se ha transformado en un modelo proactivo, en el que el trabajador tiene la obligación de formarse, buscar un empleo y ser flexible a los cambios operados por la economía digital. Sin embargo, esto no es contrario a un sistema de desarrollo socio-económico sostenible que atienda las necesidades de aquellos que quedan expulsados durante el proceso de transformación. De hecho, se ha señalado también la conveniencia de detectar los colectivos más vulnerables a las tecnologías, con el fin de diseñar, en su caso, las políticas reparadoras precisas. Cuestión a la que se refieren distintas instituciones internacionales al proponer una Renta básica Universal que, si se pretende impulsar (ya sea por iniciativa de la UE o a nivel nacional), requiere unas bases sólidas de desarrollo, economías saneadas y sostenibles. Por lo cual, cualquier medida referida a políticas pasivas de empleo quedará condicionada a la concurrencia de marcos de estabilidad presupuestaria de las administraciones públicas, liberados de resultados de déficit excesivo.

En este sentido, como ya se proclamaba en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 22, *“toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a obtener... .. mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”*. De manera que, dentro de las políticas de redistribución, resultaría conveniente rediseñar las políticas pasivas, e incluir mecanismos que compensen a quienes resulten perjudicados por la revolución digital, ante su imposibilidad de adaptación a las reformas tecnológicas. Sin embargo, es preciso insistir en el diseño de modelos sostenibles fuertes, que admitan un encaje de la aprobación de una renta básica. Concretamente, en España, sería aconsejable el estudio de la unificación de las distintas prestaciones de “emergencia social” que han proliferado a raíz de la crisis iniciada en el año 2007, y se mantienen en la actualidad. Sobre todo, a la vista del diversificado catálogo de servicios sociales autonómicos, y los diferentes requisitos exigibles para la percepción de las distintas subvenciones, que comprenden ingresos mínimos de inserción socio-laboral, ayudas de inclusión social, ayudas de emergencia social; o las más recientes rentas básicas y rentas garantizadas o rentas de ciudadanía.

Adicionalmente a lo anterior, de la misma forma que durante las últimas décadas se han impulsado distintas normas sobre calidad y gestión de calidad, establecidas por la Organización Internacional de Normalización (ISO), también sería conveniente impulsar políticas dirigidas a fomentar el uso de “tecnología homologada”, que refleje el contenido mínimo de los estándares de respeto a los derechos reconocidos en la Convención Europea de Derechos Humanos, así como las guías y herramientas específicas de implantación de las tecnologías en el marco de las relaciones laborales, así como los métodos de auditoría. Todo ello con el fin de articular un sistema que facilite la homologación de la tecnología utilizada en el marco de las relaciones laborales, atendiendo en nuestro caso, al reconocimiento de los derechos fundamentales garantizados por el marco normativo español.

De tal manera, sería conveniente que la estrategia sobre economía digital por la que finalmente se opte en España, redujese al máximo los efectos negativos de la tecnología sobre el empleo, y potenciase la vertiente positiva de la digitalización. Lo que aconseja vincular su desarrollo a la mejora de la competitividad de las empresas, a la creación de nuevos puestos de trabajo, al respeto a los derechos laborales, a la conciliación de la vida personal y laboral, además de a la mejora de la calidad de vida de los trabajadores, particularmente, facilitando que continúen trabajando las personas de mayor edad, incluso después de la jubilación. Téngase en cuenta que el Estado de Bienestar no ha dado solución, hasta la fecha, a la realidad del incremento de la esperanza de vida del trabajador jubilado (España, con una esperanza de vida de 83 años y la previsión de que se incremente hasta 85,8 años en el año 2040, se posiciona como el segundo país de la OCDE con medias más elevadas). Con lo que las tecnologías podrían aportar también un útil instrumento para fomentar un envejecimiento activo, compatibilizando trabajos esporádicos altruistas en entornos virtuales con la etapa de jubilación. Se trataría mediante esta experiencia, de compartir voluntariamente con otros empleados, de forma segura, el *know how* adquirido durante toda una trayectoria laboral. Siendo que el modelo aportaría la eliminación de los riesgos vinculados a un trabajo ordinario, y evitaría el aislamiento de las personas mayores, ofreciéndoles un espacio de actividad. Además, téngase en cuenta que, especialmente, se verían reducidos aquellos riesgos ocasionados a causa de la transición a una situación repentina de falta de actividad, a raíz de la jubilación del trabajador. Ya que se trata de cambios de rutina forzosos, que están abriendo el paso al crecimiento exponencial de enfermedades mentales como la demencia senil o el Alzheimer, debido a la brusca reducción de actividad de uno de los órganos del cuerpo, el cerebro, a pesar de mantener en plena condición su capacidad para trabajar.

Dado que además de la adopción de políticas públicas dirigidas a consolidar una adecuada integración tecnológica en la economía, es precisa la adecuación del marco jurídico, conviene tener en cuenta, en definitiva, que, si se apuesta por un modelo en el que la tecnología esté disposición de la sociedad, lo jurídico debe cobrar especial relevancia, para consolidar los fundamentos sobre los que se asienta la Constitución Española, que, por otra parte, representan los valores europeos. Invitando a impulsar un modelo de formación multidisciplinar para alcanzar el objetivo de la humanización de la tecnología. Razón por la cual se continua con una exposición de aspectos que convendría ser actualizados en el Derecho del Trabajo español.

8.4.2 Algunas propuestas de reforma de incidencia laboral

Adicionalmente a la elaboración de una estrategia integradora de las políticas públicas coordinadas en materia de economía digital, para el impulso de los objetivos que puedan contemplarse, resulta indispensable la adaptación del Derecho del Trabajo a tal realidad social, debiéndose encontrar, en la citada reforma, los fundamentos que le den la debida coherencia y sentido, huyendo de modificaciones con escasa ambición, como la ejemplificada mediante el Título X de la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de derechos digitales.

Teniendo en cuenta que el Estatuto de los Trabajadores, objeto de puntuales y variadas reformas, mantiene el espíritu del texto aprobado en 1980, cabe señalar que las enmiendas que precisa el ordenamiento jurídico laboral son variadas y de diversa índole. Pudiéndose enunciar, entre una relación no exhaustiva, distintos aspectos que incorporen expresamente las siguientes innovaciones de la economía digital:

- a) Tradicionalmente, el Estatuto de los trabajadores ha huido de la definición de trabajador, como también lo hace la Constitución Española. Por lo que posiblemente sería adecuado abordar la redefinición del concepto de relación laboral, reorientando la interpretación de la ajenidad (en el acceso a la información, en la marca, en el mercado ...), así como de nuevos ámbitos de organización y dirección (mediante sistemas de posicionamiento global como la geolocalización) a los que se refiere el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores. O bien, establecer un nuevo concepto de trabajador (o persona trabajadora), recogiendo la propuesta del Pilar europeo de derechos sociales, incluyendo en el concepto de trabajador también a los autónomos, con independencia de las singularidades de su régimen jurídico.

- b) Además, el contrato, según señala actualmente el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores, se podrá celebrar “por escrito o de palabra”. Cuando la tecnología ofrece adicionales alternativas para formalizar un contrato de trabajo, con lo que cabría incluir el contrato digital con firma cualificada. Lo cual aconseja una modificación de la regulación de la forma del contrato, extendiéndola expresamente a las posibilidades que ofrecen la economía digital. Además, deberían concretarse los requisitos formales exigibles para la prestación de válido consentimiento por parte del trabajador, y en su caso de la revocación, para el tratamiento de sus datos personales por el empresario.
- c) En el mismo sentido, por seguridad jurídica, también sería conveniente reconocer valor jurídico a las comunicaciones de actos jurídico-laborales por vía telemática, así como los procedimientos para realizarlas (mail, SMS, redes sociales etc.). Siendo la relación de trabajo de tracto sucesivo, parece claro que numerosos actos jurídicos pueden precisar de comunicación expresa a lo largo de la vida laboral. Con lo cual, en los supuestos de actos sometidos a exigencias formales especiales (como la carta de despido, como acto formal y recepticio) cabría contemplar la equivalencia de la comunicación por escrito a la comunicación por vía telemática. Todo ello, sin perjuicio de la concreción de garantías de veracidad, autenticidad, y fehaciencia en la comunicación, sin que esto impida la comunicación por escrito de forma complementaria o alternativa, si así se considera.
- d) Resulta, por otra parte, también aconsejable renovar la referencia a los medios materiales que la normativa reconoce a los representantes de los trabajadores, incorporando expresamente sistemas alternativos de comunicaciones basados en las Tecnologías de la Información y Comunicación. De forma que se actualizase la relación de obligaciones de la empresa, entre las que se encuentra la de poner a disposición de la representación legal y sindical un tablón de anuncios en el centro de trabajo y en lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores (artículo 81 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical). Lo que implica la alusión a tabloneros de anuncios virtuales, así como el procedimiento de acceso al mismo (mediante claves, en la intranet de la empresa, etc.), siempre que esto sea posible. Todo ello, además, sin perjuicio de la posible remisión al desarrollo mediante negociación colectiva.
- e) Asimismo, conceptos como el centro de trabajo o el tiempo de trabajo han quedado obsoletos, con lo que deberían ser objeto de adaptación a la nueva realidad de las relaciones laborales, dado que la referencia del artículo 1.5 al centro de trabajo como unidad productiva con organización específica, que sea

dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral, se ha visto superada por la realidad tecnológica. Por este motivo, también se debería adecuar la redacción de los lugares de trabajo en el RD 486/1997, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo. Paralelamente a lo cual, sería preciso reforzar y aclarar los términos del derecho a la desconexión digital, junto a la consolidación del derecho al descanso y a las vacaciones, así como ofrecer una interpretación adecuada de la jornada efectiva de trabajo, que no genere incertidumbre, a la vista de la redacción del registro de la jornada de trabajo contenida en el RDL 8/2019, ante el riesgo de invasión del derecho a la intimidad y a los datos personales del trabajador, a consecuencia del uso de sistemas basados en geolocalización u otras tecnologías. Además, deberá garantizarse que los medios tecnológicos no provoquen tal sobreextensión de la jornada laboral, que dinamite sus límites, llegando a invadir el tiempo de descanso del trabajador.

- f) La reforma operada en 2012, a través de la cual se incluye el trabajo a domicilio, se ha revelado insuficiente y poco ambiciosa. Inicialmente, no resulta adecuada su ubicación en la sección 4ª del Capítulo Primero del Estatuto de los Trabajadores, que lo incluye como una de las modalidades del contrato de trabajo. Pareciendo así conveniente sustituir la denominación del trabajo a distancia por teletrabajo, además de impulsar esta fórmula. Lo cual requeriría dotar de un marco propio para el teletrabajo, adaptando las notas definitorias de la relación laboral de ajenidad y dependencia, así como un desarrollo de los derechos individuales y colectivos de estos trabajadores. Junto a lo cual, se precisaría deslindar en qué supuestos el trabajo prestado en la economía colaborativa se considera relación de trabajo, y los supuestos que tienen la consideración de trabajador autónomo.

Además, sería aconsejable que tales adaptaciones en el Derecho del Trabajo vengan acompañadas de un especial tratamiento fiscal en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de forma que se permita la deducción de determinados gastos necesarios para la prestación del teletrabajo como los referidos a las inversiones en equipos informáticos, así como los gastos corrientes vinculados a energía eléctrica o la línea de internet.

Especialmente, en esta línea, debería abordarse el teletrabajo internacional, para lo que habría de facilitarse la coordinación de las administraciones competentes en materia de Seguridad Social, para simplificar la gestión al empresario en la contratación y alta en la Seguridad Social en el país de la empresa contratante, sin perjuicio de la coordinación posterior entre administraciones estatales. Siendo

que, para el ámbito europeo, podría desarrollar un importante papel de simplificación la Autoridad Laboral Europea.

- g) Conviene llamar la atención sobre la modalidad del teletrabajo, como fórmula de gran potencial para el acceso al empleo de personas con movilidad reducida o con cualquier otro tipo de discapacidad. Por lo cual, debería modificarse el art. 7.3 a) del Real Decreto que regula la prestación laboral de minusválidos en CEE, eliminando la opción de prestar el trabajo a domicilio para las personas con discapacidad psíquica, y modificando la referencia del trabajo a domicilio, por la de trabajo a distancia, en coherencia con lo dispuesto en el art. 13 ET. Sin perjuicio de las garantías que deban establecerse para proteger a este colectivo.
- h) Por su parte, la introducción de tecnologías en la empresa exige una adecuada protección de su derecho a la intimidad, a la protección de datos y al secreto de las comunicaciones. Como tradicionalmente se ha reconocido, el contrato de trabajo obliga al empleado a poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo, pero no su persona. Gozando, en este caso, de preminencia los derechos fundamentales frente a otros derechos constitucionales. Lo que obligaría a disponer de un marco jurídico de relaciones laborales acorde con el Estado social y democrático de Derecho, en el que el uso de las tecnologías no vacíe de contenido el haz de derechos fundamentales de los trabajadores. Para lo cual, habría de determinar en qué supuestos es lícita la razón empresarial para ejercer algún tipo de control sobre medios tecnológicos, respecto de la cual deberá informarse a la representación de los trabajadores. Requiriendo, además, la comunicación del destino de los resultados, para el caso de que se obtengan tras la actividad de control. Junto a lo cual, convendría priorizar mecanismos menos intrusivos frente a otros más intrusivos, así como determinar las garantías que asisten al trabajador en esta materia, especialmente en las pequeñas y medianas empresas, y donde no existe representación de los trabajadores.
- i) Requiere ser reforzado el reconocimiento inequívoco en el orden social de la garantía consagrada en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Poder Judicial consistente en que *“No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*. Y ello por cuanto otra interpretación podría incitar comportamientos poco respetuosos de los derechos fundamentales, cuya violación es difícilmente detectable por el trabajador.
- j) Convendría regular los derechos a la protección de datos y la garantía de derechos digitales con mayor seguridad jurídica. La precipitación en la forzada inclusión del

título X en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales resulta ambigua y no asume expresamente los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad reconocidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Además de no aclarar los elementos que integran la obligación de información al trabajador. Por otra parte, resultaría adecuado unificar los distintos plazos para suprimir la información con datos personales de los trabajadores. Dado que se desprenden discrepancias entre la Ley Orgánica y otros preceptos del Estatuto de los Trabajadores, como el art. 34.9 en su nueva redacción tras el RDL 8/2019, que fija en un plazo de cuatro años la obligación del empresario de conservar la información del registro de la jornada; o en materia disciplinaria, donde resultan discrepantes los plazos fijados en el art. 24 de la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de derechos digitales, para la supresión de la información de los sistemas de denuncias internas, que concreta en tres meses, desde la introducción de los datos, con los plazos de prescripción de las faltas laborales regulados en el art. 60 ET.

- k) Junto a la importante labor de pedagogía, que se hace preciso realizar, sobre el derecho fundamental a la protección de datos de los trabajadores, sería aconsejable, además, reforzar este derecho en la Ley de Empleo. Fundamentalmente ante la aparición de figuras profesionales como los *people analytics*, o las posibilidades de intrusión del *Big data*, cuya materia prima indispensable para su actividad se encuentra en los datos personales de los trabajadores.
- l) El ET en su art. 54 c) contempla como incumplimiento contractual que da lugar al despido, las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos. A lo que habría que extender el fenómeno de las redes sociales y otras formas de comunicación virtual.
- m) Paralelamente al reconocimiento y mayor desarrollo de derechos y garantías digitales a los trabajadores, sería conveniente regular una nueva categoría de infracciones en materia de relaciones laborales, dentro del Capítulo II de la Ley de Infracciones y sanciones en el orden social. Tipificando, de esta manera, la utilización indebida de las tecnologías con perjuicio para los intereses de los trabajadores, de los afiliados a organizaciones sindicales, o de sus representantes.
- n) También se hace preciso adecuar el abanico de derechos de participación de los trabajadores en la empresa, ampliando fórmulas de reunión de los trabajadores a través de redes digitales, reforzando el derecho de representación a nuevas

fórmulas de trabajo fuera del centro de trabajo, así como extendiendo el derecho de uso de la tecnología a los representantes de determinados derechos de información y consulta, conforme a los criterios reconocidos por la jurisprudencia española. De manera también que, siendo la libertad de información un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical, convendría reconocerse como un derecho de los representantes, siempre que no implique un perjuicio para la empresa.

- o) Importa, asimismo, destacar que debería abordarse, por los Institutos de Prevención de Riesgos laborales autonómicos, planes de acción para detectar la incidencia de las nuevas tipologías de riesgos laborales provocados por la economía digital. La atribución de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de prevención de riesgos aconseja, además, la elaboración de estrategias coordinadas con el Estado y la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo, para así poder configurar un modelo homogéneo de prevención de riesgos laborales emergentes, en la economía digital en las empresas de la Unión Europea. Mientras que, por otra parte, sería aconsejable abordar una nueva versión del “Informe Durán”, como paso previo a la adaptación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cumplidos ya treinta años de cambios motivados por la economía digital, y casi 25 años de la entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Lo que debería llevar a la inclusión de nuevas tipologías de enfermedades profesionales, vinculadas al uso de las tecnologías (síndrome foMo, nomofobia y otras patologías), además de ofrecer nuevas definiciones a los accidentes de trabajo (in itinere, o en misión), junto a la actividad de control por la Inspección de Trabajo.
- p) Resultaría altamente aconsejable aplicar la jurimetría al régimen de infracciones y sanciones en el orden social, realizando un análisis cognitivo mediante *big data* de las resoluciones sancionadoras de la autoridad laboral, a fin de conocer el grado de cumplimiento de determinados aspectos de la legislación laboral, así como las distintas líneas de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Con lo cual, existen suficientes razones de oportunidad política para crear un registro único en España de infracciones y sanciones en el orden social, impulsado desde la AGE, con la colaboración de todas las autoridades laborales autonómicas y ciudades autónomas resulta, que permita disponer de información transparente sobre la situación de las relaciones laborales y el impacto económico del incumplimiento de la legislación laboral, y fomentar el cumplimiento de la ley como una inversión y no como un gasto.

- q) Por lo demás, en cuanto a la metodología a seguir, sería conveniente elaborar un listado de reformas prioritarias, para ir abordando cada una de ellas. Por lo que no debería olvidarse que, tratándose de una materia como el Derecho del Trabajo, se requiere un permanente proceso de diálogo social, como procedimiento de referencia en la toma de acuerdos. De forma que, resultaría conveniente iniciar un debate en el que participe la mejor doctrina científica, para que posteriormente se traslade la discusión a las organizaciones empresariales y sindicales, quienes deben encontrar una posición de liderazgo junto al gobierno, para que la articulación e implantación de un modelo digital de relaciones laborales respete los estándares de calidad exigibles en la sociedad democrática que se ha diseñado desde la entrada en vigor de la CE. Adviértase que esta necesidad ya ha sido detectada por el gobierno, al comprometerse en la Disposición adicional primera del RDL 8/2019, de 8 de marzo la constitución, antes del 30 de junio de 2019, de un grupo de expertos a los que encargar la elaboración de una propuesta de nuevo Estatuto de los Trabajadores

La mayor parte del tiempo en la vida de un ser humano se encuentra relacionada con el trabajo activo. Por ello, no es posible resistirse, para quien escribe, finalizar este trabajo de tesis con la misma referencia al Tribunal Constitucional con la que se comienza este trabajo, parafraseando un extracto de la sentencia 88/1985 de 19 de julio. *“Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional 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”*

9 BIBLIOGRAFÍA

- ACATA ÁGUILA, I., “Internet, un derecho humano de cuarta generación”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, Vol. 4, número 4, 2011.
- AGUSTÍN OZAMIZ, J., *El significado del trabajo en la sociedad Informatizada*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2005.
- AGUIRRE ANDRADE, A., MANASÍA FERNÁNDEZ, N., “Derechos humanos de cuarta generación, inclusión social y democratización del conocimiento”, *Télématique: Revista Electrónica de Estudios Telemáticos*, 2015.
- AHUMADA RUÍZ, M.A., “La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, Núm. 58, 2000.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R., (coord.), *Dret del Treball i de la Seguretat Social*, Madrid, Tecnos, 2000.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R., (coord.), *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991*, Madrid, Marcial Pons, 1992.
- ALEMÁN PÁEZ, F. , “Consecuencias de la flexibilidad y la desregularización en la configuración del mercado de trabajo y en la ordenación de las relaciones laborales”, *Tecnología y sociedad en el nuevo siglo: Segundo Foro sobre Tendencias Sociales*, Núm. 2, 1998.
- ALEMÁN PÁEZ, F., “El derecho de desconexión digital: Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail No 2016-1088»”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Wolters Kluwer núm. 30, 2017.
- ALGAR JIMENEZ, C., *El derecho laboral ante el reto de las nuevas tecnologías*, Madrid, Grupo difusión, 2007.

- ALONSO OLEA y M. CASAS BAHAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, Madrid, Cívitas, Madrid 25.^a ed., 2008.
- ÁLVAREZ CUESTA, H., *El Futuro del Trabajo vs El trabajo del Futuro, Implicaciones laborales de la industria 4.0*, Colex, 2017.
- APARICIO ALDANA, R.K., "El problema de la videovigilancia laboral: entre el control empresarial y el derecho a la protección de datos de los trabajadores", *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ-BEJARANO, M. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2018.
- ARRIETA IDIAKEZ, F.J., "Las cooperativas digitales como cauce para el trabajo digital en el contexto de la economía colaborativa", *Revista de derecho social*, Núm. 85, 2019.
- AUVERGNON, P., "Del teletrabajo gris al teletrabajo contractualizado: a propósito del lento avance del teletrabajo en Francia", *Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ; LOURDES MELLA MÉNDEZ (coord.), Aranzadi, 2015
- BAYLOS GRAU, A. "Los derechos digitales y la negociación colectiva", *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, Núm. 9331, 2019.
- BAYLOS GRAU, A., "Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivados de la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales", *Ciudad del Trabajo*, Núm. 14, 2019.
- BARRIOS BAUDOR, G.L., "La integridad y/o autenticidad de los medios de prueba digital en el proceso laboral una aproximación al tema a propósito de los correos electrónicos", *RTSS. CEF.*, Núm. 415, 2017.
- BELLO PINTADO, A., GARCÍA MARCO, T., "La tecnología, la cualificación de la fuerza del trabajo y los sistemas productivos impacto en la productividad en la empresa manufacturera española", *Papeles*, (Ejemplar dedicado a: La industria española: un impulso necesario, MORAL RINCÓN, M.J. (coord.)), Núm. 144, 2015.
- BLAZQUEZ AGUDO, E.M., *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018.

- BONET PÉREZ, J., *La internormatividad entre las dimensiones económica y social del ordenamiento jurídico internacional*, Barcelona, Huygens, 2019.
- BORIES, S., “la jurimetría: un aspecto de la jurística”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, Núm. 8, 1995.
- BROD, C. *Technostress, The Human Cost of the Computer Revolution*, Addison-Wesley Publishing Company, Reading, 1984.
- BUSTAMANTE DONAS, J., “Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos”, (ejemplar dedicado a: La sociedad de la información), *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, Núm. 1, 2001.
- CABEZA PEREIRO, J y LOUSADAARROCHENA, J.F., 2013, *Derecho del Trabajo y crisis económica*, Madrid, Estugraf, 2013.
- CALLEJA ROVIRA, R., “Jean Bodin a la sombra de Thomas Hobbes. En los orígenes de la teoría de la soberanía”, Madrid, IESE, Universidad de Navarra, *Revista de Estudios Políticos nueva época*, Núm. 166, 2014.
- CAMPS RUIZ, L. M.y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (coord.), *Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 5.ª ed., 2016.
- CASTRO ARGUELLES, M.A. “Contrato de trabajo y figuras afines”, *Trabajo asalariado, trabajo autónomo, trabajo no lucrativo: una mirada retrospectiva a la doctrina del Tribunal Central de Trabajo*, GARCÍA MURCIA, J. (coord.), Laborum, 2007.
- CASADO GONZÁLEZ, M. “Sobre el porvenir del trabajo y el trabajo por venir”, *Harvard Deusto business review*, Núm. 230, 2014.
- CASAS BAAMONDE, M.E, “Las competencias de las Comunidades Autónomas en las materias laboral, de empleo y emigración: análisis del Estatuto de Autonomía de Galicia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 23, 1988.
- CASAS BAAMONDE, M.E.,” Informar antes de vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada a los trabajadores en la empresa en la era digital? La necesaria intervención del legislador laboral, *Derecho de las relaciones laborales*, Núm. 2, 2018.

- CASTILLO ALONSO, J.J., “Las nuevas formas de organización del trabajo”; REIS, Núm. 26., 1984.
- CERDÁ MICÓ, A., “La ingeniería laboral del “outsourcing””, Aranzadi Social, Vol. V, Aranzadi, 1998.
- CHAVES PALACIOS, J., “Desarrollo Tecnológico en la primera revolución industrial”, Norba Revista de historia, Vol. 17, 2004.
- COLÁS NEILA, E., Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia, Albacete, Bomarzo, 2013.
- CONDE MARÍN, E., “Una apuesta por el trabajo a distancia”, Las reformas del Derecho del Trabajo en el conflicto de la crisis económica : la reforma laboral de 2012: XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.
- COOPER, C.M. y CLARK, J., Economía, tecnología y empleo. El impacto del cambio tecnológico en el mercado de trabajo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988.
- CORTÉS OSORIO, J.A., MEDINA AGUIRRE, F.A., MURIEL ESCOBAR, J.A. “Sistemas de seguridad basados en biometría” Scientia et Technica, Vol. 3, Núm. 46, 2010.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, Relaciones Laborales, La Ley, Núm. 1, 1992.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, Revista andaluza de trabajo y bienestar social (Ejemplar dedicado a: Impacto de las tecnologías de la información y las comunicaciones sobre las Relaciones Laborales), Núm. 138, 2017.
- CRUZ VILLALÓN, J., *Protección de datos personales del trabajador en el proceso de contratación: facultades y límites de la actuación del empleador*, Albacete, Bomarzo, 2019.
- CUADROS GARRIDO, M.E., Trabajadores tecnológicos y empresas digitales, Pamplona, Aranzadi, 2018.

- CUATRECASAS, Inteligencia artificial y su impacto en los Recursos Humanos y en el Marco regulatorio de las relaciones laborales, proyecto Technos, Madrid, La Ley, 2018.
- CUEVA PUENTE, C., “Contrato de trabajo, derechos fundamentales y uso de las TIC en los lugares de trabajo”, Revista de Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos, Núm. 0, 2005.
- DAVENPORT, T.H., JAMES, E., *The new industrial engineering: information technology and business process redesign*, Massachusetts Institute of Technology, 1990.
- DE LA CASA QUESADA, S., “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, RTSS. CEF. Núm. Extraordinario 1, 2019.
- DE LA VILLA GIL, L.E., *El Derecho del Trabajo a mis 80 años*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015.
- DEL REY GUANTER, S. *Internet of things y su impacto en los Recursos Humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales, Proyecto TECHNOS*, Madrid, La Ley, 2017.
- DEL REY GUANTER, S. “Incidencia de las nuevas tecnologías de la información y de la Comunicación en la negociación colectiva”, *El futuro del trabajo, retos para la negociación colectiva, XXX Jornada de estudio sobre negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018.
- DESDENTADO BONETE, A., DESDENTADO DAROCA, E., “La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador”, Revista de Información Laboral (ed. Dig), Núm.1, 2018.
- DIÉGUEZ CUERVO, G y CABEZA, J., *Derecho del Trabajo*, Madrid, Marcial Pons, 2.ª ed., 2003.
- DURAN LOPEZ, F. *Informe sobre riesgos laborales y su prevención*, Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2001.

- ESTEVE SEGARRA, M.A., “Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de prestación de servicios y dumping social An assessment of the court of justice of the european union jurisprudence about the freedom to provide services and social dumping”, *Revista de información laboral*, Núm. 6, 2015.
- FABREGAT MONFORT, G., *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador*, Albacete, Bomarzo, 2016.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "Correflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo", 2018, RTSS, CEF, Núm. 421, 2018.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S., “Incidencia de la evolución tecnológica en el sistema de seguridad social”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Núm. 48, 2018.
- FERRANDO GARCÍA, F.M., “Vigilancia de los trabajadores, derecho a la intimidad y nuevas tecnologías”, RTSS, CEF, Núm. 399, 2016.
- FERRARI, V., “El incierto futuro de los derechos en el trabajo humano, *Revista Trabajo y Derecho*”, Núm. 52, 2019.
- GÁRATE CASTRO, J., *Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo*, La Coruña, Netbiblo, 5.ª ed., 2011.
- GARCÍA BLASCO, J., “Tecnologías de la información, yacimientos de empleo y negociación colectiva” *Innovación y empresa innovadora*, Huesca, Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de Huesca. Universidad de Zaragoza, 2001.
- GARCÍA BLASCO, J., “La contratación laboral en la reforma legal de 2012: entre el estímulo de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo”, *Documentación laboral*, Núm. 95, 2012.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M., “Revolución Industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores”, RTSS. CEF. Núm. Extraordinario 1, 2019.
- GARCÍA MURCIA, J., RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Cizur Menor, Aranzadi, Núm. 216, 2019.

- GARCÍA NINET, I. y VICENTE PALACIO, A. (Dir. y coord.), *Derecho del Trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 9.ª ed., 2016.
- GARCIA PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 6.ª ed., 2016.
- GARCIA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA J. R., “El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril relativo al tratamiento de datos personales, un primer acercamiento”, *Revista de Información Laboral* Núm. 2, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.
- GIL, F., DEL VALLE, G., OBERST, U., CHAMARRO LUSAR, A., “Nuevas tecnologías ¿Nuevas patologías? El "smartphone" y el "fear of missing out", *Aloma: Revista de psicología, ciències de l'educació i de l'esport*, Vol. 33, NÚM. 2, 2015
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.), *La regulación de las Tic en las relaciones laborales, Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Madrid, Cinca, 2010.
- GINÈS FABRELLAS, A., “Diez retos del trabajo en plataformas digitales para el ordenamiento jurídico-laboral español”, *RTSS. CEF.*, Núm. 425-426, 2018.
- GONZÁLEZ PORRAS, A.J., *Privacidad en Internet: Los derechos fundamentales de privacidad e intimidad en internet y su regulación jurídica. La vigilancia masiva*, Universidad de Castilla La Mancha, 2016.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., *El teletrabajo*, Junta de Castilla y León, 2006.
- GOÑI SEIN, J.L., *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Albacete, Bomarzo, 2018.
- GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores, análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”, *Revista de derecho social*, Número 78, 2017.
- GOÑI SEIN, J.L., “La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: La doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional”, *Revista*

- Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, Madrid, Wolters Kluwer España S.A., Núm. 40, 2018.
- GOÑI SEIN, J.L., “Vídeo vigilancia empresarial mediante cámaras ocultas, su excepcional validez como control defensivo "ex post"”, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, Wolters Kluwer, Núm. 47, 2018.
 - GRAU PINEDA, C., “El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos”, Nueva revista española de Derecho del Trabajo, Núm. 206, 2018.
 - GUALDA ALCALÁ, F.J., *Aplicación de la reciente doctrina judicial internacional a los derechos laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018.
 - GUTIÉRREZ ARRANZ, R., “Las relaciones laborales en la economía colaborativa, el caso Uber en EEUU, ” Nueva revista española de Derecho del Trabajo, Núm. 187, 2016.
 - HAN, B, *la sociedad del cansancio*, Herder, Barcelona, 2012.
 - HERNANDEZ ALVAREZ, O., VILLASMIL PRIETO, H., “Las nuevas tecnologías y el Derecho del Trabajo”. ACARL, Documentación laboral, Núm. 26, 1988.
 - IGARTÚA MIRÓN, M.T., “El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, RTSS, CEF, Núm. 432, 2019.
 - JARNE MUÑOZ, P., *Economía colaborativa y plataformas digitales*, Madrid, Reus, 2019.
 - LOMBARDERO RODIL, L., *Trabajar en la era digital. Tecnología y competencias para la transformación digital*, Madrid, Lid Editorial Empresarial, 2015.
 - LOPERA CASTILLEJO, M.J., 2008, “Cambios productivos, nuevas tecnologías y movilidad funcional”, *La reestructuración de empresas. Diversificación de técnicas y su régimen jurídico*, (RIVERO, J., LARGO R. y DE VAL A.L., (Dir.) Cizur Menor, Aranzadi, 2008.
 - LÓPEZ BALAGUER, M., “Artículo 13.Trabajo a distancia”, Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, CRUZ VILLALÓN, J., GARCÍA-PERROTE ESTACRTÍN,

- I., GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA, J.R., (Dir.), Valladolid, Lex Nova, 4ª ed., 2016.
- LÓPEZ PARADA, R.A., “Una crítica de la base jurídica del Reglamento General de Protección de Datos”, Ciudad del trabajo, Núm. 12, 2018.
 - LOUSADA AROCHENA, J.F., “Sistemas de denuncias internas (Whistleblowing) y derechos fundamentales en el trabajo”, Revista Trabajo y Derecho, Núm. 52, 2019.
 - MARÍN ALONSO, I., “La mensajería electrónica en la empresa: un paso atrás en la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones (A propósito de la STC 241/2012, de 17 de diciembre), Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, Núm. 3, 2013.
 - MARTIN VALVERDE, A. et. al, *La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1935*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.
 - MARTIN VALVERDE, A., "Lectura y relectura de la «Introducción al Derecho del Trabajo del profesor Alonso Olea», Madrid, REDT, Núm. 77, Civitas, 1996.
 - MARTIN VALVERDE, A “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, Revista de derecho social, Núm.: 6, 1999.
 - MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARRUFÉ VARELA A., y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, La Coruña, Netbiblo, 2ª ed., 2006.
 - MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARRUFÉ VARELA A., *Fundamentos de Derecho Comunitario y comparado, europeo y norteamericano, de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, La Coruña, Netbiblo, 2007.
 - MC CRAW, T.K., *Joseph Schumpeter: Innovación y destrucción creativa*, Barcelona, Ediciones De Belloch S.L., 2013.
 - MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Nuevas tecnologías y riesgos psicosociales”, Nueva revista española de Derecho del Trabajo, Núm. 184, 2016.
 - MELLA MÉNDEZ, L., “Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: Contenido general y propuestas de mejora”, RDSE, Núm. 6, 2016.

- MELLA MÉNDEZ, L., El teletrabajo en España, aspectos teórico-prácticos de interés, La Ley, 2017.
- MERCADER UGUINA, J.R., "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?", Revista Relaciones Laborales, Wolters Kluwer, Madrid, Núm. 10, 2001.
- MERCADER UGUINA, J.R., *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Valladolid, Lex nova, 2002.
- MERCADER UGUINA, J.R. "Disrupción tecnológica, robótica y nuevas formas de trabajo", Madrid, Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, Núm. 2, 2017.
- MERCADER UGUINA, J.R., "La robotización y el futuro del trabajo, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, Wolters Kluwer, Núm. 27, 2017.
- 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., "Protección de datos en las relaciones laborales: apuntes prácticos sobre la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679" Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, Wolters Kluwer (ed. Dig.), Núm. 41, 2018.
- MERCADER UGUINA, J.R., "Protección de datos y relaciones colectivas", RTSS, CEF, Núm. 423, 2018.
- MERCADER UGUINA, J.R., "El mercado de trabajo y el empleo en un mundo digital", Revista de información laboral, Núm. 11, 2018.
- MERCADER UGUINA, J., "Flexiseguridad y salario", *El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Núm. Especial, 2018.
- MIÑARRO YANINI, M. "Según el Tribunal Constitucional "si es tecnológico, no es esquirolaje": retos del derecho de huelga en la sociedad del trabajo digitalizado y externalizado", RTSS, CEF, Número 429, 2018.

- MIÑARRO YANINI, M. "Impacto del reglamento comunitario de protección de datos en las relaciones laborales, un pretendido «cambio cultural»" RTSS, CEF, Núm. 423, 2018.
- MIÑARRO YANINI, M., "La "Carta de derechos digitales" para los trabajadores del Grupo Socialista en el Congreso: un análisis crítico ante su renovado interés", RTSS. CEF., Núm. 424, 2018.
- MIÑARRO YANINI, M., "La «Carta de derechos digitales» de los trabajadores ya es Ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación", RTSS, CEF, Núm. 430, 2019.
- MIÑARRO YANINI, M., "Cien años de política normativa de la OIT: una vigorosa historia con futuro incierto", RTSS, CEF, Núm. 434, 2019
- MIRANDA BOTO, José María, *Las competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009.
- MOLERO MANGLANO, C. *et al.*, *Manual de Derecho del Trabajo*, Thomson/Cívitas, Pamplona, 8.ª ed., 2008.
- MOLINA NAVARRETE, C., "¿El futuro del trabajo, trabajo sin futuro? Los «mitos finalistas» en la era digital del «neo-mercado»." *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, Núm. 408, 2017.
- MOLINA NAVARRETE, C., "El derecho al secreto de las comunicaciones en la relación de trabajo: la dilución en "tópica" y "retórica" de su tutela constitucional", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Wolters Kluwer, Núm. 7, 2018.
- MOLINA NAVARRETE, C., "El «trabajador transparente», entre metáfora y realidad, y el «efecto útil» de los derechos de la personalidad en la empresa del siglo XXI", RTSS, CEF, Núm. 419, 2018.
- MOLINA NAVARRETE, C., "Redes sociales, códigos de conducta y ciudadanía digital responsable del trabajador "cara B" del consentimiento y libertad de expresión crítica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 1736/2017, de 8 de junio", RTSS, CEF, Núm. 419, 2018.

- MOLINA NAVARRETE, C. "De "Barbulescu II" a "López Ribalda "¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores? Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018, caso López Ribalda "et alii" vs. España (Demandas acumuladas 1874/13 y 8567/13)", RTSS, CEF, Núm. 419, 2018.
- MOLINA NAVARRETE, C. "Acción sindical y protección de datos, nuevos relatos de una relación espinosa", RTSS, CEF, Núm. 423, 2018.
- MOLINA NAVARRETE, C., "Esencia" y "existencia" de las relaciones de trabajo y de su derecho en la "era digital "¿y si el "futuro" estuviera en "lo clásico"? : Al maestro J. Vida Soria, "in memoriam"", RTSS, CEF, Núm. 432, 2019.
- MOLINA NAVARRETE, C. "La" gran transformación" digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas", RTSS. CEF. Núm. Extraordinario 1, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J. M., *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J.L., "Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de seguridad social, Lex social: revista de los derechos sociales, Núm. 2, 2018.
- MONTROYA MELGAR, A., "Nuevas tecnologías y buena fe contractual (buenos y malos usos del ordenador en la empresa)", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Núm. 1, 2009.
- NAVARRO, F., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. C., y GÓMEZ MUÑOZ, J. M., *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2010.
- NOGUEIRA M., FOTINOPOULOU, D., y MIRANDA, J. M., *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Transnacional del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- OJEDA AVILÉS, A., "Del mundialismo a la globalización, un balance de los convenios de la OIT y su proyección futura", RTSS, CEF, Núm. 434, 2019,

- ORTIZ LALLANA, M.C., "Innovación tecnológica y mutaciones en el empleo. Una aproximación al tema". Revista Gallega de empleo, Xunta de Galicia, Núm. 1, 2000.
- ORTIZ LALLANA, M.C., "Innovación tecnológica y nuevas tecnologías en la empresa: un factor de competitividad" RTSS, Estudios Financieros, Núm. 274, 2006.
- ORTIZ LALLANA, M.C., "El derecho del trabajador a la intimidad informática y el respeto de su libertad sindical", VVAA, Trabajo y libertades públicas, Wolters Kluwer, 1999.
- ORTIZ LALLANA, M.C., "Vulneración del derecho a la libertad sindical mediante el uso desviado de datos informatizados sobre la afiliación del trabajador", Aranzadi Social, 1999.
- PADIN, A. "Reglamento General de Protección de Datos de la UE: una visión desde el período de adaptación." Revista Actualidad Jurídica Aranzadi, Núm. 925, 2016.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho del Trabajo e ideología*, Madrid, Tecnos, 7ªed. 2011.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos", *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- PARAMIO NIETO, L., "Informática, contrato de trabajo y derechos fundamentales", Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana, Núm. 9, 2004.
- PASTOR MARTÍNEZ, ALBERTO, "Representación de los trabajadores en la empresa digital", Anuario Institut d'Estudis del Treball de trabajo y relaciones laborales, Núm. 5, 2018
- PEDROSA ALQUEZAR, S.I., "Vigilancia de la salud laboral y protección de datos", Madrid, Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Núm. 138, 2018.
- PENNEY, S., Reasonable expectations of privacy and novel search technologies: An economic approach, The journal of criminal law and criminology, (Ejemplar

- dedicado al symposium: Technological Change and the Evolution of Criminal Law), Vol. 97, Núm. 2, 2007.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., y THIBAUT ARANDA, JAVIER, El teletrabajo en España, perspectiva jurídico laboral, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.
 - PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., y GARCÍA RUBIO, M.A., “El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista Española de Derecho del Trabajo, Núm. 196, 2017.
 - PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dir), El trabajo en plataformas digitales, análisis sobre su situación jurídica y regulación futura, Valencia, CISS, 2018.
 - PÉREZ REY, J., “Facebook como causa de despido o las difusas fronteras entre lo virtual y lo laboral: Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de enero de 2017, rec. núm. 6712/2016”, RTSS, CEF, Núm. 415, 2017.
 - POQUET CATALÁ, R., ¿Es válido el despido efectuado a través de los nuevos medios tecnológicos?, Nueva revista española de Derecho del Trabajo, Núm. 187, 2016.
 - POQUET CATALÁ, R. “Esquirolaje tecnológico y derecho de huelga. Comentario a la STC 17/2017, de 2 de febrero”, Derecho de las relaciones laborales, Francis Lefebvre, Núm. 11, 2017.
 - PRECIADO DOMÈNECH, C.H., “Comentario de urgencia a la STEDH de 9 de enero de 2018, Caso López Ribalta y otras C. España”, Revista de información laboral, Núm. 1, 2018.
 - QUESADA SEGURA, R., (coord.), *Temas de Derecho del Trabajo*, Madrid, Ceura, 1994.
 - RAMOS QUINTANA, M.I., ROJO TORRECILLA, E. coord., “Modelo constitucional de relaciones de trabajo y seguridad social. El impacto reciente de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”. *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Barcelona, Ed Huygens, 2014.

- RAMOS QUINTANA, M.I., “La dignidad de la persona en las relaciones de trabajo”, Revista: La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010: libro homenaje a María Emilia Casas, Madrid, La Ley, Núm. 0, 2015.
- RAMOS QUINTANA, M.I., “Un soporte jurídico para el trabajo digital, ¿qué trabajo?”, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, Wolters Kluwer, Núm. 47, 2018.
- REIS DE ARAUJO, ADRIANE, *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*, Albacete, Bomarzo, 2019.
- RIVERO LAMAS, J. “El teletrabajo en España: un nuevo yacimiento de empleo en los sectores público y privado”, Revista Aragonesa de Administración Pública, Núm. Extraordinario 4, 2001 (Ejemplar dedicado a: Internet y Derecho).
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Poder empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- 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”, RTSS, CEF, Núm. 423, 2018.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. “Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, Diario La Ley, Núm. 9328, 2019.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. y PÉREZ DEL PRADO, D., “El impacto de la economía 4.0 sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso en dos empresas de base tecnológica.”, Cuadernos de relaciones laborales, Vol. 36, Núm. Extra-2, 2018.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. “Organización y acción sindical ante la revolución tecnológica”, Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, Núm. 23, 2018.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, Valladolid, Lex nova, 2019.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, Núm. 1, 1996.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, Revista El modelo social en la Constitución española de 1978, Núm. 0, 2003.
- RODRÍGUEZ PIÑERO BRAVO-FERRER, M, *Tres décadas de Relaciones Laborales en España*, Universidad de Sevilla, 2015.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., FERNÁNDEZ VILLARINO R. Y PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., *Las nuevas tecnologías en la empresa*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006.
- RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M., “El papel de la negociación colectiva”, *El futuro del trabajo: Retos para la negociación colectiva, XXX Jornada de estudio sobre la negociación colectiva*, CNCC, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018.
- ROIG BATALLA, J (Coord.), GALA DURÁN, C., MARTÍNEZ FONS, D., MUÑOZ LORENTE, J. *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- ROIG BATALLA, A., “Constitución y nuevas tecnologías de la información”. *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Núm. 1, 2008.
- ROJO TORRECILLA, E: «Derecho del trabajador a la privacidad en la empresa y límites a su control por cámaras de vigilancia. Estudio del caso López Ribalda y otras contra España (a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018)», Revista de Derecho de Las Relaciones Laborales, núm. 2, 2018.
- ROMERO BURILLO, A.M., “Las nuevas TICs y el despido disciplinario del trabajador”, Revista de derecho social, Núm. 85, 2019.
- RUDÉ, G. CASTILLO, O., *La multitud en la historia: los disturbios populares en Francia e Inglaterra, 1730-1848*, Madrid, Editorial Siglo XXI, 2009.
- RUÍZ GONZÁLEZ, C., *La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en las relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2018.

- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., “Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, Núm. 35, 2005.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *El Derecho del Trabajo a mis 80 años*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015.
- SALAMANCA AGUADO, E., “El respeto a la vida privada y a la protección de datos personales en el contexto de la vigilancia masiva de comunicaciones”, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Núm. 4, 2014.
- SALANOVA SORIA, M “Nuevas tecnologías y nuevos riesgos psicosociales”, 28 de abril, *Revista digital de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Núm. 1, 2007
- SAMUELSON, P.A., NORDHAUS, W.D., *Economía*, Mc. Graw Hill, 18º ed., 2006.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Navegar por internet en horas de trabajo... ¿Quién? ¿Yo?”, *Revista Aranzadi Social*, Núm. 19, 2010.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Sobre el derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables”, *Revista Española de derecho Constitucional*, año 5, Núm. 15, 1985.
- SCHWAB, K., *The Fourth Industrial Revolution*, Colonia, Suiza, World Economic Forum, 2016.
- SELLAS I BENVINGUT, R., *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, Pamplona, Aranzadi, 2001.
- SELMA PENANALVA, A., “El control de accesos por medio de huella digital y sus repercusiones prácticas sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores”, *Revista Aranzadi Social* 3, 2010.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C, “¿Puede la empresa controlar el ordenador usado por su trabajador?”, *Repertorio de Jurisprudencia*, Aranzadi, Núm. 21, 2007.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. prólogo de la obra de CUADROS GARRIDO, M.E., *Trabajadores tecnológicos y empresas digitales*, Pamplona, Aranzadi, 2018.

- SERRA PALLISA, J. “Riesgos psicosociales; nuevos riesgos emergentes en el contexto de un mundo globalizado” Revista técnica de seguridad y salud laborales, Núm. 180, 2007.
- SERRANO GARCÍA, J.M. “El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la economía digital”, Revista de derecho social, Núm. 80, 2017.
- SERRANO GARCÍA, J.M., “El derecho a la libertad de expresión del trabajador a través de las nuevas tecnologías y el derecho a la reputación de la empresa”, REDT, Núm. 217, (ed. Dig.), 2019.
- SUAREZ CORUJO, B, 2017, “The sharing economy: the emerging debate in Spain” (La economía colaborativa: el debate emergente en España), Spanish labour law and employment relations journal, Vol. 6, 2017.
- TALENS VISCONTI, E.E., “La expectativa razonable de confidencialidad como presupuesto de vulneración de derechos fundamentales en la fiscalización informática llevada a cabo por el empresario, Aranzadi Social”, Vol. 6, Núm. 8, 2013.
- TASCÓN LÓPEZ, R. “Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores (Intento de construcción de una regla conceptual en el Derecho del Trabajo español)”, RTSS, CEF, Núm. 415, 2017.
- THIBAUT ARANDA, J. “El derecho español”, Revista monográfica *Tecnología informática y la privacidad de los trabajadores*, Aranzadi, Derecho y Nuevas Tecnologías, 2003.
- THOMAS SCHLEICHER, M.W. “Are interim management statements redundant?”, Accounting and business research, Vol. 45, Núm. 2, 2015
- TIMMINS, N., *Los cinco gigantes: Una biografía del Estado del Bienestar*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001
- TODOLÍ SIGNES, A. “Acerca del esquirolaje tecnológico”, Valencia, Jurisprudencia social a debate, Tirant lo Blanch, 2015.
- TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

- TODOLÍ SIGNES, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales, "big data", creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos, Revista de derecho social, Núm. 84, 2018.
- TORRECILLA GARCÍA, J.A., PARDO FERREIRA, C. y RUBIO ROMERO, J.C., “Industria 4.0 y transformación digital: nuevas formas de organización del trabajo”, RTSS. CEF. Núm. Extraordinario 1, 2019.
- TORRENTE GARI, S., “El derecho de huelga y las innovaciones tecnológicas”, REDT, Núm. 102, 2000.
- TORTUERO PLAZA, J.L., *50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006.
- TOSCANI GIMÈNEZ, D., “El uso de internet y el correo electrónico en la empresa”, REDT, Núm. 165, 2014.
- TATSIANA USHAKOVA, T., De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate, Nueva revista española de Derecho del Trabajo, Núm. 192, 2016.
- VALDÉS DAL-RE, F. “Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa”, Revista de Derecho Social, Núm. 79, 2017.
- VALLE MUÑOZ, F.A., “La incidencia de las Nuevas Tecnologías en la transmisión sindical de información en la empresa”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Núm. 52, 2019.
- VALLE VILLAR, J.M., “Innovación tecnológica y contrato de trabajo, prevención de nuevos riesgos laborales, Anuario de la Facultad de Derecho, Alcalá de Henares, Núm. 1, 2008.
- VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “El derecho a la desconexión digital: ¿Novedad digital o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?” RTSS, CEF, Núm. 408, 2017.
- VALLESPÍN PÉREZ, D., “La controvertida figura de los «falsos autónomos» desde la perspectiva del objeto de la prueba”,
- VALTICOS N., *Derecho Internacional del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1977

- VÁZQUEZ AGUDO, E.M., *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, Las Rozas, Madrid, Wolters Kluwer, 2018.
- VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 14.ª ed., 2016.
- VILA TIERNO, F. "Emprendimiento y trabajo autónomo como formas de huida del estándar de trabajo decente", RTSS, CEF, Núm. 421, 2018.
- VITO PINTO, "Note in tema di lavoro subordinato a prestazioni ripartite (o job sharing)", *Diritto delle relazioni industriali: rivista della Associazione lavoro e ricerche*, Milán, Giuffrè Editore, Vol. 14, Núm. 3, 2004
- VV.AA., GARCÍA MURCIA, J. Coord., *Las relaciones laborales en un mundo en transformación*, Oviedo, Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo del Principado de Asturias, 2001.
- VV.AA., CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. Coord., *Nuevas tecnologías y derecho del trabajo: estado de la cuestión en España*. El derecho del trabajo y de la seguridad social en el año 2002: puntos críticos, Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Mergablum, 2003.
- VV.AA., GARCÍA MURCIA, J., Coord., *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Oviedo, Graficas Rigel. S.A., 2006.
- VV.AA., "The Consequences of Technostress for End Users in Organizations: Conceptual Development and Empirical Validation", *Information Systems Research*, Vol. 19, No. 4, 2008.
- VV.AA., "Nomophobia: The Mobile Phone in Panic Disorder with Agoraphobia: Reducing Phobias or Worsening of Dependence", *Cognitive and Behavioral Neurology*, Vol. 23, 2010.
- VV.AA., SAN MARTIN MAZZUCCONI, C., Dir., *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, León, Olas, 2014.
- VV.AA., *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Pamplona, Aranzadi, 2015.

- VV.AA., *El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español*, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Núm. Especial, 2018.
- VV.AA., *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ-BEJARANO, M. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2018.
- VV.AA., *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019.
- YVORRA LIMORTE, J.A., “Las Cortes de Cádiz: su proyección social”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, número 26, 2012.
- ZANELLI, P., *Empresa, lavoro e innovazione tecnologica*. Giuffrèeditore, Milano, 1985.

10 RECURSOS ELECTRÓNICOS

- AAI, PEREZ, B., MUSOLESI, M., STRINGHINI, G., “You are your Metadata: Identification and Obfuscation of Social Media Users using Metadata Information”, 2018, Association for the Advancement of Artificial Intelligence, disponible en: <http://www.aaai.org>
- ACCENTURE, Informe *TechVision 2018*, febrero de 2018, disponible en: <https://www.accenture.com/es-es/company-news-release-accenture-technology-vision-2018>
- COMISIÓN EUROPEA, *Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático* [en línea]. [Bruselas]. 2014. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech_es_0.pdf
- COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre el Futuro de Europa*. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025 [en línea]. [Bruselas]. 2017. disponible en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/libro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf
- COMISIÓN EUROPEA, *El encauzamiento de la Globalización*, [en línea], [Bruselas], 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-globalisation_es.pdf
- COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital. Un mercado único digital conectado para todos* [en línea], [Bruselas], 2017. Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-228-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>
- COMISIÓN EUROPEA. *Reflexión sobre la dimensión social de Europa*, [en línea], [Bruselas], 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-social-dimension-europe_es.pdf
- COMISIÓN EUROPEA, *Digital Inclusion and Skills in the EU*, [en línea], [Bruselas], 2018. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/desi>

- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. Dictamen exploratorio “Asignación y desarrollo de capacidades, incluidas competencias digitales, en el contexto de las nuevas formas de trabajo: nuevas políticas y evolución de los papeles y responsabilidades”, [en línea], [Bruselas], 2017. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017AE1813&from=ES>
- DEL REY GUANTER, S. “Incidencia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en la negociación colectiva”, XXX Jornada sobre negociación colectiva [en línea]. CNCC, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social [Madrid]. 2018. Disponible en: http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Jornadas/XXIX_Jornada_web_vinculado.pdf
- EEUU, “Executive Order on Maintaining American Leadership in Artificial Intelligence”. 2019, Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-maintaining-american-leadership-artificial-intelligence/>
- EUROSTAT. *Digital Economy and Society Index. Índice de economía y Sociedad Digital* [en línea]. Comisión Europea [Luxemburgo], 2018. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/desi>
- EUROFOUND and OIT. *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work* [en línea]. Publications Office of the European Union, [Luxemburgo], and the International Labour Office [Geneva]. 2017, Disponible en: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1658en.pdf
- EUROFOUND. *Sixth European Working Conditions Survey EWCS– Overview report* [en línea]. Publications Office of the European Union [Luxemburgo]. 2017. Disponible en: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1634en.pdf
- FUNDACION TELEFONICA, *La Sociedad de la Información en España 2017*, [en línea]. Fundación Telefónica. 2018. [Barcelona], Ed Ariel. 2018. Disponible en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Sociedad_Digital_en_Espana_2017.pdf
- GRUPO DE TRABAJO DEL ART. 29 RGPD, *Guidelines on Data Protection Officers* (‘DPOs’). Disponible en: http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-51/wp243_en_40855.pdf

- GSMA, “The Mobile Economy 2019”. Disponible en:
<https://www.gsmaintelligence.com/research/?file=b9a6e6202ee1d5f787cfebb95d3639c5&download>
- INCIBE. “Tecnologías biométricas aplicadas a la ciberseguridad, Una guía de aproximación para el empresario”, Instituto Nacional de Ciberseguridad, 2015. Disponible en:
https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia_tecnologias_biometricas_aplicadas_ciberseguridad_metad.pdf
- INE. *Estadística sobre mercado laboral* [en línea]. Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa [Madrid] disponible en:
http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&cid=1254735976595
- INSH, *Encuesta Nacional de Condiciones de trabajo 2015* [en línea]. Ministerio de Empleo y Seguridad social. [Madrid]. 2017. Disponible en:
<http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/GENERALIDAD/ENCT%202015.pdf> [consulta: 16 abril 2017]
- INSHT, *La prevención de los efectos sobre la salud derivados del trabajo sedentario en jóvenes asociado a las nuevas tecnologías*, Madrid, 2018. Disponible en:
http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Noticias/Noticias_INSHT/2018/Ficheros/Sedentarismo%20jovenes.pdf
- NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH. *In Robots and Jobs: Evidence from U.S. Labor*. [Cambridge, Massachusetts, USA] 2017. Disponible en:
<http://www.nber.org/digest/may17/w23285.shtml>
- OECD, *Employment Outlook* [en línea]. OCDE ilibrary. [París]. 2018. Disponible en: https://doi.org/10.1787/empl_outlook-2018-en
- OECD, *Under Pressure: The Squeezed Middle Class*, París, OECD publishing. 2019. Disponible en: [DOI:https://doi.org/10.1787/689afed1-en](https://doi.org/10.1787/689afed1-en)
- OIT, *Stress prevention for blue-collar workers in assembly-line production*. Disponible en:
http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/publication/wcms_250106.pdf

- OIT, El futuro del Trabajo que Queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/publication/wcms_615487.pdf
- OIT Perspectivas Sociales y del Empleo en el mundo, tendencias 2018, Pág. 163. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_638150.pdf
- SENADO, Declaración de derechos de internet, Madrid, 1999. Disponible en: <http://www.senado.es/legis6/publicaciones/pdf/senado/ds/CS0538.PDF>
- PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO Y COMISION, *El pilar europeo de derechos sociales* aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/publications/european-pillar-social-rights-booklet_es
- PARTENAIRES SOCIAUX, *Conclusions de la oncertation sur le "developpement du teletravail et du teletravail a distance"*, Conclusiones de la concertación: "El desarrollo del teletrabajo y el trabajo a distancia", 2017. Disponible en: <https://www.cpme.fr/telecharger2/170616100625-conclusions-de-la-concertation-teletravail-vf-chartee-.pdf>
- RODRIGUEZ FERNÁNDEZ MARÍA LUZ, *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica*, Barcelona, Fundación para el Diálogo Social, 2017. Disponible en: http://fdialogosocial.org/public/upload/2/23_FdS_Economia-digital-impacto-condiciones-trabajo-y-empleo_2017_final.pdf
- UK, *Guidance of teleworking*, acuerdo en el marco británico del diálogo social, suscrito entre Confederation of British Industry, Trades Union Congress and Employers' Organisation for Local Government. Disponible en: <http://erc-online.eu/wp-content/uploads/2014/04/2006-01458-EN.pdf>
- US OFFICE OF PERSONAL MANAGEMENT, *The Guide to Telework in the Federal Government*. Disponible en: <https://www.telework.gov/guidance-legislation/telework-guidance/telework-guide/guide-to-telework-in-the-federal-government.pdf>

- US National Advisory Environmental Health Committee, *Protecting the Health of Eighty Million Workers - A National Goal for Occupational Health*, disponible en: https://archive.org/stream/ProtectingTheHealthOfEightyMillionAmericansANationalGoalForOccupationalHealthNov19662ndPrinting/Protecting%20the%20Health%20of%20Eighty%20Million%20Americans%20a%20national%20goal%20for%20occupational%20health%20Nov%201966%202nd%20Printing_djvu.txt
- VNI, Cisco Visual Networking Index, Disponible en: <https://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/visual-networking-index-vni/white-paper-c11-738429.html>
- VV.AA.: “Factores psicosociales y de organización”, Enciclopedia OIT, Tomo 2, Disponible en: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/EnciclopediaOIT/tomo2/34.pdf>
- WORLD ECONOMIC FORUM, SCHWAB, K, *The Fourth Industrial Revolution*, 2016, disponible en: <https://luminariaz.files.wordpress.com/2017/11/the-fourth-industrial-revolution-2016-21.pdf>
- WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution* [en línea]. [Ginebra, Suiza]. 2016. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf [consulta: 19 julio 2018]
- WYMAN, OLIVER, *On the technical future of the telecommunications industry*, 2017, Disponible en: https://www.oliverwyman.com/content/dam/oliver-wyman/v2/publications/2017/oct/Technical_Future_Telcos_WEB.pdf