

# Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 452 | Noviembre 2020

ISSN: 1138-9532

## Transición digital laboralmente justa y gobernanza colectiva

Margarita Miñarro Yanini

### Ajenidad y dependencia en la era hipertecnológica

Rodrigo Tascón López

### Digitalización y salud laboral

Javier Fernández-Costales Muñiz

### La regulación del trabajo a distancia

Aránzazu de las Heras García

Elena Tordesillas Escudero y Guillermo Díaz Martínez

### La virtualización de los centros de trabajo y tiempo de trabajo

Juan José Fernández Domínguez y Patricia Prieto Padín

### Telemática y pruebas procesales: novedades

María de los Reyes Martínez Barroso y Diego Megino Fernández

# Descubre nuestras novedades editoriales del área de laboral

## Despidos: una forma distinta y práctica de estudiarlos



*Cristina Rincón Sánchez*

978-84-454-4097-1

2020 (14.ª ed.)

208 págs.

25,10 € (papel)

15 € (digital)

Esta obra, lejos de ser un manual de expertos, se presenta con una clara finalidad práctica y con un objetivo: tender la mano a aquellas personas que se enfrentan por primera vez con el inquietante mundo de los despidos.

La estructura de las unidades pretende guiar al lector de una manera distinta al mero análisis teórico de la institución analizada, sin olvidar que solo una sólida base teórica garantizará el éxito de una adecuada práctica profesional.

Se ha procurado, asimismo, proporcionar una lectura dinámica, cercana, sin grandes tecnicismos, porque creemos en la posibilidad de hacer fácil lo difícil.

## Práctica de salarios y cotizaciones



*Isabel López y López*

978-84-454-4034-6

2020 (28.ª ed.)

576 págs.

41,50 € (papel)

La presente publicación muestra la forma de llevar a cabo la confección de los recibos de salarios y la liquidación de cuotas. Tiene como objetivo servir de apoyo a los profesionales en la gestión de nóminas y seguros sociales, así como proporcionar al estudiante, trabajador y empresario un material de consulta para una mejor comprensión de la materia aquí tratada. Para ello se exponen, en primer lugar, los conceptos teóricos necesarios para, a continuación, desarrollar un conjunto de supuestos prácticos que frecuentemente se dan en el ámbito empresarial.

## Lecciones de Seguridad Social



*José María Orellana  
García*

978-84-454-4095-7

2020 (6.ª ed.)

784 págs.

49,50 € (papel)

35,20 € (digital)

Esta obra expone a lo largo de 11 capítulos los conceptos necesarios para aproximarse al sistema de la Seguridad Social y facilitar su comprensión desde un punto de vista práctico: cada una de las exposiciones teóricas se acompaña de ejemplos, precisiones con las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales más destacables y casos prácticos solucionados a partir del capítulo 7. Partiendo de la composición del sistema, se analizan las obligaciones derivadas de la relación jurídica (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de las personas trabajadoras), prestandose especial atención al estudio de cada una de las prestaciones que integran su acción protectora.

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 452 | Noviembre 2020

## Directora editorial

M.<sup>a</sup> Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

## Consejo de redacción

- Director** [Cristóbal Molina Navarrete](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén
- Subdirector** [José Antonio Fernández Avilés](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
- Secretaria** [Margarita Miñarro Yanini](#). Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I

## Consejo asesor

- [Carlos Alfonso Mellado](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia
- [Juan Pablo Borregón Baños](#). Presidente de Aedipe y director de Recursos Humanos de SCI
- [Laura Calafá](#). Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)
- [Faustino Cavas Martínez](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia
- [Eva Cifre Gallego](#). Profesora titular de Psicología Social. Universidad Jaime I
- [Manuel Fernández Ríos](#). Catedrático de Psicología Social (Organización y Recursos Humanos). Universidad Autónoma de Madrid
- [Jordi García Viña](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona
- [Ana Gómez Hernández](#). Presidenta de la Asociación Nacional de Laboralistas
- [Celia Gutiérrez Valero](#). PhD, HR Director, Southern Europe & North Africa, de Westcon & Comstor
- [Eugenio Lanzadera Arencibia](#). Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad a Distancia de Madrid
- [Loïc Lerouge](#). Director de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Université de Bordeaux (Francia)
- [Gianni Loy](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Università degli Studi di Cagliari (Italia)
- [Nelson Manrriich](#). Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)
- [Verónica Martínez Barbero](#). Directora general de Trabajo. Ministerio de Trabajo y Economía Social
- [Lourdes Mella Méndez](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela
- [Antonio Ortega Parra](#). Consejero ejecutivo y director general de Personas, Medios y Tecnología de Bankia
- [Roberto Pereira Costa](#). Presidente de Economistas Asesores Laborales
- [Vanessa Pérez Torres](#). Ayudante doctora de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. Universidad Rey Juan Carlos
- [José Ramos López](#). Catedrático de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. Universidad de Valencia
- [Susana Rodríguez Escanciano](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León
- [Alfredo Rodríguez Muñoz](#). Profesor titular de Psicología Social, del Trabajo y Diferencial. Universidad Complutense de Madrid
- [Raquel Sanz Valle](#). Catedrática de Organización de Empresas y Finanzas. Universidad de Murcia
- [Aránzazu Vicente Palacio](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I

## Evaluación externa

- [Juan García Blasco](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza
- [Juan López Gandía](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia
- [Carolina Martínez Moreno](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo
- [Jesús Rafael Mercader Uguina](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III
- [Sofía Olarte Encabo](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
- [Margarita Isabel Ramos Quintana](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna
- [Eduardo Rojo Torrecilla](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona
- [José Luis Tortuero Plaza](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

## Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • [editorial@cef.es](mailto:editorial@cef.es)



# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

## Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID  
Tel. 914 444 920  
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2020) (11 números) 160 €

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores/as 20 €

No suscriptores/as 25 €

En la página [www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm) encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* desde el número 100. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para las personas suscritas.

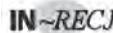
## Edita

Centro de Estudios Financieros, SL  
Correo electrónico: [revistacef@cef.es](mailto:revistacef@cef.es)  
Edición digital: [www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm)  
Depósito legal: M-29442-2007  
ISSN: 1138-9532  
ISSN-e: 2531-212X

## Imprime

Artes Gráficas Coyve, SA  
c/ Destreza, 7  
Polígono industrial Los Olivos  
28906 Getafe (Madrid)

## Indexada en



## Acuerdos de colaboración

Con la *Revista de Derecho del Trabajo* de la editorial La Ley (Uruguay) y con la *Revista de Direito e de Estudos Sociais* de la editorial Almedina (Coimbra, Portugal) por los que nos comprometemos a que determinados artículos de estas revistas puedan ser publicados en la nuestra y a la inversa.

© 2020 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

ISSN: 1138-9532  
ISSN-e: 2531-212X

## Sumario

### Editorial

- La «transición tecnológica sociolaboralmente justa»: por una gobernanza colectiva de la digitalización 5-16  
Margarita Miñarro Yanini

### Estudios

- Dedicatoria 17
- La geolocalización como mecanismo de control laboral: alcance y límites de una controvertida herramienta del poder directivo 19-47  
*Geolocation as a labor control mechanism: scope and limits of a controversial tool of managerial power*  
Roberto Fernández Fernández
- El eterno retorno a los mitos de ajenidad y dependencia en la era hipertecnológica/ posindustrial (revisión a la luz de los problemas surgidos en la economía de plataformas) 49-81  
*The eternal return to the myths of alienation and dependence in the hypertechnological/ post-industrial era (review according the problems that have arisen in the platform economy)*  
Rodrigo Tascón López
- La prevención de riesgos laborales y sus nuevas exigencias y retos frente al avance de la digitalización y las nuevas tecnologías 83-115  
*The prevention of occupational risks and their new demands and challenges in the face of the advance of digitalisation and new technologies*  
Javier Fernández-Costales Muñiz
- La protección del secreto empresarial en la era digital 117-144  
*The protection of business secret in the digital age*  
Beatriz Agra Viforcós
- Análisis del artículo 87 de la LOPDGDD: el uso de los dispositivos digitales por la persona trabajadora, su control por parte de la empresa y el devaluado derecho a la intimidad 145-170  
*Analysis of article 87 of the LOPDGDD: the use of digital devices by the worker, its control by the company and the devalued right to privacy*  
José Gustavo Quirós Hidalgo

## Análisis de actualidad

- Análisis de la nueva regulación del trabajo a distancia 171-193  
*Analysis of the new regulation of distance working*  
Aránzazu de las Heras García

## Diálogos con la jurisprudencia

- Pérdida de importancia del centro de trabajo e incidencia sobre el inicio de la jornada. 195-202  
Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 127/2019, de 31 de octubre  
Juan José Fernández Domínguez y Patricia Prieto Padín
- Retorno a la presencialidad en el empleo público: potestad de autoorganización 203-211  
versus tutela de la seguridad y salud. Comentario al Auto 119/2020, de 3 de junio,  
del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Murcia  
Susana Rodríguez Escanciano y Henar Álvarez Cuesta
- Telemática y pruebas procesales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de 212-218  
Justicia de Galicia de 3 de junio de 2020 (rec. 397/2020)  
María de los Reyes Martínez Barroso y Diego Megino Fernández
- La implantación de una herramienta informática como posible modificación sustancial de 219-224  
las condiciones de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 339/2020,  
de 14 de mayo  
Francisco Xabiere Gómez García
- Los imprecisos contornos del derecho al honor. Comentario a la Sentencia del Tribunal 225-231  
Supremo (Sala de lo Civil) 83/2020, de 5 de febrero  
Natalia Ordóñez Pascua y Cristina González Vidales

## Recursos humanos

- El teletrabajo en la Administración General del Estado: desafíos, beneficios y 233-258  
oportunidades  
*Teleworking in Spanish Central Administration: challenges, benefits and opportunities*  
**Accésit del Premio Estudios Financieros 2020**  
Elena Tordesillas Escudero y Guillermo Díaz Martínez
- Premio Estudios Financieros 2020, Acto de graduación de la UDIMA 2019-2020 259-270**  
**y Acto de graduación del CEF.- 2019-2020**
- Normas de publicación 271-272

*Las opiniones vertidas por los autores y las autoras son de su única y exclusiva responsabilidad. CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.*

La suscripción a la revista implica la recepción quincenal por correo electrónico de un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, jurisprudenciales y convenios colectivos. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.laboral-social.com>.

## La «transición tecnológica sociolaboralmente justa»: por una gobernanza colectiva de la digitalización

Margarita Miñarro Yanini

Secretaria

No intento describir el futuro, trato de prevenirlo.

R. Bradbury

1. Todo lo relativo a la transformación digital suele estar envuelto en una gran dicotomía que, como advierte el [Comité Económico y Social Europeo](#) (CESE), es falsa, si bien sigue muy extendida. Así, de un lado se sitúan quienes ofrecen una imagen catastrófica del proceso, al considerar que supone el «principio del fin» del trabajo humano, que será sustituido por el «trabajo robótico». Además, inciden en la invasión de la privacidad que provoca, considerando que perder privacidad es perder poder, además de servir a un puñado de empresas para que estas amasen inmensas fortunas. Del lado opuesto se hallan quienes, con una mirada más inocente u optimista, consideran neutra la innovación tecnológica, adquiriendo matices en atención al modo en que se utilice. Así, el balance entre empleos destruidos por la digitalización y el de empleos creados tendrá un saldo positivo cuando el relativo a los beneficios para la economía –capitalismo digital– y las mejoras para la vida de la ciudadanía global –sociedad del bienestar digital– sea igualmente favorable. Con todo, evidentemente, entre ambos extremos hay un margen significativo para los matices.

Este debate no es una mera cuestión filosófico-especulativa, ajena al enfoque pragmático que ha de guiar estas cuestiones macroeconómicas y macrosociales, también propias de un cambio de época y de cultura –también del trabajo–. Al contrario, de él se derivan muchas consecuencias prácticas que la pandemia de COVID-19 ha hecho reflorar, evidenciándolas con más intensidad. De este modo, a título de ejemplo, se propone, en un plano de sujeción de la economía a la ética, [prohibir la «economía de datos»](#), apelando a que aún [«no es demasiado](#)

---

Este debate no es una mera cuestión filosófico-especulativa, ajena al enfoque pragmático que ha de guiar estas cuestiones macroeconómicas y macrosociales, también propias de un cambio de época y de cultura –también del trabajo–. Al contrario, de él se derivan muchas consecuencias prácticas que la pandemia de COVID-19 ha hecho reflorar, evidenciándolas con más intensidad

---

tarde para recuperar el control de nuestra privacidad y de nuestras democracias», mientras que, simultáneamente, ciertos Estados asumen la normalización de «un sistema de verificación facial como DNI digital». De nuevo, un país asiático es pionero en este ámbito, incorporando esta herramienta de alta tecnología a su programa de identidad nacional digital, como apuesta por la innovación tecnológica y paso decisivo para una transformación económica de gran calado.

Este debate es compartido en Europa y, dentro de ella, también en España. Así, en pleno estado de alarma por la pandemia, escenario jurídico-constitucional propicio para medidas restrictivas del ejercicio de ciertos derechos fundamentales, en coherencia con una situación excepcional, asistimos a una intensa polémica, que todavía continúa. Para algunas voces (Marzo Portera, 2020) parece más temerario que razonable que las autoridades competentes en la materia de los países con más incidencia hagan de la protección de datos un obstáculo para las bienintencionadas autoridades y empresas que tratan datos biométricos y de salud para mejorar la prevención –detección de casos, rastreo...–. Para otras, sin embargo, lo que resulta irrazonable es restringir derechos como los de protección de datos, privacidad e intimidad –la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala de lo Civil, 483/2020, de 22 de septiembre, distingue entre protección de datos e intimidad–, cuando ni la Constitución ni la normativa de excepción lo prevén. De este modo, la multiplicación de controles y el ansia por conocer datos especialmente protegidos chocarían con el nuevo marco comunitario, también aplicable al entorno laboral digitalmente colonizado (vid. Mercader Uguina, 2020).

2. En cualquier caso, ya se centre la atención en los beneficios o en los riesgos, lo cierto es que en la visión que siempre se muestra están ausentes los interlocutores sociales. De este modo, la «revolución industrial 4.0» parece patente exclusiva de las empresas –con la subvención de las Administraciones públicas–, mientras que la normativa de protección frente a los peligros de la economía parece poner el enfoque en las personas individuales. En consecuencia, parece que la digitalización no conoce más cauce que el económico y el de la ciencia-tecnología de datos, a través de las tecnologías de la información y la comunicación, y que la vía para su protección radica en la defensa de la privacidad de las personas trabajadoras.

---

La «revolución industrial 4.0» parece patente exclusiva de las empresas –con la subvención de las Administraciones públicas–, mientras que la normativa de protección frente a los peligros de la economía parece poner el enfoque en las personas individuales

---

Este exceso de unilateralismo finalista y de canal regulador ha sido reiteradamente criticado por el CESE desde 2017. En estos dictámenes viene defendiendo con rigor y firmeza que el diálogo social es el mejor canal posible para «abordar de forma [...] global las condiciones de trabajo en la época de la automatización, a fin de tener en cuenta los nuevos riesgos y oportunidades». De este modo, el diálogo social no solo está en condiciones de

mantener el pulso de la innovación tecnológica, sino también de anticipar sus riesgos y dotarlos de soluciones preventivas y de equilibrio entre las partes de las relaciones de trabajo, para facilitar la debida transición justa. Consecuentemente, entre las aplicaciones de su principio «un ser humano al mando», debe encontrarse el establecimiento de canales de gobernanza colectiva, que es la fórmula típica en el ámbito sociolaboral.

Es cierto que la regulación comunitaria no desconoce las bondades de este modelo de gobierno de la transformación digital en los entornos laborales. Así lo reflejan el Considerando 155 y el artículo 88 del [Reglamento 2016/679/UE, 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 su libre circulación (RGPD). No se abundará en ellos dado que se ha dado sobrada cuenta en esta revista, pero ha de recordarse que para su concreción se remite casi en blanco bien a una decisión de los Estados miembros, bien a la negociación colectiva nacional.

Como también se ha venido apuntando desde estas páginas, la mayoría de los Estados –como el caso español– ha optado por una previsión de garantía colectiva minimalista, a menudo incluso testimonial y con cierta frecuencia confusa. La situación posterior no es muy diferente a la precedente a la innovación normativa comunitaria, pues hay poco más allá del reclamo a la libre decisión de autonomía colectiva. Sorprendentemente, esta deficiente técnica reguladora se ha emulado, sin más matices, por el [artículo 17 del Real Decreto-Ley 28/2020](#), para el trabajo a distancia –examinado en la sección de [análisis de actualidad sociolaboral de este número](#)–. Es cierto que existe una excepción legislativa, la regulación del derecho a la desconexión digital ex [artículo 88.2 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre](#), de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), pero no por ello cambia el juicio crítico, porque su práctica aplicativa, lejos de tener un sentido garantista adicional, está actuando de neutralizador del efecto útil del derecho. Se volverá brevemente sobre ello, con alguna experiencia práctica ilustrativa que acredite el déficit denunciado.

---

La mayoría de los Estados –como el caso español– ha optado por una previsión de garantía colectiva minimalista, a menudo incluso testimonial y con cierta frecuencia confusa. La situación posterior no es muy diferente a la precedente a la innovación normativa comunitaria, pues hay poco más allá del reclamo a la libre decisión de autonomía colectiva

---

Recientemente, la Comisión Europea ha tenido la oportunidad de incidir en la importancia de avanzar en una política comunitaria de gobernanza de la digitalización en el ámbito laboral no solo más específica, sino también más participada colectivamente. Este es el sentido de la Comunicación de la Comisión de 24 de junio de 2020 «[La protección de datos como pilar del empoderamiento de los ciudadanos y el enfoque de la UE para la transición digital: dos años de aplicación del Reglamento general de protección de datos](#)». En ella se refleja la contradicción existente entre la necesidad y el potencial de una mayor implicación

de los interlocutores sociales en la creación de normas y garantías más específicas relativas a la economía digital en general, a la privacidad y a la protección de datos en el trabajo, y su constatada deficiencia práctica.

En este escenario, tan posibilista como deficiente, resulta positivo que los interlocutores sociales a nivel comunitario hayan recogido el guante y hayan asumido esta tarea en el [Acuerdo marco europeo sobre la digitalización de 22 de junio de 2020](#), fruto de la negociación de diálogo social en la cumbre entre los interlocutores sociales ex artículo 155 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La importancia jurídica y social de este acuerdo radica en que es la primera vez que empresariado y sindicatos aceptan que la digitalización laboral debe ser un tema de interés común, despojado de los unilateralismos actuales, como el CESE venía exigiendo. Con todo, no tiene fuerza vinculante directa, porque se trata de un acuerdo autónomo –por tanto, dependiente en su eficacia del poder de influencia de las partes en los sistemas nacionales–, ni su contenido permite esperar resultados inmediatos, pues está plagado de remisiones generales y compromisos solemnes.

Este acuerdo tiene la misma naturaleza que el [Acuerdo marco comunitario de teletrabajo de 2002](#), pero es mucho menos concreto. Debe recordarse que este ha sido obviado durante casi dos décadas, cobrando actualidad solo por la pandemia, con el necesario recurso masivo al teletrabajo que ha producido.

**3.** El establecimiento de «un marco adecuado para el trabajo a distancia» forma parte del [Acuerdo para la reactivación económica y el empleo](#), firmado el 3 de julio pasado entre el Gobierno y los agentes sociales, según se expuso en el [editorial del número de octubre](#), si bien destacando otra de sus vertientes con la que la digitalización pretende conectarse estrechamente, la transición ecológica justa. Así, se indicaba en él que el nuevo modelo económico anunciado no solo debe ser «verde» e «inclusivo», sino también «digital».

En consecuencia, la digitalización aparece como uno de los elementos sumatorios de la tríada que ha de inspirar y acompañar el «nuevo» modelo de crecimiento económico, y que se presenta como objetivo y como reto. A fin de alcanzarlo, las partes se comprometen a trabajar para llegar a acuerdos en los foros que correspondan, incidiendo, entre otras materias, en más de un aspecto vinculado con la digitalización, como es el desarrollo de mecanismos orientados, además de al referido trabajo a distancia:

---

La digitalización aparece como uno de los elementos sumatorios de la tríada que ha de inspirar y acompañar el «nuevo» modelo de crecimiento económico, y que se presenta como objetivo y como reto. A fin de alcanzarlo, las partes se comprometen a trabajar para llegar a acuerdos en los foros que correspondan, incidiendo, entre otras materias, en más de un aspecto vinculado con la digitalización

---

- A la capacitación y recualificación de las personas trabajadoras en el ámbito digital, para acceder a los puestos de trabajo que se creen y su recolocación en la misma u otra empresa o sector, reclamando especial atención en aquellos sectores afectados por un proceso de reconversión o transformación por la COVID-19.
- A impulsar la digitalización de la economía en general, insistiendo en la capacitación digital continuada y la integración de la pyme en el desarrollo tecnológico.

De este modo, una situación coyuntural –la pandemia de COVID-19– se inserta de plano en un proceso estructural, como es la digitalización del sistema económico-empresarial, clave de la llamada «revolución industrial 4.0». Es cierto que no todos los trabajos pueden tener un nivel idéntico de tecnologización, pero su potencial es general, hasta proyectarse en todos los sectores de actividad económica, desde la industria al [sector primario](#), pasando por el de servicios de atención a personas –como la [teleasistencia domiciliaria](#)–. Sin embargo, llamativamente, incluso quienes apelan a la implicación de la totalidad de quienes actúan en un sector económico para que la transformación digital pueda prosperar realmente, incluida la implicación de las personas consumidoras, tienden a olvidar a los sindicatos, como si de un obstáculo presunto se tratara.

Así, se confirma el olvido por parte del foco «económico-tecnológico» del debate de la digitalización del otro ámbito afectado, el «socioprofesional», que apuntaba el CESE. No obstante, dado que la realidad revela que las cualidades «verde, digital e inclusiva» de la economía no suelen convivir pacíficamente, el CESE insiste en que la transición digital inclusiva debe ser producto del diálogo social.

4. La ambivalencia del proceso de transformación digital es evidente, pues las nuevas tecnologías de la información y la comunicación facilitan el trabajo, e incluso hacen posible la realización de tareas –o la continuación de la actividad laboral, como se ha visto durante los meses del confinamiento–, pero comportan importantes riesgos de amplio espectro. Por ello, es imprescindible regular la digitalización –más allá de la protección de datos y de la economía de plataformas– para aprovechar sus ventajas y mitigar su impacto negativo, haciendo que sus aprovechamientos beneficien a la mayoría. Esta es la razón de ser última que subyace en el [Acuerdo marco autónomo comunitario sobre digitalización de 22 de junio de 2020](#), que refleja la necesidad de aportar soluciones europeas –que recuerda la [Comunicación de 24 de junio de 2020 de la Comisión Europea](#)–, contribuyendo

---

La ambivalencia del proceso de transformación digital es evidente, pues las nuevas tecnologías de la información y la comunicación facilitan el trabajo, e incluso hacen posible la realización de tareas –o la continuación de la actividad laboral, como se ha visto durante los meses del confinamiento–, pero comportan importantes riesgos de amplio espectro

---

a reducir el nivel de fragmentación del mercado único. Los interlocutores sociales europeos han demostrado así que comprenden la necesidad y muestran su disponibilidad a afrontar su parte de responsabilidad autorreguladora con la agenda de la digitalización y las implicaciones para los mercados de trabajo y las relaciones laborales.

Sin pretender ahora un análisis en profundidad en este acuerdo, objeto de comentarios ya por analistas de relieve (*vid.* [Rojo Torrecilla, 2020](#)), procede resaltar algunas de sus líneas básicas. La primera, que en él no se oculta su doble faz, pues refleja sus aspectos positivos, pero sin ignorar los negativos. De este modo, se refiere a las «oportunidades y desafíos» de la transformación digital en el ámbito del trabajo, siendo su objetivo maximizar las primeras y reducir al mínimo posible los efectos negativos de los segundos.

En segundo lugar, el acuerdo de autorregulación comunitaria prima el enfoque de «humano al mando», en línea con las consignas del CESE. Así, potencia los beneficios de la digitalización en las personas, sobre todo de recualificación y autonomía, con lo que comporta en cuanto a mejora de la productividad. Asume, asimismo, una lógica de garantías de derechos relacionados con la digitalización, sin perder la flexibilidad que promete el trabajo digital. Junto al artículo 155 del [TFUE](#), se vincula al [Pilar europeo de derechos sociales](#),

---

El acuerdo de autorregulación comunitaria prima el enfoque de «humano al mando», en línea con las consignas del CESE. Así, potencia los beneficios de la digitalización en las personas, sobre todo de recualificación y autonomía, con lo que comporta en cuanto a mejora de la productividad

---

que reclama la importancia del diálogo social en los entornos digitales laborales para (1) hacer efectivo el derecho a la adaptación de las capacitaciones laborales a aquel, a fin de prolongar la participación de las personas en el mercado de trabajo, y (2) preservar su derecho a la protección de los datos personales en el contexto del empleo.

La tercera cuestión a destacar es su lógica de transversalidad, pues su ámbito subjetivo es muy amplio, al integrar a todas las personas empleadoras y trabajadoras, de cualquier sector, privado o público. Merece mención especial la inclusión del «trabajo a través de plataformas», aunque solo cuando «exista relación laboral», una cuestión aún hoy muy discutida, como se sabe, respecto de la que no hay una solución unívoca en todos los Estados miembros, si bien en España la inclinación es claramente hacia la naturaleza laboral, en especial tras confirmarse jurisprudencialmente –[STS 805/2020, de 25 de septiembre](#) (sobre Glovo)–.

La cuarta y última se refiere a su contenido, puesto que, como ya se ha anticipado, es muy programático, lo que complica sus expectativas de aplicación, al menos en un tiempo corto, y quizás también medio. En todo caso, el acuerdo ofrece pautas generales de interés para un progreso cierto en la autorregulación colectiva de la evolución tecnológica en el ámbito laboral, sea en las políticas de digitalización general del trabajo –capacitación,

condiciones de trabajo, sistemas de conexión y de desconexión, inteligencia artificial...-, como en las propias de protección de la privacidad. En última instancia, al ser un acuerdo autónomo, no reforzado, su éxito depende del tipo de trasposición que se haga en los sistemas de relaciones laborales nacionales, ya sea a través de acuerdos generales, con valor más de recomendación que de compromiso jurídico vinculante –este ha sido hasta ahora el caso español para el teletrabajo, acoso en el trabajo o estrés laboral-, o ya sea a través de auténticos convenios colectivos (Lerouge, 2020). En suma, no es un punto de llegada sino de partida, lo que resulta esperanzador pero incierto.

5. Para este tránsito, desde el marco del diálogo social comunitario –incluso nacional– hasta la negociación colectiva sobre la agenda digital, el balance nacional, hasta ahora, no es halagüeño, pues son más las llamadas –incluso legales– a la autonomía colectiva que las efectivas realizaciones.

Así, por una parte, ni siquiera en los temas más conocidos y que antes se plantearon, como las condiciones de uso de los dispositivos digitales con fines productivos, los convenios ofrecen un acervo de autorregulación suficientemente normalizado, quedando a expensas de la política de usos razonables de cada empresa. Solo en contadas ocasiones se llama al acuerdo sobre las mismas –**Convenio colectivo Grupo AXA**–, especialmente en empresas tecnológicas o del sector de las comunicaciones. Tampoco el teletrabajo cuenta

---

Ni siquiera en los temas más conocidos y que antes se plantearon, como las condiciones de uso de los dispositivos digitales con fines productivos, los convenios ofrecen un acervo de autorregulación suficientemente normalizado, quedando a expensas de la política de usos razonables de cada empresa

---

con un bagaje mínimamente representativo del conjunto empresarial español, **limitándose a un puñado de convenios colectivos –apenas 120– de grandes empresas**, pese al impulso que debió suponer el acuerdo marco de 2002, que es mucho más concreto en sus obligaciones que el de digitalización de 2020. Seguramente, este deficiente balance cambiará de forma relevante a partir de la nueva regulación, que llama recurrentemente a la negociación colectiva para ofrecer pautas ciertas y equilibradas a los acuerdos individuales de teletrabajo a fin de compensar la asimetría de posiciones.

Asimismo, por otra parte, no siempre la autorregulación convencional establece las garantías adicionales que serían esperables conforme al mandato del **artículo 88 de la LOPDGDD** –y ahora también **art. 17 RDL 28/2020**–, como sucede con el régimen relativo a la desconexión digital previsto en el **Convenio colectivo de Telefónica**. Además, tampoco garantiza necesariamente ese «justo equilibrio» entre razones de eficacia tecnológica de empresa y razones de protección tecnológica de las personas trabajadoras. Así, sorprendentemente, con frecuencia establece una sobrecarga de obligaciones, adoptando un enfoque netamente disciplinario sin compensarlo con el formativo –v. gr. art. 150 II **Convenio colectivo de**

empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU, y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU-.

En otras ocasiones, la intervención de autorregulación colectiva sí tiene un inequívoco signo garantista, pero queda en una total incertidumbre aplicativa al depender de condiciones externas. Es el caso del artículo 4 del [Acuerdo laboral estatal de hostelería](#) (V ALEH), que incluye en su ámbito funcional el servicio de reparto de comidas y bebidas, a pie o en cualquier tipo de vehículo, con expresa inclusión de «las plataformas digitales o a través» de ellas, que solo es útil si se reconoce el carácter laboral de las relaciones de trabajo que se desarrollan en su marco, lo que no ha sucedido hasta fechas recientes.

6. La negociación colectiva tiene, en consecuencia, un importante recorrido por delante, y es muy importante que asuma el enfoque garantista *ex* artículo 88 del [RGPD](#) y [Acuerdo marco sobre digitalización](#). Así, tomando como ejemplo el artículo 150 del [II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica](#), tras recordar que los ficheros de tratamiento de datos personales «habrán de reunir las condiciones de integridad y seguridad que garanticen la debida confidencialidad», se establece que «[...] aquellas personas trabajadoras que por razón del puesto de trabajo que ocupan deban acceder y utilizar ficheros que contengan datos de carácter personal están obligadas a guardar el secreto profesional respecto a los mismos, incluso después de cambiar de función».

---

La negociación colectiva tiene, en consecuencia, un importante recorrido por delante, y es muy importante que asuma el enfoque garantista *ex* artículo 88 del RGPD y Acuerdo marco sobre digitalización

---

Esta norma convencional traduce la necesidad de concienciar a las personas empleadas –más con la promoción del teletrabajo, pues los sistemas de datos son más vulnerables, [según ya advirtió la Agencia Española de Protección de Datos](#)– de la trascendencia real del cumplimiento del deber de confidencialidad en el manejo de datos personales, por la extrema gravedad de las consecuencias a causa de las «brechas de seguridad» (art. 32 [RGPD](#)), lo que merece un juicio positivo. No obstante, en un examen más profundo, se aprecia que esta cláusula se formula en términos unilaterales, pues se centra en el interés empresarial, cargando sobre la persona trabajadora nuevas obligaciones, pero obviando la necesidad de que el deber contractual se ajuste a la capacidad o competencia digital, como el CESE y el acuerdo marco comunitario requieren.

Otro ejemplo de la necesidad de avanzar en la autorregulación colectiva de la política de digitalización laboral sobre bases de mejora cualitativa puede hallarse en los códigos de barras QR, tan en boga últimamente. En el ámbito laboral, también se utilizan cada vez más, máxime teniendo en cuenta que, frente a otro tipo de controles y registros horarios laborales, como el biométrico basado en el reconocimiento de la huella dactilar, no precisa contacto

físico alguno y resulta más seguro. En este contexto, resulta de interés el [Convenio colectivo de la empresa de limpieza Brillosa, SL](#) (BO Illes Balears núm. 64, de 25 de mayo de 2017), cuyo artículo 29 –Código de conducta laboral. Principios generales– es expresión de modernidad y obsolescencia reguladora a un tiempo. En la primera dimensión, es de destacar que incorpora un código específico de autorregulación colectiva para los usos razonables de medios tecnológicos, pero no en una empresa de alta tecnología o de telecomunicaciones, sino de limpieza. No obstante, en la segunda, resulta obsoleto, porque, además de incluirlo dentro del «código disciplinario», lo que revela una visión sesgada, asume una vertiente prohibicionista, que contrasta con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y con el marco comunitario de protección de datos. Así, no solo prohíbe todo uso privado –aun razonable– de los dispositivos digitales de uso productivo, sino que habilita a la empresa para monitorizarlos «sin aviso previo». Asimismo, prohíbe toda distracción en la jornada derivada de viajes internautas que no sean laborales, incluso realizar o atender llamadas salvo que sean «urgentes» –sobre esta cuestión, es muy interesante la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 438/2020, de 18 de mayo](#)–.

Los QR aparecen aquí en la regulación –muy moderna y anticipada a la reforma legal– del «Registro diario de entrada y salida» (art. 29 e) del [convenio](#)). A fin de adaptarse a los mandatos legales –arts. [12.4 c\)](#) y [35.5](#) Estatuto de los Trabajadores (ET), a los que ahora se ha de añadir el [art. 34.9](#) y, en su caso, [art. 14 RDL 28/2020](#), para el trabajo a distancia– y a las «exigencias cada vez mayores de los clientes», se implanta el sistema EMF-PEGASUS, que consiste en el registro de entradas y salidas mediante un teléfono móvil y una pegatina con un código QR. El convenio atiende a las necesidades socioprofesionales, estableciendo una opción para cada persona trabajadora –o se instala en su móvil con abono del coste que derive del tráfico de datos, o la empresa lo facilita para este uso–, así como asegurando «la necesaria y suficiente información para el uso de este sistema». Por supuesto, como se recuerda, si se infringe este deber, podrá ser considerado «como falta grave o muy grave, según el perjuicio ocasionado a la empresa, al cliente o al usuario». De este modo, se integra la perspectiva disciplinaria con la formativa, aunque no contempla la preventiva.

En este sentido, como ha venido apuntando el CESE y ahora asume expresamente el acuerdo marco, la digitalización del trabajo genera nuevos factores de riesgo laboral a evaluar, especialmente psicosociales, como prevé el [artículo 88 de la LOPDGDD](#) y ahora también el [artículo 18 del Real Decreto-Ley 28/2020](#) respecto a la fatiga digital.

Por lo que respecta a los QR, la regulación colectiva incurre en dos factores de posible riesgo psicosocial. Por una parte, establece

---

Como ha venido apuntando el CESE y ahora asume expresamente el acuerdo marco, la digitalización del trabajo genera nuevos factores de riesgo laboral a evaluar, especialmente psicosociales, como prevé el artículo 88 de la LOPDGDD y ahora también el artículo 18 del Real Decreto-Ley 28/2020 respecto a la fatiga digital

---

que el móvil siempre deber estar cargado, pues de otro modo no se puede registrar la entrada-salida, lo que implica que la persona trabajadora ha de cargar el teléfono en el tiempo no laboral previo de acceso, lo que supone que la desconexión no puede ser completa. Por otra, la empresa se reserva la facultad de cambiar el sistema cuando considere oportuno, sin más exigencia que la previa consulta al comité de empresa. El artículo 31 del [convenio](#), relativo a la seguridad y salud en el trabajo, no integra esta perspectiva, lo que puede suponer un factor de riesgo psicosocial no previsto que requería estar incluido.

No es esta la única experiencia convencional que hace referencia a usos modernos de estos tipos de codificación electrónica para el cumplimiento de las diferentes obligaciones laborales. También lo hace el [V Convenio colectivo estatal de la construcción](#), que ha actualizado en su anexo IV el formato de la conocida tarjeta profesional de la construcción (TPC), que es expedida por la Fundación Laboral de la Construcción y que acredita, entre otros datos, la formación específica recibida del sector por la persona trabajadora en materia de prevención de riesgos laborales, así como el grupo profesional y los periodos de ocupación en las distintas empresas en las que vaya ejerciendo su actividad. Igualmente, se ha adaptado –punto quinto del acuerdo novatorio– a la reforma del sistema de formación profesional para el empleo, que suprimió la modalidad de formación a distancia, permitiendo únicamente la presencial –preferente– y la e-formación o de «teleformación» –excepcional si es exclusiva–, así como la mixta –subsidiaria–.

El [Acuerdo marco comunitario sobre digitalización](#) pone énfasis precisamente en este aspecto formativo, aunque es más concreto respecto de los deberes de capacitación profesional y quién los paga, si bien tampoco aporta nada nuevo. Así, dado que la formación beneficia a la empresa, será esta quien la pague, conforme a la práctica nacional, además de que habrá de realizarse preferentemente dentro de la jornada, o, en caso contrario, «organizar una compensación adecuada».

**7.** Los ejemplos expuestos ponen de manifiesto que la negociación colectiva refleja la necesidad de avanzar en autorregular las condiciones para una transformación digital de las empresas sociolaboralmente más justa, a fin de que el compromiso de las personas trabajadoras con el cambio tecnológico impulsado por las empresas también las beneficie en términos de seguridad en el empleo, riqueza de los contenidos de la actividad y mejora de las condiciones de trabajo. En este sentido, piénsese en el desafío que supone incluir la gestión algorítmica en cada vez más fases de la gestión de personas

---

La negociación colectiva refleja la necesidad de avanzar en autorregular las condiciones para una transformación digital de las empresas sociolaboralmente más justa, a fin de que el compromiso de las personas trabajadoras con el cambio tecnológico impulsado por las empresas también las beneficie en términos de seguridad en el empleo, riqueza de los contenidos de la actividad y mejora de las condiciones de trabajo

---

—«*analytical people*» o «*human resource analysis*»—. Esta tendencia incluye los procesos de evaluación del desempeño o rendimiento, en particular para quienes trabajan directamente en contacto con la clientela, clave no solo para el establecimiento de la retribución y para la promoción dentro de la empresa, sino también para la propia continuidad del empleo, a fin de controlar la aplicación de la exigencia de rendimiento mínimo ex artículo 49.1 b) del ET —de interés, en este sentido, SSTs 566/2020 y 600/2020, de 1 de julio y 3 de julio, respectivamente, que revelan el carácter adhesivo de estas prácticas y su desproporción—.

Consecuentemente, el camino que resta por recorrer es cuantitativa y cualitativamente largo, pero el Acuerdo marco de digitalización tampoco nace en un desierto. Así lo ilustra la reciente demanda de conflicto colectivo presentada por el sindicato italiano CGIL contra Deliveroo en la que, partiendo de que las personas repartidoras son trabajadoras asalariadas, la cuestión se centra en determinar si el algoritmo utilizado provoca efectos discriminatorios. En suma, el acuerdo supone un primer pilar colectivo comunitario sobre el que llevar a cabo la digitalización de la empresa y de las relaciones laborales.

---

El camino que resta por recorrer es cuantitativa y cualitativamente largo, pero el Acuerdo marco de digitalización tampoco nace en un desierto. Así lo ilustra la reciente demanda de conflicto colectivo presentada por el sindicato italiano CGIL contra Deliveroo en la que, partiendo de que las personas repartidoras son trabajadoras asalariadas, la cuestión se centra en determinar si el algoritmo utilizado provoca efectos discriminatorios

---

8. La problemática que ello entraña es compleja y muy amplia, como ilustran los trabajos que componen este número de la revista, realizados en su práctica integridad por el inquieto y prolífico equipo de investigadores del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León. La multiplicidad de cuestiones que plantea la «industria 4.0» en el ámbito de las relaciones de trabajo ha determinado que, excepcionalmente, este número se haya configurado como monográfico íntegramente, alcanzando a todas sus secciones. Sin duda, la digitalización ha alterado las bases o desarrollo de instituciones laborales clásicas, exigiendo la reinterpretación de los mismos.

En este sentido, la irrupción del trabajo en plataformas ha afectado a nociones tan esenciales como son la ajenidad y dependencia de la relación laboral, tema este abordado por el profesor Rodrigo Tascón López en su estudio. Asimismo, la intensidad de control empresarial que permiten las nuevas tecnologías y el paralelo riesgo de vulnerar los derechos de las personas trabajadoras que entraña se hacen manifiestos en los trabajos de los profesores Roberto Fernández Fernández, relativo a la geolocalización, y José Gustavo Quirós Hidalgo, centrado en el uso de los dispositivos digitales ex artículo 87 de la LOPDGDD. Desde otra perspectiva, la profesora Beatriz Agra Viforcós analiza la problemática que entraña la protección del secreto profesional en la empresa digitalizada y sus límites. Por lo demás, como no podía ser de otra manera, este monográfico incluye un estudio relativo a los retos que

plantea la digitalización en toda su extensión en relación con la prevención de riesgos laborales de las personas trabajadoras, tema de capital importancia que desarrolla el profesor [Javier Fernández-Costales Muñiz](#). Acompañando estos espléndidos estudios doctrinales, los profesores y profesoras [Juan José Fernández Domínguez](#), [Patricia Prieto Padín](#), [Susana Rodríguez Escanciano](#), [Henar Álvarez Cuesta](#), [María de los Reyes Martínez Barroso](#), [Diego Megino Fernández](#), [Natalia Ordóñez Pascua](#), [Cristina González Vidales](#) y [Francisco Xabiere Gómez García](#) examinan, a través de sus cinco «diálogos con la jurisprudencia», las más punteras y recientes sentencias sobre la materia.

En suma, por la cuidada selección de los temas tratados, la calidad de los trabajos que incluye y la solvencia científica de sus autores y autoras, este número 452 de la revista que el lector o la lectora tiene entre sus manos está llamado a ser un referente en el ya muy concurrido ámbito de los análisis jurídico-laborales sobre los efectos y consecuencias de la revolución 4.0 en el trabajo.

**Cómo citar:** Miñarro Yanini, Margarita. (2020). La «transición tecnológica sociolaboralmente justa»: por una gobernanza colectiva de la digitalización. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 5-16.

A la memoria de María José Sánchez Ledesma,  
magnífica neurocirujana, brillante docente y excelsa investigadora.

Tu presencia es insustituible en la Universidad de Salamanca  
y tu recuerdo perenne para el equipo investigador de la Universidad de León.

Todos los estudios del presente monográfico han sido realizados al amparo del proyecto de investigación del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad DER2017-82192-C3-1-R, «Nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social», dentro del subproyecto 1 vinculado a la Universidad de León «Nuevos horizontes para el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante el desafío tecnológico». Este monográfico ha sido coordinado por los investigadores principales del proyecto, los profesores Juan José Fernández Domínguez y Roberto Fernández Fernández.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

# La geolocalización como mecanismo de control laboral: alcance y límites de una controvertida herramienta del poder directivo

**Roberto Fernández Fernández**

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

## Extracto

La empresa debe tener a su alcance ciertos poderes que le permitan dirigir el proceso productivo conforme a sus intereses. Uno de los más importantes consiste en controlar la actividad de las personas trabajadoras a su servicio, para lo que tiene en sus manos un haz de facultades y herramientas idóneas para poder desarrollar semejante prerrogativa.

Sin duda alguna, las nuevas tecnologías han incrementado los poderes de fiscalización empresarial hasta lugares insospechados hace años, dadas las vastas, y todavía inexploradas en su totalidad, oportunidades brindadas por las mismas, pudiendo llegar a aumentar de forma exponencial la capacidad invasiva en el quehacer diario de las personas trabajadoras.

Una de estas herramientas consiste en la colocación de sistemas de geolocalización en los dispositivos con los que las personas trabajadoras realizan su actividad productiva (ya sean vehículos, móviles, tabletas, *smartwatches*, etc.), de manera que la empresa puede tener localizado en tiempo real a quien ha empleado o utilizar los datos extraídos de dichos instrumentos para realizar un seguimiento no solamente de sus bienes sino también de la persona trabajadora.

En este sentido, semejante control puede afectar a los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos de la persona trabajadora, de manera que su instalación puede constituir un interés legítimo para la empresa, pero ha de ser cohonestada con el respeto a dichas máximas constitucionales. Por esa razón, su uso debe pasar por el control constitucional de los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, así como no invadir aspectos privados de la vida de la persona trabajadora. El artículo 90 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, ordena, aunque de forma genérica y poco detallada, esta materia con el fin de equilibrar las utilidades de ambas partes de la relación.

**Palabras clave:** geolocalización; transición digital; intimidad; poder directivo empresarial; protección de datos.

Fecha de entrada: 08-09-2020 / Fecha de revisión: 08-10-2020 / Fecha de aceptación: 08-10-2020

**Cómo citar:** Fernández Fernández, Roberto. (2020). La geolocalización como mecanismo de control laboral: alcance y límites de una controvertida herramienta del poder directivo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 19-47.



# Geolocation as a labor control mechanism: scope and limits of a controversial tool of managerial power

Roberto Fernández Fernández

## Abstract

The employer must have at his disposal certain powers that allow him to direct the production process according to his interests. One of the most important is being able to control the activity of the workers, for which he has at his disposal a set of powers and suitable tools to be able to develop such a prerogative.

Without a doubt, new technologies have increased the powers of business control to places unsuspected years ago, given the vast and still totally unexplored opportunities offered by new technologies, and could exponentially increase the invasive capacity in daily life from the workers.

One of these tools consists of the installation of geolocation systems in the devices with which workers carry out their productive activity (whether they are vehicles, mobile phones, tablets, smartwatches, etc.), so that the employer can have real-time localization of the employee or use the data extracted from these instruments to track not only their assets but also the worker.

In this sense, such control can affect the fundamental rights to privacy and data protection of the worker, so that its installation may constitute a legitimate interest for the employer but must be endorsed with respect to the constitutional rights. For that reason, its use must go through the constitutional control of the judgments of suitability, necessity and proportionality, as well as not invade private aspects of the worker's life. Article 90 of LO 3/2018, of December 5, prescribes, although in a generic and little detailed way, this matter in order to balance the profits of both parts of the relationship.

**Keywords:** geolocation; digital transition; privacy; business management power; data protection.

**Citation:** Fernández Fernández, Roberto. (2020). Geolocation as a labor control mechanism: scope and limits of a controversial tool of managerial power. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 19-47.





## Sumario

1. El control empresarial de la actividad de la persona trabajadora: un viejo problema con nuevas herramientas en el campo de juego consecuencia de la era digital
    - 1.1. Algunas soluciones frente a la digitalización previstas a nivel comunitario
    - 1.2. El reconocimiento de los derechos digitales en el ordenamiento jurídico español
  2. Los sistemas de geolocalización y su repercusión en el ámbito de las relaciones laborales
    - 2.1. Alcance de los poderes empresariales
    - 2.2. Límites a la actuación empresarial: el necesario respeto por los derechos a la intimidad y protección de datos de las personas trabajadoras
    - 2.3. La utilización para fines privados de los dispositivos geolocalizadores: la ineludible regulación del alcance de las licencias comportamentales
  3. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. El control empresarial de la actividad de la persona trabajadora: un viejo problema con nuevas herramientas en el campo de juego consecuencia de la era digital

El interés por organizar en primer término, dar instrucciones en segundo lugar y fiscalizar en última instancia el proceso productivo constituye una aspiración empresarial desde el nacimiento del quehacer productivo en las sociedades industriales. En este sentido, una de las razones para el nacimiento del derecho del trabajo ha sido establecer ciertos límites a los poderes empresariales, en tanto parte fuerte de la relación laboral, intentando a la par garantizar cierta libertad al titular de la unidad productiva a la hora de ejecutar en el seno del centro de trabajo sus prerrogativas, pero también históricamente este sector del ordenamiento jurídico ha procurado regular determinados contrapesos con el fin de evitar que las facultades empresariales se convirtieran en omnímodas y absolutas.

A este respecto, el poder de dirección empresarial se ha considerado como un elemento imprescindible para la buena marcha de la organización productiva y constituye reflejo de los derechos proclamados en los artículos 33 y 38 de la Constitución española (CE) (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 8 de febrero de 2018, rec. 1121/2015), en cuyo desarrollo el Estatuto de los Trabajadores ha reconocido en su texto las facultades inherentes a la autoridad empresarial, siendo los artículos 5 c) y 20 del 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), los preceptos encargados de desarrollar a nivel legal dichas prerrogativas.

El primero de los mandatos reseñados establece el deber básico de la persona trabajadora de «cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas», previsión reiterada en el artículo 20.1 del ET, cuando obliga a aquella a realizar el trabajo convenido bajo la dirección de la persona empleadora o persona en quien delegue.

Ambas previsiones muestran, a su vez, la otra cara de la moneda de las facultades organizativas empresariales, y que se traduce en la obligación, salvo supuestos excepcionales y muy limitados de *ius resistentiae*, de obediencia por parte de la persona trabajadora habida cuenta de que «deberá acatar la orden, cuya legalidad jurídica se presume *ius tantum*, y únicamente en un momento posterior podrá reclamar ante los órganos de la jurisdicción social por estimarla contraria a derecho» (Fernández Fernández, 2019, p. 793).

Como elemento esencial de este poder de dirección, sin cuya presencia este quedaría vacío de contenido, el artículo 20.3 del ET permite a la persona empleadora adoptar cuantas medidas de vigilancia y control considere más oportunas en aras de comprobar el

cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes contractuales, presentando como límite claro el respeto a la dignidad humana, convertida a la postre como referente último sobre el carácter lícito o ilícito del comportamiento empresarial.

Partiendo de las anteriores premisas legales, la entrada en la era de la digitalización ha traído aparejada sin duda alguna una transformación evidente de las formas de interrelación entre la ciudadanía, lo que ha llevado a vivir una verdadera revolución digital caracterizada por «un nuevo paradigma que trasciende de manera general al entorno social y por ende al jurídico, de modo que su significación va más allá de su incidencia concreta en una u otra institución» (Alonso Ureba, 2019, p. 1) y que lleva a la sociedad actual hacia un modelo de hiperconexión que se traduce en tres grandes manifestaciones: una sociedad «hiperinformada», «hipercomunicada» e «hipervisualizada» (Del Rey Guanter, 2017, p. 2).

Resulta menester reconocer, por tanto, que uno de los mayores desafíos que plantea esta moderna etapa consiste en «acomparar el ritmo del derecho, habitualmente lento, y el del cambio tecnológico, usualmente vertiginoso, a fin de evitar que una norma nazca ya envejecida» (Molina Navarrete, 2018, p. 155); de esta manera:

[...] las nuevas realidades exigen [...] un importante esfuerzo de adaptación y obligan a impulsar un renacimiento del imaginar jurídico. Un esfuerzo de reconstrucción sobre nuevas bases de instrumental jurídico y argumental que permita afrontar los radicales cambios que vive y vivirá el mundo en su futuro más próximo (Mercader Uguina, 2002, pp. 99-100).

En efecto, los problemas actuales deben ser analizados:

[...] a la luz de la realidad social actual (artículo 3.1 del Código Civil), lo que exige adaptar dichos estándares clásicos a los avances tecnológicos que continuamente se producen y, por tanto, a lo que es una sociedad como la nuestra dominada por las TIC (tecnologías de la información y la comunicación) (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Madrid de 3 de febrero de 2020, rec. 749/2019).

## 1.1. Algunas soluciones frente a la digitalización previstas a nivel comunitario

Las instituciones comunitarias no se han mostrado ajenas a los importantes retos que la digitalización de la sociedad en general y los entornos laborales en particular presentan al respecto, pudiendo dar cuenta de dos iniciativas de interés para este artículo desarrolladas a nivel comunitario, pues hacer una revisión completa de todas aquellas actuaciones que han llevado a cabo las instituciones europeas sobrepasaría con creces los objetivos del presente trabajo.

Como norma clave en relación con los derechos digitales, el 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 (RGPD), ha constituido uno de los referentes fundamentales a la hora de regular las nuevas tecnologías y su influencia en el ámbito laboral.

A este respecto, cabe mencionar cómo el artículo 88.1 del RGPD ordena el tratamiento de datos en el ámbito laboral permitiendo a los Estados miembros:

[...] a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral.

En este sentido, el apartado segundo del precepto comentado establece ciertos límites al tratamiento por parte de la empresa, habida cuenta de que cuantas disposiciones vayan a ser promulgadas deberán forzosamente incluir:

[...] medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo (art. 88.2 RGPD).

Sin embargo, la mayor parte de sus disposiciones son mandatos, cuando no recomendaciones, abstractos destinados a los Estados miembros para que pongan en marcha determinadas políticas dentro de sus fronteras, de manera que se comporta más como una directiva en materia de derechos laborales digitales que como un verdadero reglamento comunitario capaz de generar derechos invocables por la ciudadanía ante los tribunales de justicia, pues para ello necesitan una norma interna tendente a desarrollar su contenido.

En este sentido, la propia Comisión, en su evaluación de la aplicación del reglamento analizado, ha señalado que es necesario tomar iniciativas con el fin de aprovechar todo su potencial, siendo trascendental:

[...] crear un enfoque armonizado y una cultura europea común de protección de datos, y fomentar una gestión más eficiente y armonizada de los casos transfronterizos. Esto es lo que esperan las personas y las empresas y constituye un objetivo esencial de la reforma de las normas de protección de datos de la UE. Es igualmente importante asegurarse de que todas las herramientas disponibles en el GDPR se utilicen en su totalidad para garantizar una aplicación eficiente para las personas y las empresas (Comisión Europea, 2020, p. 13).

También las partes sociales a nivel comunitario han empezado a jugar un papel protagonista en este ámbito, llevando a cabo múltiples iniciativas, pudiendo destacar, por su carácter sumamente reciente, la firma del Acuerdo marco sobre digitalización el 22 de junio de 2020 y que, partiendo de las ventajas e inconvenientes que presenta la transformación digital en la sociedad y sin desconocer los riesgos existentes, reconoce «la necesidad de adoptar medidas que resulten beneficiosas para ambas partes de la relación de trabajo» (Rojo Torrecilla, 2020). Así, muestra un enfoque colaborativo y dialogado a lo largo de todo su contenido, de manera que el consenso y la adaptación constituyen los ejes vertebradores de un proceso organizado a lo largo de cinco fases (Miranda Boto, 2020, p. 944), contribuyendo así a implementar y consolidar el Pilar europeo de derechos sociales en referencia al derecho a la protección de datos personales de las personas trabajadoras en el contexto laboral (Hendricks *et al.*, 2020, p. 4).

De esta manera, el acuerdo se marca alcanzar los siguientes objetivos: sensibilizar y mejorar el conocimiento de empresas, personas empleadas y sus representaciones sobre las oportunidades y retos en el mundo del trabajo derivados de la transformación digital; proporcionar un marco dirigido a la acción para alentarlas, orientarlas y ayudarlas a diseñar medidas y acciones destinadas a aprovechar estas oportunidades y hacer frente a los desafíos, teniendo en cuenta las iniciativas, prácticas y convenios colectivos existentes; fomentar un enfoque colaborativo y cooperativo entre las mismas; en fin, promover el desarrollo de una perspectiva orientada a las personas para la integración de la tecnología digital en el mundo del trabajo, con el fin de apoyar y ayudar a las personas trabajadoras, mejorar la productividad y garantizar el derecho a la dignidad humana (ETUC *et al.*, 2020, p. 4).

## 1.2. El reconocimiento de los derechos digitales en el ordenamiento jurídico español

La incorporación de las nuevas tecnologías al ámbito empresarial ha ampliado, sin duda, las posibilidades de fiscalización por parte de la empresa en el seno de la relación laboral, habida cuenta de que el recurso a grabaciones mediante videocámaras, el trabajo mediante instrumentos informáticos, la utilización de herramientas de geolocalización u otros mecanismos análogos se han convertido en fuente potencial de grave peligro para el estatus de la persona empleada si son utilizados de manera arbitraria por la persona empleadora (Fernández Fernández, 2019, p. 794).

Sobre la premisa anterior, y siguiendo las tendencias marcadas a nivel comunitario, se dicta la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), reconociendo fundamentalmente, por cuanto aquí interesa, una serie de derechos de contenido digital que alcanzan también a los sistemas de geolocalización.

Ya había advertido el Tribunal Constitucional (TC) cómo:

[...] el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) no aporta por sí solo una protección suficiente frente a las realidades nuevas derivadas del progreso tecnológico, y que el constituyente, en el apartado 4 del precepto, pone de manifiesto la existencia de los riesgos asociados a ese progreso, encomendando al legislador el desarrollo de un instituto de garantía como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona (Sentencia del TC –STC– 58/2018, de 4 de junio).

Se trata de una regulación, por tanto, que debe ser alabada por haber entrado a ordenar una materia huérfana de disposiciones legislativas de relieve, pero que deja muchos tópicos sin aclarar, habida cuenta de que:

[...] la promulgación de una norma específica en materia de protección de datos aplicable a los centros de trabajo, aunque supone un avance, no resuelve [...] todos los problemas suscitados en el ámbito laboral, dadas las situaciones heterogéneas y cambiantes en los diversos sectores productivos y, sobre todo, la constante innovación tecnológica y sus efectos en el seno de la empresa (Rodríguez Escanciano, 2019, p. 31).

Así, con carácter general, el artículo 87.1 de la LOPDGDD reconoce el derecho de las personas trabajadoras a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por la persona empleadora, en una previsión reiterada en el artículo 20 bis del ET (en la redacción dada por la disp. final decimotercera LOPDGDD), incluyendo las herramientas de videovigilancia y geolocalización, así como el derecho a la desconexión digital.

Esta garantía aparece reforzada por el apartado 3.º del artículo 87 de la LOPDGDD cuando establece que los empresarios y empresarias deben:

[...] establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores [y continúa ampliando el marco de actuación de dichas pautas, pues] el acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se

establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los periodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado.

Por su parte, y ahondando en las facultades generales recogidas en el artículo 20.3 del ET, el artículo 87.2 de la LOPDGDD habilita a quien es titular de la empresa al acceso «a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos».

Como se ha podido comprobar del tenor literal de los preceptos referenciados en los párrafos anteriores, la regulación que contienen, en muchas ocasiones, resulta bastante abstracta y poco detallada o deja en manos de la autonomía colectiva el desarrollo concreto de muchas de las prerrogativas que reconoce, no en vano el artículo 91 de la LOPDGDD remarca el carácter mínimo de la norma heterónoma al habilitar a los convenios colectivos a «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».

Por esa razón, se comparte la opinión de una de las maestras del iuslaboralismo español quien considera como imprescindible una reforma del ET para incorporar en su seno:

[...] un nuevo título para regular los derechos fundamentales de los trabajadores en las relaciones laborales, despejando las incertidumbres del ejercicio de dichos derechos fundamentales en igualdad y sin discriminaciones y en relación con las tecnologías de la información y la comunicación, con el entorno tecnológico digital que es una realidad insoslayable, virtualmente ausente del ET (Casas Baamonde, 2018, pp. 118-119).

## 2. Los sistemas de geolocalización y su repercusión en el ámbito de las relaciones laborales

Los sistemas de posicionamiento global (GPS) consisten en un mecanismo tecnológico que permite a quien lo instala y gestiona el seguimiento y localización continuo de la persona, incluyendo el tratamiento automatizado de los datos obtenidos como consecuencia del examen de la información recogida por dichos dispositivos (STSJ de Asturias de 27 de diciembre de 2017, rec. 2241/2017; en el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN– de 6 de febrero de 2019, proc. núm. 318/2018, y STSJ de Asturias de 25 de julio de 2019, rec. 1143/2019). En este sentido, el artículo 2 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de

los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, define los datos de localización como «cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público».

Las funciones principales que pueden predicarse de los dispositivos de geolocalización consisten en el emplazamiento físico en tiempo real, la visualización de trayectos con posición segundo a segundo, detección de vehículo o persona más cercano a un punto o calle, cuentakilómetros basado en GPS y creación de alertas, recogida de datos con el fin de elaborar informes de distancia por día o por periodos, ralentí, recorridos (reconstrucción de recorridos, duración, kilometraje, recorridos efectuados fuera de horario), exceso de velocidad, localización, detalles de las actividades (como el número de paradas, duración de la parada, retrasos, etc.) o el monitoreo del comportamiento de la persona trabajadora durante su jornada laboral.

De esta manera, la utilización de los sistemas de geolocalización ha visto ampliada su potencialidad de manera exponencial como consecuencia de varios factores que permiten de manera fácil y sencilla acudir a estos mecanismos: en primer término, el desarrollo de aplicaciones informáticas o *apps* de sencilla instalación en cualquier dispositivo digital, en particular en los teléfonos móviles que cualquier persona trabajadora puede portar con ella a cualquier sitio y lugar; en segundo lugar, la extensión de la red de telefonía móvil y de datos a prácticamente todo el territorio nacional, lo que permite realizar un seguimiento de estos dispositivos casi instantáneo y en vivo, sin necesidad de tener que esperar a descargar los datos en un determinado lugar cuando finalice la jornada laboral; en tercer término, el aumento continuo de la fiabilidad en los datos de localización que pueden proveer estos dispositivos capaces de ubicar de manera prácticamente exacta los movimientos en el terreno de las personas que los llevan consigo o en sus herramientas de trabajo.

En este sentido, existen determinados sectores de actividad con lugares de trabajo cambiantes, al no ser este fijo y habitual, donde los desplazamientos resultan consustanciales al servicio prestado o en los cuales concurren determinadas razones de seguridad (como puede ser joyería, transporte de dinero, etc.) y para los cuales la utilización de herramientas de localización GPS constituye un método idóneo y óptimo a fin de desempeñar su proceso productivo y que, a la par, pueden ser utilizadas también como instrumento de control del desempeño de la persona trabajadora, en particular aquellas que desarrollan su quehacer al aire libre y en espacios abiertos.

En consecuencia, dentro de estas labores, la instalación de dispositivos GPS y el uso de la información transmitida puede ser un método adecuado de organización de la actividad productiva, en tanto en cuanto:

[...] contribuye de forma importante a la supervisión del cumplimiento eficiente de la prestación de servicios, a corregir deficiencias en la confección y ejecución de las

diferentes rutas y a mejorar la capacidad de respuesta ante los acontecimientos imprevistos (una solicitud urgente de un cliente, una avería de un vehículo, etc.) (STSJ de Asturias de 27 de diciembre de 2017, rec. 2241/2017)<sup>1</sup>;

además de coadyuvar a aumentar la productividad y los beneficios empresariales (STSJ de Madrid de 11 de septiembre de 2017, rec. 589/2017), reforzar los sistemas de control empresarial sobre las personas trabajadoras de campo (SAN de 31 de octubre de 2019, proc. núm. 147/2019) y convertirse en una herramienta al servicio de la prevención de riesgos laborales, permitiendo constatar deficiencias o incorrecciones en la prestación que puedan ser corregidas favoreciendo así el perfeccionamiento de las medidas de seguridad en favor de las personas trabajadoras (STSJ de Asturias de 9 de mayo de 2017, rec. 270/2017).

En el otro lado de la balanza, y por cuanto hace a las utilidades de las personas trabajadoras, la puesta a disposición de estas de geolocalizadores puede constituir un elemento claro de la existencia de un contrato laboral, descartando, junto con otros indicios, su carácter autónomo (SSTSJ de Asturias de 25 de julio de 2019, rec. 1143/2019; Madrid de 17 de enero y 3 de febrero de 2020, recs. 1323/2019 y 749/2019, y Castilla y León/Valladolid de 17 de febrero de 2020, rec. 2253/2019; o Sentencias del Juzgado de lo Social –SSJS– núm. 5 de Valencia de 10 de junio de 2019, proc. núm. 371/2018; núm. 31 de Barcelona de 11 de junio de 2019, proc. núm. 662/2017; núm. 1 de Salamanca de 14 de junio de 2019, proc. núm. 133/2019, y núm. 19 de Madrid de 22 de julio de 2019, proc. núm. 510/2018), o su ausencia, o falta de control, determinar la naturaleza mercantil de la relación de servicios (SSTSJ de Galicia de 7 de abril de 2017, rec. 110/2017, o Castilla y León/Valladolid de 27 de enero de 2020, rec. 2277/2019).

Por los motivos reseñados, se ha concluido que:

[...] instalar un GPS en un vehículo para controlar su circulación no viola derecho fundamental alguno a su titular, de igual suerte que el radar de que se vale la DGT o los Ayuntamientos, no infringe tal derecho pese a que detectan y gravan a turistas infractores. De igual suerte, de vulnerar dicha intimidad el GPS colocado a un turismo para determinar su recorrido [...] harían inoperantes los discos tacógrafos de los camiones y otros utensilios que sirven para determinar los recorridos de los móviles. El turismo como tal, con independencia de los derechos fundamentales de su conductor, no tiene aquel alcance de protección constitucional (STSJ de Andalucía/Granada de 16 de marzo de 2017, rec. 883/2016).

<sup>1</sup> Del parecer contrario, por cuanto el sistema GPS «se muestra inadecuado no por su fiabilidad sino porque excluye una parte de la jornada del trabajador y que es la que se corresponde con la gestión que se realiza antes de acceder al vehículo y posteriormente a su abandono», las SSTSJ del País Vasco de 13 de marzo y 8 y 29 de mayo de 2018 (recs. 287/2018, 749/2018 y 723/2018).

Siempre y cuando, eso sí, no se superen determinados límites constitucionalmente reconocidos que se abordarán posteriormente, habida cuenta de que, si la empresa tenía conocimiento las 24 horas del día, durante todo el año, sobre la localización del vehículo, lógicamente lo tenía también de su conductor (STSJ de Madrid de 12 de julio de 2019, rec. 197/2019).

## 2.1. Alcance de los poderes empresariales

Siguiendo el modelo del artículo 20 del ET, el artículo 90.1 de la LOPDGDD reconoce a la empresa la facultad de:

[...] 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.

Semejante prerrogativa de fiscalización reconocida normativamente «legitima el control empresarial del cumplimiento por los trabajadores de sus tareas profesionales» (STC 170/2013, de 7 de octubre).

Sobre las premisas legales anteriores, la incorporación de la persona empleada al círculo rector empresarial no la priva de los denominados derechos fundamentales inespecíficos, pero sí somete los mismos a ciertas limitaciones no presentes en otros ámbitos de la vida, de manera que la empresa está habilitada para establecer determinados sistemas de control y vigilancia sobre el quehacer productivo de la persona trabajadora que, por cuanto aquí interesa ahora, pueden también incluir la puesta en práctica de dispositivos de geolocalización capaces de fiscalizar los movimientos de las personas trabajadoras.

En efecto:

[...] en aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los razonables requerimientos de la organización productiva en que se integra, se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquellos que en otro contexto serían legítimas, no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral (STC 126/2003, de 30 de junio).

Dichos sistemas de fiscalización deben estar fundados, en cualquier caso, en una previsión legal con justificación constitucional, ha de revelarse su necesidad para lograr el fin legítimo previsto, deben resultar proporcionados para alcanzar este último y han de respetar el contenido esencial del derecho restringido (STC 190/2013, de 18 de noviembre).

En este sentido, es menester reconocer que los instrumentos habitualmente pertenecen a la empresa y son facilitados por esta para atender cuestiones de índole profesional y, por tanto, entran dentro del marco del poder de dirección empresarial, de manera que, sobre las previsiones contenidas en el artículo 20.3 del ET, la persona empleadora tiene prerrogativas de control sobre su utilización, que incluyen lógicamente el examen de los mismos (STSJ de Madrid 92/2012, de 8 de febrero). Todo ello sin perjuicio de las dificultades existentes para llevar a cabo en la práctica los registros informáticos:

[...] con los inconvenientes de distinción entre continente, que suponen las taquillas, bolso u otros aspectos físicos, de los que se corresponden con archivos, programas, datos informáticos y electrónicos del ordenador de una empresa, que son instrumentos de trabajo cuya finalidad específica no es contener mensajes o archivos personales, por lo que tampoco tiene sentido aplicar al ordenador como instrumento de trabajo los límites del art. 18 del ET para el control sobre efectos personales (STSJ del País Vasco de 12 de junio de 2018, rec. 1052/2018).

De esta manera:

[...] con la finalidad de garantizar la buena marcha de la organización productiva, puede adoptar las medidas que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones laborales (art. 20.3 ET). Entre estas medidas se encuentran las de vigilancia y control de la utilización de los ordenadores y demás medios informáticos propiedad de la empresa y puestos a disposición de los trabajadores para utilizarlos en su prestación laboral (STSJ de la Comunidad Valenciana 3390/2018, de 19 de noviembre).

Cuestión distinta es si los dispositivos y las aplicaciones son propiedad de la persona trabajadora, en cuyo caso la empresa no puede solicitar el acceso a los datos de localización obtenidos por los mismos (Preciado Domènech, 2019, p. 41), ni obligarla a aportar su propio teléfono móvil con la intención de geolocalizarla a través del mismo (Marín Malo, 2020, p. 118), salvo que exista una autorización judicial destinada a permitir el conocimiento de aquellos con el fin de controlar un posible incumplimiento laboral (Fernández Fernández y González Vidales, 2020, p. 5), de conformidad con cuanto establecen los artículos 76.4 y 90 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, los cuales, en aplicación del derecho al secreto de las comunicaciones garantizado en el artículo 18.3 de la CE, no contemplan posibilidad alguna o supuesto para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia, sin que importe la titularidad de la herramienta de comunicación (ordenador, teléfono, etc., propiedad de tercera persona ajena al o a la comunicante), ni el momento temporal en el que es utilizado (jornada laboral), ni tampoco la naturaleza de la herramienta utilizada (correo corporativo) (STS, Sala de lo Penal, de 16 de junio de 2014, rec. 2229/2013).

Mayor complejidad plantea el supuesto en que la aplicación (*software*) pertenezca a la empresa pero se inserte en un dispositivo (*hardware*) propiedad de la persona trabajadora, de manera que esta, por ejemplo, descargue en su móvil particular una aplicación capaz de registrar sus movimientos y localizar su situación geográfica, en cuyo caso, y para quien suscribe, la empresa no puede solicitar el acceso y examen de un dispositivo personal, pero sí podría extraer y utilizar los datos que le facilite el programa instalado en el dispositivo personal de la persona trabajadora.

Así parece corroborarlo la legislación cuando el artículo 87.3.2.º de la LOPDGDD habilita a la persona titular de la unidad productiva a acceder al contenido de datos en dispositivos digitales en los que se ha autorizado un uso con fin privativo, de manera que no parece que haya problema alguno, dejando a salvo siempre el respeto a los derechos a la intimidad y a la protección de datos, para que la empresa obtenga pormenores de un programa de su propiedad, aun cuando haya sido instalado en un bien de la persona trabajadora.

Eso sí, en este último caso decaería la regla general, que se va a tratar en próximas páginas, sobre la no obligación de contar con el consentimiento de la persona trabajadora para su utilización, de manera tal que no se le podría imponer su instalación y la negativa de la misma a poner a disposición de la empresa sus recursos personales debería estar amparada por la garantía de indemnidad y no generar ninguna clase de sanción y perjuicio, siendo cualquier actuación adoptada en forma de represalia considerada como ilícita y declarada nula por contravenir derechos fundamentales como los referenciados.

Este *ius resistentiae* de la persona trabajadora adquiere una mayor complejidad si a la ecuación se le suma la actual situación de pandemia, pues la crisis provocada por el coronavirus presenta nuevas coordenadas en el uso de los dispositivos de geolocalización a fin de fiscalizar y hacer un seguimiento de cuantas personas han contraído la enfermedad o tienen síntomas de la misma, de forma tal que el uso de herramientas digitales ha tenido un nuevo impulso como consecuencia de los efectos provocados por la COVID-19.

Así, la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial perteneciente al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital fue encomendada para el desarrollo urgente de una aplicación informática, en la que una de sus funciones consistía en permitir la geolocalización de la persona usuaria a los solos efectos de verificar que se encuentra realmente en el lugar en que declara estar (art. primero Orden SND/297/2020, de 27 de marzo). En su desarrollo, el 4 de abril de 2020, la Secretaría General de Administración Digital y Telefónica Digital España, SLU, firmaron un acuerdo para la implantación de un dispositivo denominado «Asistencia COVID-19», en cuya cláusula segunda.2 e) establece como uno de sus servicios «geolocalizar al usuario mediante la información de geolocalización vía GPS disponible en su teléfono móvil» (Resolución de 30 de abril de 2020, de la Secretaría General de Administración Digital).

Dichas medidas de carácter general pueden generar nuevas tensiones en el seno de la relación laboral cuando, en aras de garantizar la salud pública y luchar contra la transmisión

colectiva de la enfermedad, la empresa quiera que sus personas trabajadoras instalen dicha aplicación y tener acceso a los datos facilitados por las mismas bajo la justificación de aplicar los protocolos correspondientes de aislamiento y prohibición de acceso a las instalaciones para quienes hayan dado positivo, presenten síntomas de la enfermedad o hayan estado en contacto con personas en dichas circunstancias.

A este respecto, la Agencia de Protección de Datos Española, en su Criterio 17/2020, ha establecido que, en el caso del coronavirus, la persona trabajadora, a diferencia de los supuestos generales, tiene la obligación de facilitar los motivos de la baja a la empresa, de manera que para este organismo:

[...] el derecho individual puede ceder frente a la defensa de otros derechos como el derecho a la protección de la salud del colectivo de trabajadores en situaciones de pandemia y, más en general, la defensa de la salud de toda la población (Llaneza González, 2020, p. 720).

Sin embargo, la tutela de semejante interés colectivo no puede significar la eliminación absoluta de la privacidad y el derecho a la protección de datos de la persona trabajadora, pues el RGPD es claro en que cualquier restricción debe respetar la esencia de los derechos y libertades fundamentales (Comisión Europea, 2020, p. 3).

## 2.2. Límites a la actuación empresarial: el necesario respeto por los derechos a la intimidad y protección de datos de las personas trabajadoras

Conforme se ha indicado a lo largo del presente trabajo, las facultades empresariales se encuentran con límites jurídicos vinculados especialmente al respeto de ciertos derechos reconocidos constitucionalmente como fundamentales; en particular, y por cuanto hace a la utilización de dispositivos GPS, los dos que a continuación se reseñan.

En primer lugar, el artículo 18.1 de la CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, encontrando desarrollo legal principalmente en la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En el seno de la relación laboral, y por cuanto aquí interesa, el artículo 4.2 e) del ET reconoce como derecho de la persona trabajadora el ser respetada en su intimidad y a la consideración debida a su dignidad.

En segundo término, el artículo 18.4 de la CE establece el mandato a quien legisla de limitar el uso de la informática en aras de proteger el honor y la intimidad personal y familiar de la ciudadanía y el pleno ejercicio de sus derechos, viniendo así a ampliar:

[...] la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar o cualquier otro bien constitucionalmente amparado (STSJ de Canarias/Las Palmas de 26 de enero de 2018, rec. 1409/2017).

En efecto, en el caso concreto de los dispositivos GPS:

[...] cuantos datos se conecten a su manejo y, por ende, a su localización y desplazamientos fuera del centro de trabajo, se proyectan, pero ineluctablemente, sobre la forma de proceder del usuario, que no es otro que el conductor, permitiendo de este modo conocer en todo momento durante su uso parcelas de la vida del trabajador que por muy imbricadas que estén en el desarrollo de la relación laboral con la empresa inciden potencialmente en la esfera de su derecho a la intimidad personal y, de ser objeto de tratamiento como aquí sucede, del que igualmente le asiste a la protección de datos de tal carácter (STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2014, rec. 1952/2013; del mismo parecer, SSTSJ de Castilla-La Mancha de 28 de abril de 2015, rec. 134/2015, y de Madrid de 12 de julio de 2019, rec. 197/2019).

Sobre las premisas normativas expuestas, es menester reconocer que las prerrogativas fundamentales enunciadas pueden verse afectadas de una forma diferente a la tradicional o clásica como consecuencia de la utilización de las nuevas tecnologías por su extensa capacidad invasiva (como puede ocurrir con el seguimiento por GPS instalado en el teléfono móvil empleado en la prestación de servicios laboral), mayor radio de difusión y facilidad de transmisión, habida cuenta de que:

[...] los avances tecnológicos son constantes y cada día más sofisticados, de suerte que pueden llegar a incidir en mayor medida en la vida privada de las personas, esfera que no pierde su carácter por el hecho de que la actuación se enmarque en el ámbito de una relación de trabajo por cuenta ajena (STSJ de Madrid 260/2014, de 21 de marzo).

De esta manera, la práctica diaria ha venido a ratificar:

[...] cómo el poder tecnológico del empresario pone en peligro y moviliza numerosas libertades públicas, tales como el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones, el derecho a la propia imagen o la libertad informática. Y ese poder puede ser adicionalmente utilizado, de manera directa o indirecta, con fines discriminatorios (Rodríguez Escanciano, 2019, p. 17).

En consecuencia, el ordenamiento jurídico laboral debe proceder a establecer las correspondientes balanzas para tratar de buscar el necesario equilibrio con el fin de compatibilizar

el interés legítimo de la empresa de tener cierto control sobre el quehacer productivo de sus trabajadores y trabajadoras y, además, hacerlo mediante las vastas y todavía no exploradas en su totalidad oportunidades brindadas por las nuevas tecnologías, y la garantía de unos derechos tan básicos para las personas trabajadoras como los reconocidos como fundamentales por la Constitución de 1978 (Fernández Fernández y González Vidales, 2020, p. 5).

Por esa razón, la legislación, conforme ya se ha adelantado, ha optado por positivizar ciertos derechos vinculados a la digitalización de la sociedad en general y la empresa en particular, de manera que la disposición final decimotercera de la LOPDGDD ha introducido un nuevo artículo 20 bis en el ET, el cual reconoce a las personas trabajadoras el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por la empresa, incluyendo las herramientas de geolocalización.

Por su parte, el artículo 90.1 *in fine* de la LOPDGDD establece que las facultades empresariales relacionadas con la geolocalización deben ser ejercitadas dentro de su marco legal y respetando los límites inherentes al mismo, siendo uno de ellos, sin duda, y además el más importante por su trascendencia constitucional, el respeto a los derechos fundamentales.

Se está en presencia, por tanto, de unas prerrogativas íntimamente conectadas con la protección de la dignidad personal, pues su objetivo final no es otro que garantizar a su titular un tratamiento que no contradiga «su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, una capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida» (SSTC 53/1985, de 11 de abril, y 193/2003, de 27 de octubre), de forma tal que «el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida» (STC 58/2018, de 4 de junio). Por dicha razón, al encontrarse íntimamente ligado con el derecho a la personalidad, queda incorporado al elenco de derechos fundamentales más relevantes y trascendentes, pues presenta como objeto la protección de alguno de los bienes jurídicos más esenciales de la persona física en sí misma considerada (STS, Sala de lo Civil, de 5 de febrero de 2013, rec. 1440/2010).

A este respecto, cabe traer a colación en estos momentos la reiterada doctrina judicial del TC español, de conformidad con la cual las unidades productivas no forman mundos extraños al resto de la sociedad, ni tampoco el artículo 38 de la CE permite a las personas titulares del capital establecer condiciones laborales que obliguen a sus personas trabajadoras a tolerar «despojos transitorios o limitaciones injustificadas» de sus derechos fundamentales y libertades públicas, pues ambas nociones conforman un pilar fundamental en el sistema jurídico constitucional (STC 88/1985, de 19 de julio). De esta manera:

[...] el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (STC 126/2003, de 30 de junio); [por tanto, además de la

esfera doméstica o privada] existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada. Por ello expresamente hemos afirmado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales (STC 170/2013, de 7 de octubre).

Por consiguiente, la utilización de sistemas de geolocalización para controlar la actividad productiva de las personas empleadas está sometida, al menos, a los siguientes límites reconocidos legal y jurisprudencialmente:

1.º El cumplimiento de los requisitos marcados por el TC sobre los sistemas de vigilancia de la actividad laboral por parte de la empresa y que ha de realizarse teniendo en cuenta tres elementos de manera consecutiva: el juicio de idoneidad, esto es, el control empresarial deberá adaptarse al objetivo propuesto; posteriormente se traslada al ámbito del juicio de necesidad, examinando si había otra posibilidad de actuación, es decir, otro medio de control menos agresivo que la instalación de sistemas de geolocalización; en fin, hay que adoptar el juicio de proporcionalidad a través de un análisis de los beneficios y desventajas de la medida de control adoptada (por todas, STC 186/2000, de 10 de julio).

Así, en el caso concreto vinculado a la instalación de un dispositivo GPS, algún pronunciamiento ha analizado estos tres elementos concluyendo lo siguiente (siguiendo en la exposición a la STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de mayo de 2017, rec. 3689/2016, y, en términos similares, la STSJ de Castilla-La Mancha de 6 febrero 2020, rec. 1958/2018): en primer lugar, la medida adoptada es idónea en tanto en cuanto el objetivo último de la empresa consiste en comprobar que los partes emitidos por la persona trabajadora sobre el lugar donde estaba se corresponden con la realidad tras haber tomado en consideración las quejas de la clientela, más aún cuando el GPS permanecía inactivo en los periodos vacacionales y de fin de semana; en segundo término, para probar las irregularidades reseñadas, no se encuentra otro medio más idóneo y eficaz, no pudiendo calificar la actividad empresarial como caprichosa o arbitraria al no existir otro menos lesivo para los bienes jurídicos afectados; en fin, también ha resultado proporcional, pues el tratamiento de los datos de geolocalización se ha circunscrito a determinados días de la semana y a una duración limitada, sin pretender controlar de manera genérica el cumplimiento por parte de la persona trabajadora de sus obligaciones laborales, sino con la pretensión de confirmar unas sospechas concretas, de forma tal que se ha caracterizado por ser una medida ponderada o equilibrada entre el beneficio que supone para la empresa, de cara al ejercicio de ese derecho de fiscalización, y el perjuicio ocasionado a la persona trabajadora, con el límite infranqueable del respeto a su dignidad.

En aplicación de los principios reseñados, no resulta posible abrir una causa general contra la persona trabajadora buceando en el GPS para encontrar alguna contravención laboral (SJS núm. 1 de Menorca de 15 de junio de 2018, proc. núm. 105/2017) o tratando de acreditar un incumplimiento contractual de la misma mediante una intervención y recogida de datos tan sistemática, exhaustiva y de tal intensidad que ha dado la oportunidad de averiguar una

variedad de actos, personas con las que se relaciona, lugares a los que acude, hábitos, que permiten conocer o reflejan aspectos de la personalidad, manifestaciones del carácter y de sus relaciones sociales capaces de dejar sin contenido el espacio de libertad de la persona y de vida privada que está en la propia esencia de la dignidad (STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2017, rec. 2997/2016).

2.º La transparencia como faceta clave en la puesta en práctica de estos instrumentos, pues con carácter previo a su instalación la empresa deberá dar una información expresa, clara e inequívoca a las personas trabajadoras y, en su caso, a sus representantes en torno a la existencia y características de semejantes herramientas (art. 90.2 LOPDGDD), eliminando así la expectativa de privacidad de la persona trabajadora en torno al dispositivo (STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de mayo de 2019, rec. 3689/2016).

En este sentido, «el deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, pues resulta un complemento indispensable de la necesidad de consentimiento del afectado» (SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 19 de julio de 2017, rec. 2776/2016, y de Cataluña de 25 de junio de 2018, rec. 1783/2018), de manera que la ocultación o colocación en secreto del dispositivo GPS constituye una clara contravención de las normas legales por parte de la empresa al invadir sin justificación legal la vida privada de la persona trabajadora, siendo de aplicación el «aforismo legal el alma del fraude es la ocultación» (STSJ de Madrid de 12 de julio de 2019, rec. 197/2019; del mismo parecer, la STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2017, rec. 2997/2016), más aún cuando se hace en el vehículo particular de la persona empleada sin que esta haya tenido conocimiento de tal circunstancia (STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2011, rec. 644/2011).

Sin embargo, la ley no determina el alcance detallado y concreto de ese deber de información, debiendo aplicar aquí cuanto han señalado los tribunales españoles en relación con otros mecanismos de fiscalización, resultando suficiente con poner en conocimiento de la persona trabajadora la existencia del sistema de control, sin tener que llegar a especificar la finalidad exacta que se le ha asignado a esa vigilancia y determinar que esta se ha utilizado para controlar la relación laboral y no para un motivo espurio al cumplimiento del vínculo de trabajo (STC 39/2016, de 3 de marzo; Auto del TS –ATS– de 14 de junio de 2017, rec. 4200/2016; y STSJ de Andalucía/Sevilla de 13 de febrero de 2020, rec. 3536/2018)<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Alcanzando idéntica conclusión, la STSJ de Madrid de 30 de abril de 2020 (rec. 1181/2019), según la cual:

[...] ha de tenerse en cuenta el juicio de proporcionalidad que permite declarar la validez como prueba de las imágenes captadas por el sistema de videovigilancia instalado por la empresa siempre que la instalación de cámaras de seguridad sea una medida justificada por razones de seguridad (control de hechos ilícitos imputables a empleados, clientes y terceros, así como rápida detección de siniestros), idónea para el logro de ese fin (control de cobros y de la caja) y necesaria y proporcionada al fin perseguido, razón por la que queda justificada la limitación de los derechos fundamentales en juego, máxime si los trabajadores están informados, expresamente, de la instalación del sistema de vigilancia, de la ubicación de las cámaras por razones de seguridad, expresión amplia que incluye la vigilancia de actos ilícitos de los empleados y de terceros.

Semejante interpretación es posible también a la luz del artículo 90.2 de la LOPDGDD, pues «es la única obligación que el precepto impone al empresario, sin que en ningún momento exija que los empresarios informen a los trabajadores de que este sistema podrá ser utilizado para su control» (Aguilera Izquierdo, 2020, p. 130).

De esta manera, dicho deber quedaría cumplido de forma óptima cuando la empresa ha procedido a realizar una comunicación informativa previa a la persona trabajadora, ha suscrito con esta última un documento sobre el tratamiento de datos en el que prestaba conformidad expresa, y, en general, el uso de la información facilitada a la empresa mediante el GPS ha sido exclusivamente utilizada para controlar o vigilar la efectiva realización de las tareas asignadas a la persona empleada sin hacerse extensiva a tramos de horarios ajenos o prestaciones de servicios no laborales (STSJ del País Vasco de 12 de junio de 2018, rec. 1052/2018), «pues la información facilitada con carácter previo concreta con claridad la finalidad a la que responde el uso del smartphone con GPS, así como los destinatarios de la información» (STSJ de Canarias/Las Palmas de 26 de enero de 2018, rec. 1409/2017; en el mismo sentido, SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 28 de noviembre de 2018, rec. 2655/2017; de Cataluña de 13 de febrero de 2020, rec. 5499/2019, y de Madrid de 30 de abril de 2020, rec. 1181/2019).

Resaltada la importancia del derecho de la persona trabajadora a conocer con exactitud los términos de los dispositivos de geolocalización, cabe preguntarse si es suficiente con ofrecer la información en los términos previstos legalmente, o también es necesario obtener el consentimiento de aquella para la puesta en práctica del mecanismo analizado. En este sentido, la doctrina judicial constitucionalista española parece haberse decantado por no obligar a obtener el visto bueno de la persona trabajadora para la instalación de sistemas de videovigilancia, pues:

[...] aunque no se requiere el consentimiento expreso de los trabajadores para adoptar esta medida de vigilancia que implica el tratamiento de datos, persiste el deber de información [...], sin perjuicio de que serán las circunstancias de cada caso las que finalmente determinen si dicha fiscalización llevada a cabo por la empresa ha generado o no la vulneración del derecho fundamental en juego (STC 39/2016, de 3 de marzo).

Esta solución judicial constitucional ha sido trasladada también a los sistemas de localización vía GPS, no en vano:

[...] la dispensa del consentimiento se refiere, así, a los datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral, lo que abarca, sin duda, las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Por ello un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada, pues está dirigido al cumplimiento de la misma (STSJ de Andalucía/Sevilla de 19 de julio de 2017, rec. 2776/2016; del mismo parecer, las SSTSJ de Asturias de 27 de diciembre de 2017, rec. 2241/2017, y de Castilla-La Mancha de 6 de febrero de 2020, rec. 1958/2018).

Eso sí, semejante excepción no puede hacer decaer en ningún caso, conforme se ha reiterado, la intensidad de la obligación de información a la persona trabajadora, habida cuenta de que:

[...] ese derecho de información opera también cuando existe habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento, pues 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, [de manera 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. Esa lógica fundada en la utilidad o conveniencia empresarial haría quebrar la efectividad del derecho fundamental, en su núcleo esencial (STSJ de Andalucía/Granada de 19 de octubre de 2017, rec. 1149/2019; siguiéndola, la SJS núm. 4 de Sevilla de 11 de febrero de 2020, rec. 525/2019).

3.º La producción por parte de estos dispositivos de geolocalización de una huella digital generadora de datos que deben ser tratados convenientemente por parte de la empresa crea en la persona trabajadora el derecho a ser informada sobre el posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión de los mismos (art. 90.2 *in fine* LOPDGDD).

En este sentido, los dispositivos digitales generan una doble información: «una, propia y específica, conectada directamente con la actividad que desarrolla, y, otra, indirecta o inespecífica, que describe su persona y queda también registrada como huella digital en el dispositivo utilizado, creando nuevas áreas de conocimiento» (Goñi Sein, 2019, pp. 58-59).

Sobre la premisa anterior, el precepto legal reseñado estaría trasladando a este ámbito el derecho frente al uso de la informática reconocido en el artículo 18.4 de la CE, pues la instalación de sistemas de geolocalización supone el tratamiento de datos personales por afectar a sujetos identificables (STSJ de Asturias de 27 de diciembre de 2017, rec. 2241/2017), conformándose la información generada al respecto como «una regla derivada de la normativa general de protección de datos que está orientada a la garantía del derecho a la intimidad digital» (Miñarro Yanini, 2018, p. 107).

Surge, de esta manera, una manifestación más y un nuevo mecanismo de garantía tendente a proteger los derechos a la intimidad y al honor con los que la protección de datos mantiene lazos de conexión fuertes, aun cuando se trate de prerrogativas de naturaleza autónoma (STC 58/2018, de 4 de junio), no en vano la finalidad de este no se reduce exclusivamente a los datos íntimos, sino que alcanza a cualquier dato personal, cuyo conocimiento o utilización por una tercera persona pueda tener repercusión en sus derechos (STSJ de Canarias/Las Palmas de 26 de enero de 2018, rec. 1409/2017).

### 2.3. La utilización para fines privados de los dispositivos geolocalizadores: la ineludible regulación del alcance de las licencias comportamentales

Una vez cumplidas las exigencias legales y jurisprudenciales señaladas, la litigiosidad entre la fiscalización empresarial y la intimidad de la persona trabajadora suele surgir cuando se produce una utilización personalizada y no estrictamente profesional del instrumento digital facilitado por la unidad productiva, pues resulta sumamente complejo en la práctica prohibir de manera absoluta el empleo personal de estos dispositivos o decidir cuándo procede desconectarlos o apagarlos por tratarse de un asunto vinculado a la esfera privada, más aún como consecuencia de la tolerancia generalizada al uso moderado de los medios empresariales para tales fines durante el tiempo de trabajo, en una práctica conocida tradicionalmente como licencias comportamentales (STS de 8 de marzo de 2011, rec. 1826/2010).

De esta manera, no es descabellado preguntarse si la persona trabajadora está en disposición de negarse a llevar dichos dispositivos o a anularlos cuando considere oportuno, o si puede limitar a su conveniencia los sistemas de geolocalización cuando considere que está realizando una actividad privada.

Se trata de preguntas con una difícil respuesta y cuyo remedio no puede ser general o abstracto, sino que han de ser solucionadas en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Así, en cuanto hace a la primera de las preguntas, si los dispositivos cumplen las previsiones legales, la persona trabajadora debe actuar de manera diligente y no puede negarse a llevarlos consigo o inutilizar su funcionamiento, de manera que se arriesga a sufrir la correspondiente sanción, incluyendo el despido por desobediencia grave y culpable a las órdenes empresariales o por transgresión de la buena fe contractual, cuando, a pesar de las reiteradas advertencias e instrucciones dadas por esta última, todas las personas empleadas:

[...] están informad[a]s y formad[a]s para su uso y todos los dispositivos han venido funcionando correctamente salvo el de la actora que ha dado múltiples fallos inexplicables que los técnicos solo pueden achacar a un uso incorrecto, bien porque la actora no lo conecta correctamente o lo manipula indebidamente (STSJ de Andalucía/Granada de 18 de septiembre de 2017, rec. 770/2017);

o procede a conducir el coche para que el GPS detecte movimientos, pero sin realizar actividad laboral alguna tratando de simular una ocupación efectiva, lo utiliza para realizar gestiones privadas no autorizadas o les presta el vehículo a terceras personas ajenas a la empresa para la misma finalidad (STSJ de Madrid de 24 de junio de 2019, rec. 399/2019), o falsea los datos de sus partes de trabajo describiendo hechos erróneos que no resultan coincidentes con los proporcionados por el GPS instalado en el vehículo de la empresa (STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de diciembre de 2018, rec. 2975/2018; en el mismo sentido, SSTSJ de Madrid de 11 de febrero de 2017, rec. 1042/2016, y 1 de marzo de 2019,

rec. 901/2018; Baleares de 18 de octubre de 2017, rec. 267/2017; y Cataluña de 4 de mayo de 2018, rec. 1269/2018).

En relación con el segundo de los interrogantes planteados, una cuestión es clara, pues aunque «el trabajador tiene derecho al respeto de su intimidad, no puede imponer ese respeto de modo absoluto cuando utiliza un medio proporcionado por la compañía en contra de las instrucciones establecidas por esta para su uso» (STSJ de Madrid 309/2015, de 10 de abril), por cuanto «tal entendimiento equivaldría a admitir que el trabajador puede crear, a su voluntad y libre albedrío, un reducto de intimidad, utilizando un medio cuya propiedad no le pertenece y en cuyo uso está sujeto a las instrucciones del empresario» (STSJ de Extremadura de 13 de enero de 2015, rec. 553/2014). En consecuencia:

[...] el derecho a la intimidad no es absoluto –como no lo es ningún derecho fundamental–, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado (SSTC 143/1994, de 9 de mayo; 70/2002, de 3 de abril, y 115/2013, de 9 de mayo).

En el reverso de la moneda, la empresa no puede controlar toda la actividad de la persona trabajadora, sino únicamente aquellas actuaciones relacionadas con el proceso productivo, de manera que no podrá sancionar a las personas trabajadoras como consecuencia de la desconexión de sus dispositivos de rastreo cuando procedan a realizar actuaciones vinculadas a su vida privada. «Y es que la idea fuerza ha de ser la necesaria separación entre la ejecución del contrato y la vida privada del trabajador, de modo que los poderes empresariales solo son válidos mientras se relacionan con el trabajo (STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de mayo de 2017, rec. 3689/2016).

En efecto, cuando finaliza la jornada laboral o acaba el tiempo de trabajo –por ejemplo, en caso de incapacidad temporal de la persona empleada (STSJ de Andalucía/Granada de 19 de octubre de 2017, rec. 1149/2017)–, las facultades de control empresarial dejan de tener virtualidad y la relación laboral no constituye cauce idóneo para amparar la fiscalización de la persona titular de la unidad productiva, de manera tal que «a partir de ese momento, es imprescindible el consentimiento de los trabajadores para mantener en funcionamiento los dispositivos GPS y para el análisis automatizado de los datos personales conseguidos por ese medio» (STSJ de Asturias de 27 de diciembre de 2017, rec. 2241/2017). En otras palabras:

[...] sobre estos periodos temporales ajenos a la jornada laboral del actor la empresa no dispone de las facultades que el artículo 20 del ET le otorga al empresario pues lo son para la dirección y la organización del trabajo de sus empleados que obviamente solo lo realizan durante el tiempo de trabajo o de la jornada laboral. Fuera de ello el empresario se extralimita en el uso de sus facultades que el mismo artículo 20 del ET antes citado dispone que deben utilizarlos de forma regular (STSJ de Madrid de 12 de julio de 2019, rec. 197/2019).

Ahora bien, delimitar las actividades privadas puede ser fácil en determinados momentos cuando la persona trabajadora se encuentre disfrutando de descansos diarios, semanales o anuales, pero los contornos se vuelven más difusos cuando realice ciertas actividades dentro de su jornada laboral que puedan ser calificadas como propias de su vida privada como la comida, las pausas intrajornadas, la realización de gestiones familiares (por ejemplo, atender a la parentela con enfermedad o acudir con ella a una cita médica para volver a reincorporarse a su puesto de trabajo cuando termine la necesidad de la ayuda), etc. A este respecto, alguna resolución judicial ha recordado que:

[...] incluso en las horas de trabajo, y en el caso presente la empresa no tuvo en cuenta las peculiaridades de la jornada del demandante, los trabajadores tienen un espacio de libertad y para el ejercicio de actos de la vida privada que el empresario ha de respetar (STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2017, rec. 2997/2016).

La solución puede venir dada mediante la aplicación de la doctrina constitucionalista, pues el TC ha señalado que a la hora de proceder a su actividad juzgadora «puede realizar una ponderación propia de los derechos constitucionales en juego tomando como punto de partida la definición y valoración constitucional de los bienes en juego con apreciación de la importancia que a cada uno de ellos corresponde (Fernández Fernández, 2015, p. 78).

Así, la persona trabajadora puede alegar un derecho a la desobediencia y no utilizar los dispositivos cuando la empresa establezca una instrucción con manifiesta arbitrariedad y abuso de derecho, al ser dictada, por ejemplo, para:

[...] la realización de servicios fuera de la jornada laboral y de horas extraordinarias, la realización de funciones que excedan de las obligaciones del contrato de trabajo, la imposición de desplazamientos, el desempeño de trabajos peligrosos, así como de órdenes con fuerte carga de ilicitud (STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 19 de octubre de 2017, rec. 1312/2016; en términos parecidos, la STSJ de Navarra de 24 de febrero de 2017, rec. 33/2017).

Ahora bien, el ejercicio de dicha prerrogativa ha de hacerse de manera muy excepcional y con mucha cautela y precaución, sin desconocer que las órdenes empresariales tienen presunción de legitimidad y la persona trabajadora no puede conformarse en definidora última de sus propias obligaciones profesionales, no en vano no está totalmente desprotegida, pues en caso de desacuerdo le queda el cauce de su impugnación.

Sobre este particular, quizás la nueva norma sobre derechos digitales haya aportado ciertas dosis de claridad cuando obliga al empleador o empleadora, si quiere acceder al contenido de los dispositivos digitales sobre los que se haya autorizado un uso privativo, a delimitar de manera concreta y detallada las posibilidades de utilización y a garantizar que dicho acceso no vulnera el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras (art. 87.3.2.º LOPDGDD),

si bien, una vez más, el desenlace de la trama se deja en manos de la autonomía de las partes y no se ofrecen pautas heterónomas sobre cómo proceder al respecto a fin de aquilatar los pormenores.

Cuestión distinta, y que se ha considerado como no atentatoria a los derechos fundamentales reseñados, es que, como consecuencia del control ejercitado a través de los mecanismos de geolocalización, la empresa, sin ser su intención directa y buscada, acceda a informaciones relativas a la persona trabajadora fuera del centro de trabajo pero dentro de la jornada laboral, como consecuencia de un incumplimiento por el empleado o la empleada de las instrucciones de la empresa, quien tenía terminantemente prohibido sacar el dispositivo fuera del lugar de trabajo y utilizarlo más allá del horario laboral (STSJ de Canarias/Las Palmas de 26 de enero de 2018, rec. 1409/2017).

Así, lo ha corroborado recientemente el TS cuando ha señalado, sin ambages, que la persona trabajadora:

[...] conocía que el vehículo no podía ser utilizado fuera de la jornada laboral y, junto a ello, que el mismo estaba localizable a través del receptor GPS. De ahí que no apreciamos ninguna invasión en sus derechos fundamentales con la constatación de los datos de geolocalización que permiten ver que el indicado vehículo es utilizado desobedeciendo las instrucciones de la empresa en momentos en que no existía prestación de servicios. Había conocimiento previo y no se aprecia invasión de la esfera privada de la persona trabajadora, al afectar exclusivamente a la ubicación y movimiento del vehículo del que, eso sí, era responsable y debía utilizar con arreglo a lo pactado (STS de 15 de septiembre de 2020, rec. 528/2018).

Finalmente, frente a los problemas y retos reseñados en páginas precedentes, así como ante la ausencia de unas previsiones legales más precisas, la elaboración de códigos de conducta o cláusulas incorporadas en los convenios colectivos claras, minuciosas, sencillas y fácilmente accesibles para las personas trabajadoras, acompañados de la formación específica necesaria para conocer cuál es la política empresarial en esta materia, sin lugar a dudas contribuirán a aumentar la seguridad de ambas partes de la relación laboral y a eliminar conflictividad en el seno de las unidades productivas a la hora de manejar dispositivos de geolocalización.

A este respecto, el artículo 40 del RGPD mandata a los Estados miembros, las autoridades de control, el Comité y la Comisión a promover la elaboración de códigos de conducta destinados a contribuir a su correcta aplicación, teniendo en cuenta las características específicas de los distintos sectores de tratamiento y las necesidades específicas de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas.

Por su parte, y a nivel interno, el artículo 87.3 de la LOPDGDD establece el deber de la empresa de concretar criterios de utilización de los dispositivos digitales en su seno; el

artículo 38 dedica su literal a regular los códigos de conducta en España, y el 91 habilita a los convenios colectivos a establecer garantías adicionales sobre los derechos digitales reconocidos legalmente.

### 3. Conclusiones

El análisis de la doctrina científica y judicial expuesto en las páginas precedentes permite realizar las siguientes reflexiones finales:

**Primera.** Los sistemas de posicionamiento global facultan a la empresa para proceder a un control y seguimiento del desempeño productivo idóneo a fin de optimizar sus recursos, mejorar la organización de sus bienes y servicios, detectar insuficiencias en materia preventiva y, en particular, fiscalizar el cumplimiento por parte de la persona trabajadora de sus obligaciones laborales. Además, los adelantos tecnológicos han conllevado una más fácil colocación, han aumentado los aparatos donde instalarlos y han visto fortalecida la fiabilidad de los datos obtenidos, incrementando su potencialidad invasiva en la vida de la persona trabajadora.

Sea como fuere, su legalidad se encuentra fuera de toda duda, al amparo, primero, del artículo 20.3 del ET, y, después, tras la promulgación de la LOPDGDD, de los artículos 20 bis del ET y 90 de la LOPDGDD, de manera que la empresa está habilitada para utilizarlos a fin de comprobar que la persona trabajadora cumple adecuadamente con sus quehaceres, siempre y cuando no se supere ciertos límites constitucionalmente reconocidos.

**Segunda.** Como todo derecho, el de control empresarial no es absoluto u omnímodo, sino que está sometido a ciertas condiciones en su ejercicio, en particular el respeto a las prerrogativas fundamentales. Así, la instalación de dispositivos GPS presenta una especial afectación sobre los derechos a la intimidad y protección de datos, de manera que es necesario establecer ciertas previsiones capaces de equilibrar los intereses empresariales con la consideración debida a las garantías constitucionales reconocidas a las personas empleadas.

Con tal premisa como clave de bóveda, el uso de sistemas de geolocalización en el ámbito empresarial no debe sobrepasar, para considerarse lícito, al menos los tres límites siguientes:

- 1.º Superar los ya tradicionales juicios marcados por el TC en relación con los procedimientos de vigilancia empresarial de la actividad laboral de la idoneidad (o adaptación al objetivo propuesto), necesidad (o ausencia de otro instrumento menos invasivo), en fin, proporcionalidad (o análisis de los beneficios y desventajas de la herramienta adoptada).
- 2.º Ofrecer una información expresa, clara e inequívoca sobre la existencia y características de estos dispositivos, conformándose semejante deber como un elemento esencial para el respeto a la intimidad y a la protección de datos, pues,

ante la no obligatoriedad de obtener el *placet* de la persona trabajadora para su puesta en práctica, se intensifica la exigencia informativa, de manera que su ausencia o insuficiencia constituye una clara contravención de las normas legales. Eso sí, conforme a la doctrina judicial mayoritaria, corroborada por el artículo 90 de la LOPDGDD, no es necesario especificar la finalidad exacta vinculada a la fiscalización, resultando suficiente con poner en conocimiento de la persona trabajadora la existencia del procedimiento de control.

- 3.º Tratar adecuadamente los hechos originados por los dispositivos de geolocalización, pues son capaces de producir una huella digital generadora de parámetros personales vinculados a sujetos identificables, por lo que resulta necesario cumplir con las normas generales relativas a la protección de datos.

**Tercera.** La mayor parte de los conflictos surgidos por la utilización de estos dispositivos se produce cuando existe un uso personal, y no estrictamente profesional, de la herramienta, dada la tradicional tolerancia al empleo de los utensilios empresariales allende las fronteras de la estricta actividad productiva.

Dos cuestiones parecen claras: de un lado, cumplidas las exigencias legales, la persona trabajadora no puede negarse a llevar los dispositivos GPS, ni a no utilizarlos, ni impedir su funcionamiento, a no ser que quiera arriesgarse a cometer un ilícito laboral; de otro, el control solo puede alcanzar a aquellas actuaciones relacionadas con el proceso productivo, de manera que no podrá abarcar las actividades privadas de la persona trabajadora, más fácil de aquilatar cuando se encuentran fuera de la jornada laboral, pero mucho más difícil de determinar cuando se producen en horas de trabajo, pues aún dentro de ellas la persona empleada tiene cierto espacio de libertad personal a respetar por la persona titular de la unidad productiva.

**Cuarta.** A pesar de los parabienes que merece el reconocimiento de los derechos digitales recogidos en la LOPDGDD, sus previsiones no han supuesto más que un parche en la ordenación de la digitalización empresarial, debiendo ser caracterizadas las mismas como normas generales y abstractas, poco concretas, precisas y detalladas, dejando demasiadas cuestiones a la regulación por la interlocución social.

Por esa razón, se comparte la exigencia de algunos autores y autoras en torno a la imperiosa necesidad de adaptar el ET a las nuevas realidades inherentes a la moderna era digital, regulando los derechos de las personas empleadas en relación con todos los aspectos vinculados al entorno tecnológico digital.

**Quinta.** Mientras la norma heterónoma no proceda a alcanzar semejante anhelo, los códigos de conducta, las reglamentaciones internas o los convenios colectivos deben jugar un papel crucial y completar semejante laguna, con el objetivo de dar seguridad jurídica a ambas partes de la relación sobre el uso de geolocalizadores.

En este sentido, la empresa debe establecer con carácter previo las reglas sobre utilización de estos dispositivos, qué se puede hacer y qué no está permitido, para inmediatamente después informar a las personas trabajadoras sobre dichas pautas.

**Epílogo.** «Despiertos o dormidos, trabajando o comiendo, en casa o en la calle, en el baño o en la cama, no había escape. Nada era del individuo a no ser unos cuantos centímetros cúbicos dentro de su cráneo». Este fragmento de la novela de George Orwell *1984* debe servir como cierre al presente trabajo. Si la sociedad actual no quiere copiar el modelo de Gran Hermano orwelliano que todo lo observa y todo lo escruta, debe exigir de quien legisla la regulación de contrapesos que garanticen un respeto digno de los derechos fundamentales, y, lamentablemente, acontecimientos recientes no permiten ser halagüeños al respecto, pues los espacios de privacidad están cediendo terreno en aras de una mayor sensación de seguridad o protección de la salud pública, sin haber reflexionado suficientemente en torno a cómo cualquier terreno perdido bajo el argumento de promesas falaces o noticias falsas traerá aparejado un encomiable esfuerzo para recuperarlo de nuevo.

## Referencias bibliográficas

- Aguilera Izquierdo, Raquel. (2020). [El derecho a la protección de datos en el ámbito laboral. Los sistemas de videovigilancia y geolocalización](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 93-134.
- Alonso Ureba, Alberto. (2019). Revolución digital, derecho y empresa. *La Ley Mercantil*, 58, 1-6.
- Casas Baamonde, María Emilia. (2018). 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*, 2, 103-121.
- Comisión Europea. (2020). Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Data protection as a pillar of citizens' empowerment and the EU's approach to the digital transition-two years of application of the General Data Protection Regulation. [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/1\\_en\\_act\\_part1\\_v6\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/1_en_act_part1_v6_1.pdf).
- ETUC; BusinessEurope; CEEP y SMEunited. (2020). European Social Partners Framework Agreements on Digitalisation. [https://www.etuc.org/system/files/document/file2020-06/Final%2022%2006%2020\\_Agreement%20on%20Digitalisation%202020.pdf](https://www.etuc.org/system/files/document/file2020-06/Final%2022%2006%2020_Agreement%20on%20Digitalisation%202020.pdf).
- Fernández Fernández, Roberto. (2015). El derecho a la propia imagen del trabajador en el marco de la relación laboral: prerrogativas y limitaciones. *Il Diritto del Mercato del Lavoro*, 1, 75-95.

- Fernández Fernández, Roberto. (2019). Contenido del contrato. Derechos y deberes. Promoción profesional. En Alberto Palomar Olmeda (Ed.), *Practicum. Ejercicio de la Abogacía 2020* (1.ª ed., pp. 783-796). Thomson Reuters.
- Fernández Fernández, Roberto y González Vidales, Cristina. (2020). El control empresarial del uso de las redes sociales en el lugar de trabajo: alcance y confines. *Noticias CIELO*, 5, 1-15. [http://www.cieloboral.com/wp-content/uploads/2020/05/fernandez\\_gonzalez\\_noticias\\_cielon5\\_2020.pdf](http://www.cieloboral.com/wp-content/uploads/2020/05/fernandez_gonzalez_noticias_cielon5_2020.pdf).
- Goñi Sein, José Luis. (2019). Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo. *Documentación Laboral*, 117, 57-72.
- Hendricks, Frank; Gramano, Elena y Mangan, David. (26 de junio de 2020). Privacy, data protection and the digitalisation of work: how industrial relations can implement a new pillar. *Regulating for Globalization. Trade, Labor and EU Law Perspectives*, 1-4. <http://regulatingforglobalization.com/2020/06/26/privacy-data-protection-and-the-digitalisation-of-work-how-industrial-relations-can-implement-a-new-pillar/>.
- Llaneza González, Paloma. (2020). Mundo post COVID-19. «Impacto TIC». En *Cómo hacer frente a los efectos legales y litigios derivados del COVID-19* (pp. 711-726). Wolters Kluwer.
- Marín Malo, Mirentxu. (2020). La geolocalización del trabajador. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia reciente. *Labos*, 1(1), 109-120.
- Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2002). *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*. Lex Nova.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2018). [La «Carta de derechos digitales» para los trabajadores del Grupo Socialista en el Congreso: un análisis crítico ante su renovado interés](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 424, 91-111.
- Miranda Boto, José María. (2020). Nuevo acuerdo de los agentes sociales europeos en materia de digitalización. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 7, 943-945.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2018). El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional? *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 145, 121-160.
- Preciado Domènech, Carlos Hugo. (2019). *Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de los derechos digitales*. Aranzadi.
- Rey Guanter, Salvador del. (2017). La empresa hiperconectada y el futuro del trabajo. Conclusiones y recomendaciones del informe «El impacto de la empresa hiperconectada y de las redes sociales en la organización del trabajo, en la gestión de los recursos humanos y en las relaciones laborales». Cuatrecasas. Instituto de Estrategia Legal en RRHH. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms\\_548601.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548601.pdf).
- Rodríguez Escanciano, Susana. (2019). *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (30 de junio de 2020). La importancia del diálogo social a escala europea. Notas a propósito del acuerdo marco sobre digitalización suscrito el 22 de junio de 2020. *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/06/la-importancia-del-dialogo-social.html>.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0



# El eterno retorno a los mitos de ajenidad y dependencia en la era hipertecnológica/posindustrial (revisión a la luz de los problemas surgidos en la economía de plataformas)

Rodrigo Tascón López

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

## Extracto

El fuerte incremento del número y variedad de plataformas digitales (*gig economy*) y, correlativamente, de las personas que prestan o reciben bienes y servicios a su través ha hecho surgir un debate interesante sobre la naturaleza jurídica del vínculo que une a las partes implicadas. La experiencia, hasta la fecha, revela que la plataforma o *app* intenta que las personas prestadoras que operan bajo su manto actúen como autónomas (acaso económicamente dependientes), pero que, bien por actuación de la Inspección de Trabajo, bien como consecuencia de una demanda de parte, existen numerosos pronunciamientos de los tribunales laborales (acrisolados con un reciente fallo dictado en unificación de doctrina) que reconocen la laboralidad de la relación; por su parte, otro conjunto de pronunciamientos (que ha acabado por revelarse como claramente minoritario) ha aceptado que se trata de verdaderas personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas.

Tal coyuntura obliga a revisar las notas definitorias de la relación laboral, establecidas en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), principalmente la ajenidad y la dependencia, para valorarlas desde un prisma nuevo y flexibilizado –en la senda marcada tiempo ha por el Tribunal Supremo–, que atienda a las nuevas realidades de un mercado productivo posfordista, en el que las condiciones de tiempo y lugar han variado (y seguirán haciéndolo) de forma sustancial, pero donde resulta posible identificar prestaciones realizadas bajo el ámbito rector y organizativo de una empresa.

Así, frente a una eventual regulación laboral especial, el presente ensayo apuesta por el inevitable casuismo, que pondere en cada situación concreta si la prestación de servicios habida presenta las notas definitorias exigidas por el artículo 1 del ET (en cuyo caso será laboral a todos los efectos) o, por el contrario, se trata de un trabajo autónomo que merece distinta calificación y régimen jurídico.

**Palabras clave:** economía de plataformas digitales; precariedad laboral; «falsos autónomos»; ajenidad y dependencia.

Fecha de entrada: 08-09-2020 / Fecha de revisión: 02-10-2020 / Fecha de aceptación: 02-10-2020

**Cómo citar:** Tascón López, Rodrigo. (2020). El eterno retorno a los mitos de ajenidad y dependencia en la era hipertecnológica/posindustrial (revisión a la luz de los problemas surgidos en la economía de plataformas). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 49-81.



# The eternal return to the myths of alienation and dependence in the hypertechnological/post-industrial era (review according to the problems that have arisen in the platform economy)

Rodrigo Tascón López

## Abstract

The strong increase in the number and variety of digital platforms (gig economy) and, correspondingly, of the people who provide or receive goods and services through them, has raised an interesting debate about the legal nature of the contract between the platform and the person involved. Experience reveals that the platform (or app) tries to make the service providers who operate under its mantle act as self-employed (perhaps economically dependent). But, by action of the Labor Inspection, or as a consequence of a demand on labour courts, there are beginning to be pronouncements from the Courts (included a recent decision of Supreme Court) that recognize the relationship has a true labor nature; there are other sentences that are accepting the thesis that they are truly autonomous.

In such situation, It's necessary revisit the defining notes of the employment relationship, established in art. 1 ET, mainly alienation and dependence, to assess them from a new and more flexible prism, in the path desing by the Supreme Court for some time, which attends to the new realities of a post-Fordist productive market, in which the time conditions and place have changed (and will continue to do so) in a substantial way, but where it is still possible to identify professional services performed under the governing and organizational scope of a company.

Thus, in the face of an eventual special labor regulation (work on demand), this essay bets on the inevitable casuism, which weighs in each specific situation (each app or platform), whether the provision of services has the defining notes required by the art. 1 ET (in which case it will be labor for all purposes) or, on the contrary (and given the wealth of situations) it is an autonomous job that deserves a different qualification and legal regime.

**Keywords:** gig economy; job insecurity; false self-employed; alienation and dependency.

**Citation:** Tascón López, Rodrigo. (2020). The eternal return to the myths of alienation and dependence in the hypertechnological/post-industrial era (review according to the problems that have arisen in the platform economy). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 49-81.





## Sumario

1. La (nada novedosa) huida del derecho del trabajo y su revisión a partir de los (estos sí, nuevos) escenarios propiciados por la economía de plataformas (*gig economy*)
2. Sistematización de la respuesta judicial a los primeros asuntos habidos en la materia: revisitando la extensión del universo laboral a partir de sus notas definitorias
  - 2.1. Supuestos de instancia en los que se ha considerado que la prestación de servicios a través de plataformas merece ser considerada laboral a todos los efectos: de nuevo sobre los «falsos autónomos»
  - 2.2. Supuestos de instancia en los que se ha considerado que la prestación de servicios a través de plataformas digitales presenta una naturaleza distinta a la laboral: el infierno de la precariedad tiene distintos niveles
  - 2.3. El viaje hacia la uniformidad efectuado por los pronunciamientos de suplicación: los/las *riders* son personas trabajadoras por cuenta ajena
  - 2.4. La solución ¿final? dada por la jurisprudencia unificada a favor de la laboralidad de las personas trabajadoras de plataformas
3. Reflexión doctrinal sobre la posible solución jurídico-laboral al complejo entramado de problemas derivados de la economía de plataformas: del Caribdis de una nueva regulación laboral especial al Escila de la permanente casuística

Referencias bibliográficas

## 1. La (nada novedosa) huida del derecho del trabajo y su revisión a partir de los (estos sí, nuevos) escenarios propiciados por la economía de plataformas (*gig economy*)

Cuando hace algún tiempo la entonces denominada «economía colaborativa» irrumpió con fuerza a través de aplicaciones múltiples que permitían la prestación (o intercambio) de bienes y servicios a través de procesos digitales sencillos y rápidos (líquidos o instantáneos), cundió la euforia de quienes veían en esta modalidad una forma de favorecer múltiples intereses sociales: la economía ecológica y de proximidad (frente a los gigantes comerciales); la competencia perfecta (frente al riesgo siempre presente de monopolio); la satisfacción a la carta de intereses individuales diversificados (frente a la prestación monolítica dispensada por operadores tradicionales)<sup>1</sup>.

Ahora bien, pronto empezó a quedar patente que dicho *modus operandi* iba a traer aparejados problemas aparentemente nuevos, pero que en el fondo no son más que ilusiones ópticas (Fernández Avilés y Peres Díaz, 2020), cuando no verdaderos disfraces, que ocultan conflictos a veces tan viejos como el derecho mismo (Dagnino, 2015): la posible evasión fiscal de los beneficios así obtenidos (sobre todo porque la plataforma puede quedar domiciliada en cualquier lugar del mundo, doquiera que la empresa tenedora y la presión fiscal sea menos elevada), la desprotección de las personas consumidoras y usuarias (que no encuentran un referente físico al que dirigir sus posibles reclamaciones) y, por cuanto a este ensayo ocupa, la precarización de las prestaciones de servicios ocurridas a su albur (la creación de una nueva casta de siervos y siervas digitales..., esclavos y esclavas del clic, identificados, no sin dosis de ironía, como e-precariado –Rodríguez Escanciano y Álvarez Cuesta, 2019, p. 61–, llamados a efectuar trabajos esporádicos mal pagados y dudosamente protegidos).

Tornaron entonces los conceptos (o se decantaron con mayor precisión) y, a lo sumo, la *gig economy* (o economía de plataformas y aplicaciones) pasó a ser una mera especie del género, más amplio, de la economía colaborativa, y no la más representativa, cuando

---

<sup>1</sup> No hay que olvidar que, en buena medida, esta economía colaborativa emerge con fuerza en el contexto dado por la gran crisis económica vivida a finales de la primera década del siglo XXI, cuando muchas familias, en un contexto de recesión, se vieron obligadas a aprovechar al máximo los bienes ociosos o buscar formas alternativas de consumo (Sprague, 2015).

no una verdadera perversión de su esencia misma<sup>2</sup>, en tanto trocaba la nota de altruismo –que caracterizaba de forma primordial sus orígenes– por la mera conveniencia lucrativa y mercantil de quienes actúan en estos ámbitos<sup>3</sup>.

A quien estudia el derecho del trabajo, empero, no le puede pillar de sorpresa lo ocurrido, habida cuenta de que tratar de utilizar algún mecanismo novedoso para pretender desvirtuar la laboralidad de aquellas prestaciones de servicios ocurridas en su seno constituye un intento de huida del derecho del trabajo tan antiguo como este sector del ordenamiento jurídico (Baylos Grau, 2000, y Rodríguez-Piñero Royo, 1992).

Los menores costes (salariales y de Seguridad Social) han jugado siempre como un poderoso incentivo para que se trataran de dotar de naturaleza extralaboral (civil o mercantil) a aquellas relaciones que, situadas en las zonas grises del derecho del trabajo, pudieran presentar dudas acerca de su verdadera naturaleza jurídica (Martín Valverde, 2002) y, desde luego, la economía colaborativa parece un caldo de cultivo ideal para que tal intento de fuga se renueve (Poquet Catalá, 2018, p. 177).

Por tal razón, no faltará quien piense que a este problema de la prestación de servicios a través de plataformas digitales le ocurre como al famoso Yelmo de Mambrino en su versión cervantina, que por más que muestre el áureo brillo de la novedad proporcionado por la tecnología, en el fondo y si mirado de cerca, encubre la más vil hojalata de bacía de barbero, cual es y ha sido siempre el intento de defraudar las normas laborales cuando las circunstancias fácticas, de una u otra manera, lo permitan o, al menos, lo faciliten (Doménech Pascual, 2015, y León Ordóñez, 2018).

Sea como fuere, es preciso reconocer una realidad evidente: en los últimos años han emergido con fuerza inusitada prestaciones de servicios bajo demanda (*on demand*) caracterizadas porque, gracias a la generalización de las TIC, los *smartphones* y las conexiones remotas a internet, ciertas organizaciones productivas pueden disponer de grandes grupos de prestadores de servicios (*crowdsourcing*) esperando a que un consumidor o una consumidora solicite un bien o servicio a través de una aplicación digital (Cavas Martínez, 2017, p. 43; Martínez Escribano, 2018, y Suárez Corujo, 2018, p. 37).

<sup>2</sup> Pues la economía colaborativa (*collaborative economy*), como género, encontraría, al menos, cuatro especies diferenciadas; a saber, la *access economy* (que permite utilizar bienes y servicios sin necesidad de poseerlos en propiedad), la *gig economy* o *platform economy* (economía de bolos o de plataformas, a la que se dedican estas páginas), la *commoning economy* (economía de puesta en común de bienes de utilidad pública) y, en fin, la *sharing economy* (que permite crear comunidades de intercambio de bienes y servicios). Al respecto, por extenso, Aloisi (2016).

<sup>3</sup> Son varios los organismos e instituciones que han advertido de este tránsito de lo altruista a lo oneroso. Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité de las Regiones, «Una agenda europea para la economía colaborativa» (2016). Así lo hacen constar, entre otros, Ballester Pastor (2018) o Rodríguez-Piñero Royo (2017).

Quizá la principal peculiaridad que presentan estas plataformas es que permiten determinar con exactitud el tiempo concreto que la empresa necesita de la prestación de una determinada persona, ofreciendo (o reclamando) vía *app* en tales momentos el desempeño, y liberándola en los momentos intermedios; esta realidad del trabajo a demanda (*on demand*) no es ajena al acervo laboral clásico (piénsese en los tradicionales periodos de disposición, que no son tiempo de trabajo efectivo –salvo que sus condiciones sean tan exigentes que no permitan un mínimo de autonomía<sup>4</sup>–, pero que sí solían tener hasta ahora una retribución específica y formaban parte, siquiera de forma indirecta, del cómputo total de las jornadas anuales).

Cuanto sucede ahora como novedad relevante es que dicho trabajo a demanda ha sido facilitado sobremanera por la herramienta tecnológica, lo que ha permitido una puesta a disposición más flexible (condicionada, además, por la existencia de una multitud de potenciales personas prestadoras del servicio que están listas para sustituir a quien en un momento puntual no puede o no quiere asumirlo), si se prefiere más fluida, pero también más escurridiza, facilitando que la potencial persona empleadora pueda diluir en ella las características exigidas y exigibles a una verdadera realidad laboral (Suárez Corujo, 2018, p. 39), hasta el punto de reclamar a quien así actúa que se dé de alta como persona trabajadora por cuenta propia o autónoma, liberándose de las cargas de cotización a la Seguridad Social<sup>5</sup>.

Así, los deseos permanentes de la empresa de ajustar sus necesidades productivas a la mano de obra, sin excesos ni defectos (hasta ahora resuelta a través del recurso a contrataciones y subcontratas o empresas multiservicios, amén de, cuando las circunstancias lo requirieran, acudir al despido objetivo/colectivo como vía última de flexibilidad externa), encuentra una nueva forma de ajuste digital, instantáneo y permanente, facilitado por la tecnología de estas plataformas digitales (De Vicente Arias, 2019, o López Cumbre, 2018).

A tan innegable realidad ha de enfrentarse la persona especialista en derecho laboral en una encrucijada insoslayable: tratar de responder a estos nuevos (o, al menos, renovados) desafíos a través de las herramientas tradicionales que proporciona el acervo jurídico laboral o, por el contrario, tratar de elaborar categorías nuevas –como específicamente ocurrió con las personas trabajadoras autónomas económicamente dependientes (TRADE) en la

<sup>4</sup> Como bien es sabido, la doctrina tradicional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) consideraba que estos tiempos de puesta a disposición no eran tiempo de trabajo efectivo. Sin embargo, tal cuestión ha dado un giro interesante recientemente, al entender el Alto Tribunal que si las condiciones de la disposición eran tan estrictas (en el caso, un bombero que tenía que estar en su domicilio y responder en menos de 8 minutos a una eventual alerta) que impedían casi completamente una mínima autogestión de dicho tiempo por parte del trabajador, debe ser considerado como de trabajo efectivo (Sentencia del TJUE –STJUE– de 21 de febrero de 2018, asunto Matzak).

<sup>5</sup> Este es uno de los aspectos que, sin duda, requerirá de mayor atención por los organismos nacionales y las Administraciones nacionales, pues, qué duda cabe, puede hacer peligrar la sostenibilidad económica de los sistemas de Seguridad Social (De Estefano, 2016).

tan denodada como infructuosa lucha contra los «falsos autónomos» (Casas Baamonde, 2015)–, que específicamente traten de dar respuesta a estas nuevas formas de trabajo y prestación de servicios (Costa Reyes, 2019, y Sánchez Pérez, 2019).

## 2. Sistematización de la respuesta judicial a los primeros asuntos habidos en la materia: revisitando la extensión del universo laboral a partir de sus notas definitorias

Como bien sabrán el lector y la lectora avezados en problemas jurídico-laborales, la prestación de servicios a través de plataformas o aplicaciones digitales es una cuestión que ha suscitado la atención, primero y con gran denuedo, de la doctrina científica (como siempre, adelantando de forma especulativa los avatares que están por venir) y, después, de los tribunales laborales, que más pronto que tarde se han visto abocados a resolver las demandas de quienes, considerando injusta y precaria la situación a que se veían compelidas las personas trabajadoras autónomas, y con buenos argumentos, han pretendido, a través de variadas vías, el reconocimiento de la laboralidad de tales relaciones.

Centrando la atención en los tribunales patrios (aun cuando no se puede pasar por alto que ya hay sugerentes pronunciamientos de órganos jurisdiccionales de otros países que pueden servir de referente, como la muy famosa saga Uber, que ha provocado soluciones contradictorias según donde se haya desarrollado el litigio<sup>6</sup> e, incluso, un pronunciamiento indecisorio del TJUE<sup>7</sup>), cabe dar cuenta de que han ido surgiendo pronunciamientos variopintos –en un fenómeno calificado de «bipolaridad» de los tribunales ante el fenómeno de las plataformas, algo que, se insiste, no es patrimonio de los tribunales españoles, sino que se puede apreciar también en otros muchos países– (Rodríguez Fernández, 2018, p. 78) en los cuales ora se reconoce la laboralidad de la prestación, ora se niega tal naturaleza y, siempre (y es el curioso fiel de la balanza), con parecidos y recurrentes argumentos (García Quiñones, 2019).

Evidentemente, en el marco de las prestaciones de servicios desarrollados a través de plataformas o aplicaciones digitales la casuística tiende a infinito, pues cada vez son más las que operan (o potencialmente pueden hacerlo) en España (y en otros muchos países) y

<sup>6</sup> En EE. UU. ha resultado muy célebre aquel pronunciamiento de California que condenaba a Uber a contratar como personas trabajadoras a todos sus conductores. En Europa, la sentencia del Employment Tribunal of London el 26 de octubre de 2016, caso Aslam vs. Uber, ya había reconocido la laboralidad de los conductores. Para una recopilación exhaustiva de pronunciamientos internacionales, *vid.* Fernández Avilés y Peres Díaz (2020).

<sup>7</sup> STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, SL. Al respecto, Sánchez-Urán Azaña (2018).

cada una tiene sus propias circunstancias y condiciones de desempeño (Gil García, 2018). Baste ahora apuntar que, con seguridad, los asuntos que están llegando a los tribunales laborales españoles son aquellos en los que las prestaciones de servicio son más precarias y la desprotección de las personas que desempeñan la actividad resulta más evidente.

Como consecuencia que destila lo afirmado, no procede sino efectuar, en cada caso y siempre que se presente una demanda ante un tribunal laboral, un análisis de si concurren, en los términos reiteradamente exigidos por la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (TS), las notas de trabajo personal, retribuido y, sobre todo, las tan manidas ajenidad (en sus versiones clásicas de ajenidad «en los riesgos» y «en los frutos», que estudiaron tantas generaciones de juristas) y dependencia, que determinan la existencia de una verdadera relación laboral, ex artículo 1 del ET, y ello, bien es sabido, con independencia de la denominación que las partes pudieran haberle dado<sup>8</sup>.

Baste recordar ahora cómo, de conformidad con jurisprudencia reiterada:

[...] tanto la nota de dependencia como la de ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que, además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación (STS de 8 de febrero de 2018, rec. 3389/2015).

Esto hace que, en la mayor parte de los casos, la apreciación de su concurrencia haya de efectuarse de forma indiciaria por el órgano *a quo*, valorando todas las circunstancias bajo las cuales se desarrolla una concreta prestación de servicios, identificando aquellas que actúan como indicios de laboralidad (*v. gr.*, un horario más o menos reconocible, la impartición de instrucciones concretas, la asistencia regular al centro de trabajo, la titularidad empresarial de los medios productivos...) y aquellas que hacen presuponer la ausencia de la misma (capacidad de autoorganización de quien presta servicios, asunción del riesgo y ventura de la operación...).

Es menester, empero, dar cuenta de cómo el entendimiento de dichas notas se ha flexibilizado en los últimos tiempos, en tanto los nuevos contextos productivos tecnológicos

<sup>8</sup> Resulta ya texto clásico en el acervo jurisprudencial aquel conforme al cual:

[...] la realidad fáctica debe prevalecer sobre el *nomen iuris* que errónea o interesadamente puedan darle las partes a la relación que regulan, porque los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo (Sentencias del TS –SSTS– de 20 de marzo de 2007, rec. 747/2006; 7 de noviembre de 2007, rec. 2224/2006; 12 de diciembre de 2007, rec. 2673/2006, y 22 de julio de 2008, rec. 3334/2007, entre otras).

distan de ser similares a los propios del modelo fordista-taylorista sobre el que se cimentaron las bases del derecho del trabajo; y ello porque los nuevos modos de producir y de trabajar han roto los indicadores clásicos de tiempo, lugar y modo de realización del trabajo por cuenta ajena y en régimen de dependencia y subordinación y, además, porque también quien legisla ha hecho partícipe a otras figuras no laborales de las notas características del trabajo por cuenta ajena (Casas Baamonde, 2015).

La dependencia, en su consecuencia, es equivalente a la existencia de órdenes ajenas a la persona trabajadora sobre el modo de ejecución del trabajo, si bien no ha de entenderse como un concepto necesariamente rígido, como subordinación estricta en todos los aspectos y circunstancias de tiempo, lugar y modo, sino que también, en su modalidad flexible, es acomodación de la actividad laboral a los condicionamientos y programas de la organización productiva en la que aquella se inserta<sup>9</sup>.

La ajenidad, en este contexto, queda referida a que es la empresa quien hace llegar (o al menos proporciona esa apariencia) los productos al mercado, proporcionando unas directrices uniformadoras en la realización de la prestación y fijando los precios o tarifas para la persona cliente final, sin que la persona prestadora del servicio asuma el riesgo ni, por tanto, el posible lucro especial que caracterizan la actividad de la empresa<sup>10</sup>.

Por tanto, la revisión de las notas definitorias del contrato de trabajo, sin minorar un ápice su anhelo tuitivo, abre nuevas posibilidades para extender la protección del ordenamiento social a quienes, como consecuencia de las nuevas realidades sociales y tecnológicas, prestan servicios conforme a parámetros distintos a los clásicos (De la Villa Gil, 2000, p. 50, y Otero Gurruchaga, 2018).

Procede aceptar, así, que cada vez con mayor frecuencia habrá un número creciente de personas que no tienen un esquema contractual tradicional (Palomeque López, 2019, p. 13, o Páramo Montero, 2019, p. 45), que no están sometidas a una jornada concreta, ni a un horario determinado, ni prestan sus servicios en un lugar estable y predefinido, pero que, pese a todo (incluidos los intentos empresariales de fuga del derecho del trabajo), son verdaderas personas trabajadoras por cuenta ajena (Cruz Villalón, 1999, p. 50).

<sup>9</sup> Algo muy claro en el célebre asunto de los tertulianos de radio, donde las peculiares circunstancias de la colaboración que desempeñan con las emisiones de radio requieren un entendimiento mudable de las notas exigidas en el artículo 1 del ET (STS de 19 de febrero de 2014, rec. 3205/2012). Por su especial grafismo, *vid.* también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 26 de junio de 2015 (rec. 320/2015).

<sup>10</sup> Esta línea en la que se flexibilizan y adaptan al contexto productivo actual las notas clásicas de ajenidad y dependencia es una constante en los pronunciamientos recientes de la Sala Cuarta del TS, donde lo crucial es la inserción dentro del ámbito rector y organizativo de la empresa, al margen de las escurridizas circunstancias concurrentes (SSTS de 16 de noviembre de 2017, rec. 2806/2015, y 8 de febrero de 2018, rec. 3389/2015).

Lo crucial, al fin y a la postre, es si la persona prestadora de un bien o servicio queda dentro del círculo rector y organizativo de la empresa, aun cuando el desarrollo concreto de la prestación pueda resultar más líquido y escurridizo que el pasado (horarios flexibles, trabajo remoto o intermitente...)<sup>11</sup>.

De hecho, y en una ingeniosa construcción, estos nuevos escenarios tecnológicos permiten descubrir nuevos indicios sobre cómo han de repartirse los roles propios de la condición de persona trabajadora y empleadora, pudiendo considerarse que –normativa de protección de datos mediante– quien recoja los datos de la persona cliente, los almacene y trate para mejorar el servicio o ampliar el negocio tendrá todas las papeletas para ser la verdadera persona titular de la empresa, teniendo en cuenta además que la construcción de la reputación digital en la economía digital puede ser muestra de dependencia en su renovado entendimiento (Todolí Signes, 2018, p. 236).

Sea como fuere, a los efectos del presente comentario, resulta necesario detectar (y, en su caso, elogiar o criticar) cuáles fueron las razones principales que llevaron a los distintos órganos judiciales (tanto de instancia, como de suplicación, como, en fin y de forma recentísima, de casación para la unificación de la doctrina, lo que ha acabado por conformar un corpus que ya resulta bastante significativo) a considerar que las personas que actuaban a través de plataformas o aplicaciones digitales eran verdaderamente personas trabajadoras por cuenta ajena o, por el contrario (y en casos que han acabado constituyendo la excepción), merecían ser consideradas como personas trabajadoras autónomas o, a lo sumo, económicamente dependientes.

## 2.1. Supuestos de instancia en los que se ha considerado que la prestación de servicios a través de plataformas merece ser considerada laboral a todos los efectos: de nuevo sobre los «falsos autónomos»

2.1.1. Sin duda, en este epígrafe merece la pena mencionar en primer lugar (tanto cronológica, como cuantitativamente) la conocida como saga Deliveroo, pues han sido varias las sentencias que se han pronunciado sobre las personas repartidoras (*riders*) que prestan servicios en esta plataforma, confirmando (hasta la fecha sin fisuras) que las mismas son personas trabajadoras por cuenta ajena a todos los efectos<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Un ejemplo temprano de esta línea jurisprudencial, especialmente significativo por su claridad y contundencia, en la STS de 9 de diciembre de 2004 (rec. 5319/2003).

<sup>12</sup> La primera ocasión en que esto ocurrió se debió a que la empresa procedió a dar de baja de la aplicación a uno de sus repartidores que operaba en el área geográfica de la ciudad de Valencia, al entender que no reunía los requisitos de calidad exigidos para ser mantenido en su puesto; la reacción del

Los antecedentes fácticos de todos los supuestos mentados (muy similares entre sí), en la apretadísima síntesis que demanda un formato como el actual ensayo, pueden quedar resumidos como sigue: la plataforma Deliveroo permite a las personas usuarias que se hayan dado de alta en la misma encargarse de comidas y bebidas a los restaurantes adheridos a dicha plataforma. Tales pedidos son entregados por personas prestadoras del encargo (*riders*) que, previo un miniproceso de selección y siendo requeridas para darse de alta como personas trabajadoras autónomas, suscriben una relación mercantil, cuyo clausulado es redactado íntegramente por la empresa, y que conoce varias versiones a lo largo del tiempo (en la última de las cuales la empresa les permite optar, cuando se den las circunstancias para ello, por la condición de TRADE), en clara respuesta de la compañía a los primeros pronunciamientos judiciales que le resultaron desfavorables y, precisamente, para intentar borrar los indicios en tal sentido apreciados en los correspondientes fundamentos jurídicos.

Aun cuando las condiciones van variando a lo largo del tiempo (acaso por un intento de la empresa por tratar de adaptarse a los pronunciamientos que van surgiendo), hay algunas notas que son comunes durante todo el periodo de prestación de servicios: el/la *rider* tiene libertad para elegir la franja horaria y zona geográfica de reparto (aunque la empresa debía validar su decisión); llegado un encargo puede aceptarlo o rechazarlo, aunque tal decisión debía ser explicada a través de una serie de opciones preestablecidas en la *app* y, posteriormente, incidía en la valoración del repartidor/a y sus posibles futuros encargos; incluso, a partir de la segunda versión del contrato mercantil, puede sustituir su propia persona por una tercera, con autorización de la empresa, para llevar a cabo físicamente el reparto.

Por su parte, la empresa fija el clausulado de condiciones en que se desenvuelve la relación (tanto los términos en los que la entrega debe efectuarse –que incluyen un sistema de geolocalización permanente y un protocolo de pautas a seguir en el tratamiento con la persona cliente–, como los emolumentos que percibe la persona trabajadora, como, en fin, las circunstancias en las que la compañía puede dar de baja a un repartidor/a); asimismo, ejerce un cierto control sobre el correcto cumplimiento del procedimiento de entrega de pedidos; y, en fin, liquida y abona cada 14 días las cantidades derivadas de la actividad del/de la *rider*.

En este sentido, y tratando de diseccionar los fundamentos jurídicos, varios son los argumentos que llevan a los órganos de instancia a declarar la laboralidad de las relaciones:

---

afectado fue presentar demanda por despido y, en tal caso y como cuestión previa, el órgano de instancia se pronuncia sobre su laboralidad y, de forma ulterior (y confirmada aquella) declara el despido improcedente (Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– núm. 6 de Valencia de 1 de junio de 2018, proc. núm. 633/2017). Más adelante, otros JS se pronunciaron afirmativamente sobre la laboralidad de los *riders* de Deliveroo como consecuencia de procedimientos de oficio instados por la Tesorería General de la Seguridad Social a resultados de un acta de liquidación, solicitando la declaración de laboralidad de la relación que vinculaba a dicha entidad con los *riders* que prestaban servicios, conforme a lo previsto en el artículo 148.1 d) de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) (SSJS núm. 5 de Valencia de 10 de junio de 2019, proc. núm. 3711/2018, y núm. 19 de Madrid 188/2019, de 22 de julio).

en primer lugar, y en cuanto hace a la ajenidad, la consideración de que los verdaderos medios de producción en esta actividad no son la moto o bicicleta y el *smartphone* (que todo/a *rider* debía poseer conforme a las bases del clausulado), sino la plataforma digital de emparejamiento de oferta y demanda propiedad de la empresa, en la que deben darse de alta restaurantes, personas consumidoras y repartidoras y al margen de la cual no es factible la prestación de servicios<sup>13</sup>.

Este argumento es, sin duda, acertado, pues desde luego no puede ser considerado que, en los tiempos actuales, una moto o bicicleta y un *smartphone* sean medios productivos relevantes capaces de desvirtuar la titularidad empresarial de la actividad (como ha hecho algún pronunciamiento al que luego se hará crítica referencia), pues apenas tienen trascendencia económica y no significan en modo alguno una organización productiva empresarial (Navarro Nieto, 2017, p. 76).

Ahora bien, no resulta tampoco, al menos a juicio de quien esto escribe, un argumento definitivo, pues no en todas las ocasiones que se use una aplicación para prestar un bien o servicio, por el solo hecho de utilizar ese soporte tecnológico, se puede afirmar que se está automáticamente en presencia de una relación laboral que une a la persona con la empresa titular de aplicación o plataforma. Será necesario analizar además el resto de circunstancias bajo las cuales se desarrolla la prestación de servicios. Lo contrario sujetaría bajo la estricta categoría de relación laboral a prestaciones variopintas que, en algunos casos, poco o nada tienen que ver con una situación de ajenidad o dependencia, sino con meros intercambios de bienes o servicios, en ocasiones con carácter gratuito o altruista o en mutuo interés recíproco y, en otras, de forma ocasional o puntual.

En tal sentido, y completando los indicios necesarios para apreciar la nota de ajenidad, resulta significativo que las personas repartidoras son identificadas en mayor o menor medida como personal de Deliveroo (incluso, al principio, por la propia vestimenta con el logo

---

<sup>13</sup> Inciden en ello los pronunciamientos de todos los supuestos comentados. SSJS número 6 de Valencia de 1 de junio de 2018 (proc. núm. 633/2017), número 5 de Valencia de 10 de junio de 2019 (proc. núm. 3711/2018) y número 19 de Madrid 188/2019, de 22 de julio. Recuerdan, en este sentido, un supuesto similar (si bien en versión analógica), que tuvo que afrontar el TS ya hace más de 30 años, para valorar la laboralidad de las personas repartidoras con vehículo propio, considerando entonces que:

[...] de suyo, la puesta a disposición del vehículo, con ser un dato de interés, no puede convertirse sin más en determinante de la inexistencia de una relación laboral, de suerte que convierta en todo caso en autónomo al trabajador que lo aporte [...]. La ajenidad es también patente cuando el trabajador no asume los riesgos ni los beneficios del contrato de transporte existente entre la empresa y el cliente, no interviene en la fijación del precio del mismo, ni su retribución depende de su resultado; se limita fundamentalmente a aportar su actividad y a percibir la retribución que por ella le corresponde, que devenga por el hecho de realizarla. El que responda, no de los riesgos del transporte, sino de los perjuicios causados por su negligencia, no es más que una consecuencia del incumplimiento del deber que impone el artículo 5 ET; deriva de las normas generales del derecho de obligaciones, art. 1.101 del Código Civil (STS de 26 de junio de 1986).

de la empresa), son ajenas a las vicisitudes del servicio (estado, condiciones y exactitud de la entrega) y es la empresa la que, en todo momento, factura a la persona cliente final, procediendo al pago cada 14 días al/a la *rider* por los servicios prestados<sup>14</sup>.

Por su parte, en cuanto a la dependencia, resulta menester verificar que:

[...] aunque se pretende que el *rider* es libre o no de aceptar un pedido [...] ha quedado acreditado que se valora el servicio con distintas métricas [...] lo que obviamente será tomado en consideración por los algoritmos de asignación de pedidos para una mayor eficacia del sistema.

Además, están sometidos/as en todo momento a un sistema de geolocalización, tienen un estrecho protocolo de actuación para con la persona cliente y el pedido y, en fin, han de actuar en todo momento bajo las directrices generales marcadas por la empresa de forma unilateral.

En semejante contexto:

[...] carece de relevancia el hecho de que los *riders* cobren por servicio prestado, pues no es ajeno al contrato de trabajo el pago por comisión, por unidad de obra o servicio o a destajo, que compatibilice el trabajo prestado en otras plataformas (pluriempleo) o que ocasionalmente puedan ceder sus claves de acceso a un tercero [con conocimiento de la empresa, para que sea esta persona repartidora quien preste el servicio concreto en lugar de aquel].

En este sentido, procede recordar que, si bien es cierto que el TS ha aceptado que no es un impedimento insalvable para la determinación de la laboralidad de una relación la sustitución de la persona trabajadora<sup>15</sup>, se trata en realidad de supuestos en los que la sustitución de la verdadera persona trabajadora era accidental o accesorio, y no estructural como se permite y pretende en el caso de los/las *riders*. En cualquier caso, la sustituibilidad de la persona trabajadora es más relativa que real, en el sentido de que a la empresa cuanto le interesa es que se haga la entrega, dando menos relevancia a quién la realiza físicamente, algo que recuerda mucho a la fungibilidad del obrero/a industrial en los albores del derecho obrero y que no deja de suponer un problema jurídico en el presente que podría resolverse,

<sup>14</sup> Estas circunstancias son especialmente resaltadas por varias de las sentencias que entran a valorar el particular asunto: SSJS número 6 de Valencia de 1 de junio de 2018 (proc. núm. 633/2017), número 5 de Valencia de 10 de junio de 2019 (proc. núm. 3711/2018) y número 19 de Madrid 188/2019, de 22 de julio.

<sup>15</sup> Los bien conocidos casos de conserjes de fincas urbanas (STS de 25 de enero de 2000, rec. 582/1999). Más similar y reciente es el caso de traductores/as, en el que sí había una cierta admisión general de sustituibilidad por parte de la empresa (STS de 16 de noviembre de 2017, rec. 2806/2015).

en el caso menos drástico, acudiendo a la figura del contrato de grupo o «el auxiliar asociado» (tan caídas en desuso) y en el más traumático (y, de considerar que *el/la rider* es en realidad una persona trabajadora por cuenta propia o autónoma) en una suerte de minicontratación laboral para ceder a una tercera persona que debiera ser considerada ilegal. Además, si la persona repartidora no acepta sus encargos de forma un tanto reiterada, corre el riesgo de perder puntos en su valoración algorítmica y, como consecuencia, perder futuros encargos<sup>16</sup>; esta es, sin duda, una forma de control que muestra a las claras, como concluyen las sentencias mencionadas, que, en este caso concreto, concurren las nada obsoletas notas de ajenidad y dependencia definitorias de la relación laboral ex artículo 1 del ET.

En fin, que haciendo gala del criterio fundamental y omnicompreensivo mantenido por la jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS, las sentencias de instancia ahora comentadas concluyen que:

[...] se prestan servicios personales, insertos en una organización empresarial a la que pertenecen los medios de producción, la plataforma digital Deliveroo, conforme a los criterios y repartos que la misma establece y asigna, percibiendo la remuneración, asimismo, fijada por la empresa [...] concurrendo los requisitos del art. 1 ET y debiendo desplegar la plenitud de sus efectos la presunción de laboralidad del art. 8 ET<sup>17</sup>.

Bajo el análisis de las circunstancias descritas (hechos probados de las sentencias citadas que, en no pocos casos y en buena medida, derivan de aquellos incorporados con presunción de veracidad al acta de la Inspección de Trabajo que dio origen al procedimiento de oficio), cabe concluir que resultan acertados los pronunciamientos judiciales ahora comentados, pues pesa más en este caso, sin duda, el lado de la balanza en el que se encuentran los indicios a favor de la laboralidad de la relación de los/las *rider*s de Deliveroo (Álvarez Cuesta, 2018).

**2.1.2.** Un segundo supuesto que merece atención es el relativo a la saga Glovo, empresa implantada en diferentes países que tiene como objeto social la explotación de aplicaciones informáticas de servicios de recadero con facultad de adquisición de bienes por cuenta ajena. Su principal actividad es el desarrollo y gestión de plataformas informáticas mediante las cuales, a través de una aplicación móvil o página web, se permite a comercios locales ofertar

<sup>16</sup> Riesgo de que «no le vuelvan a llamar» que fue visibilizado por la jurisprudencia en el célebre supuesto en el que se pronunció sobre la laboralidad de traductores/as (STS de 16 de noviembre de 2017, rec. 2806/2015).

<sup>17</sup> Así se recoge, de forma más o menos uniforme, en las SSJS número 6 de Valencia de 1 de junio de 2018 (proc. núm. 633/2017), número 5 de Valencia de 10 de junio de 2019 (proc. núm. 3711/2018) y número 19 de Madrid 188/2019, de 22 de julio).

sus productos a través de la aplicación y, en su caso, si las personas consumidoras finales así lo solicitan, intermediar en el transporte y entrega de los productos a la clientela final.

La actividad que realizan los/las *riders* se gestiona a través de la *app* de la empresa, y las comunicaciones entre las partes se realizan mediante correo electrónico. Quien hace el recado, previa reserva de la franja horaria en la que se desea trabajar, activa la posición de autoasignación (disponible) en su teléfono móvil y a partir de entonces comienzan a entrarle pedidos (*slots*) acordes con su franja y zona geográfica. El repartidor o la repartidora tenía que aceptar el pedido, pudiendo hacerlo de forma automática o manual, y, en principio, podía rechazarlo sin penalización, incluso aun cuando ya se encontrara en ejecución, siendo reasignado a otra persona repartidora, aun cuando si un/una *riders* está más de 3 meses sin aceptar servicios, la empresa puede decidir bajarla de categoría.

Una vez aceptado el pedido, la persona repartidora debe llevarlo a cabo en la forma exigida por la persona cliente, entrando en contacto con esta de forma directa para las posibles dudas que pudieran surgir y los detalles relativos a la entrega. El sistema de asignación de pedidos es automático y se realiza telemáticamente por el algoritmo de Glovo, siguiendo una función de coste-beneficio que busca la mejor combinación que minimice la suma de costes.

El sistema de cobro de los servicios se realiza con periodicidad quincenal, girando el/la *riders* a la empresa la factura (que previamente la empresa había confeccionado y remitido al repartidor/a para que verificase su corrección) de los servicios realizados en cada periodo junto con el IVA correspondiente, efectuando la entidad una transferencia bancaria por la cantidad correspondiente.

La empresa tiene establecido un sistema de puntuación de las personas repartidoras en tres categorías: principiante/júnior/sénior. También utiliza un sistema de *ranking* que se nutre de tres factores: la valoración de la persona cliente final, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda, denominadas por la empresa «horas diamante». Las personas repartidoras que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando. Los/las *riders* tienen derecho a interrumpir su actividad durante 18 días hábiles al año, consensuando ambas partes el periodo de su disfrute y no están obligadas a justificar sus ausencias del servicio ante la empresa, debiendo solo comunicarlas con antelación. Tampoco existe pacto de exclusividad, teniendo quien reparte libertad para contratar con terceras personas la realización de cualquier clase de actividad con el único límite de respetar el porcentaje de sus ingresos para seguir ostentando la condición de TRADE.

El/la *riders* asume la responsabilidad del buen fin del servicio (cobrándolo solo si lo termina a satisfacción de la persona cliente), y frente a la persona usuaria (cliente final) por los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte, pero si tiene que comprar productos para el usuario, utiliza una tarjeta de crédito facilitada por Glovo. Mientras la persona trabajadora realiza su actividad está permanentemente

localizada a través de un geolocalizador GPS con el que se registran los kilómetros que recorre en cada servicio, pudiendo elegir libremente la ruta a seguir hasta cada destino. Para el ejercicio de su actividad, utiliza una moto y un teléfono móvil de su propiedad, asumiendo todos los gastos inherentes a su uso.

Bajo tales circunstancias fácticas, hay varios pronunciamientos de instancia que han concluido la laboralidad de la relación, mereciendo distinguirse dos supuestos diferentes: de un lado, una primera sentencia, previa apreciación de la laboralidad, entiende que el despido lesiona los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de huelga (pues la baja del repartidor en la aplicación se debió a su participación activa en un paro convocado por las personas repartidoras que prestaban servicios para Globo; cuestión esta de sumo interés, pero que queda extramuros del objeto del presente ensayo) y declara su nulidad, con la pertinente condena a la readmisión automática del trabajador ex artículo 113 de la LRJS.

De otro, cabe dar cuenta de cómo diversos pronunciamientos han llegado a la consideración de que la relación de las personas repartidoras es laboral, pero, ante la mera ausencia de causa de la extinción contractual, se declara el despido improcedente, con la consabida opción entre la readmisión o la indemnización, mostrándose entonces un problema adicional a esos casos de flagrante precariedad: que si no es posible reconducir la extinción hacia algún tipo de lesión de derechos fundamentales, la cuantía indemnizatoria (en estos microempleos) será tan ridícula como para permitir hablar de un despido semilibre<sup>18</sup>.

Algo que, por cierto, pudiera llevar a reflexionar sobre si el sistema (legal y tasado) de cálculo de la indemnización del despido improcedente en nuestro sistema (que vincula su cuantía de forma directa a la antigüedad que ostentaba el trabajador, la conocida fórmula «días de salario por año de servicio») resulta verdaderamente eficaz en el nuevo contexto sociolaboral, en el que los vínculos laborales no son tan estables como en el pasado, algo que perjudica, sobre todo, a las personas trabajadoras más jóvenes (Tascón López, 2015, p. 75).

Los pronunciamientos de instancia que se han mostrado favorables a la laboralidad de esta relación han incidido en que «el repartidor no interviene en la conformación del contenido del contrato, limitándose a asentir las condiciones impuestas de contrario, lo que demuestra la inicial posición de desigualdad entre partes desde la que la relación ha quedado conformada». Las instrucciones sobre cómo han de gestionarse los pedidos y repartos, así como otros factores (autorización de cesión de datos a terceras personas, jornada máxima

---

<sup>18</sup> En efecto, cuando los periodos de servicio son pequeños y las cantidades con las que han sido retribuidos los/las *riders* son pequeñas, las indemnizaciones son ridículas, alcanzando apenas unos cientos de euros que en modo alguno disuaden a la empresa de su decisión de extinguir el contrato de trabajo. *Vid.* SSJS número 1 de Madrid de 3 y 4 de abril de 2019 (procs. núms. 946/2018 y 128/2019). Igualmente, la SJS número 1 de Gijón de 20 de febrero de 2019 (proc. núm. 61/2019).

de 40 horas...) muestran ya desde el inicio «la sumisión» de la persona trabajadora (SJS núm. 33 de Madrid de 11 de enero de 2019, proc. núm. 1214/2018).

Además, es destacado que es la propia Glovo quien entrega las cantidades a la persona repartidora, ya que, aun cuando la empresa alega que a quien reparte le paga la persona cliente final, ese coste (que se calcula conforme a parámetros que fija la propia entidad en función del tiempo y la distancia estimados para llevar a cabo el servicio) simplemente se repercute a quien es cliente final, pero luego se le abona a la persona trabajadora cada semana, mediante facturas que elabora la propia empresa y luego le entrega al/a la *rider* para que revise que la liquidación es correcta (SSJS núm. 1 de Madrid de 3 y 4 de abril de 2019, procs. núms. 946/2018 y 128/2019; igualmente, la SJS núm. 1 de Gijón de 20 de febrero de 2019, proc. núm. 61/2019).

Por otro lado, y esta quizá sea la reflexión más interesante, para valorar correctamente la nota de dependencia en conjunción con las cotas de libertad concedidas al repartidor/a (posibilidad de rechazar pedidos, elegir franja horaria...) es menester razonar que dicha situación no ha de ser valorada «con la vista puesta en el trabajo del siglo XX, sino atendiendo a cómo ahora con las plataformas digitales y demás herramientas diseñadas por las TIC se trabaja en el siglo XXI». Así, este tipo de prestaciones constituyen una nueva forma de trabajo, denominada «a demanda», que permite a la persona titular de la empresa aparentar que realiza un encargo puntual a una persona que, en realidad, está a su disposición durante una franja horaria amplia (y de forma simultánea a otras muchas, con lo cual con el rechazo de un pedido entra en acción otra persona sin condicionar en modo alguno la actividad empresarial) y gracias a esa aparente flexibilidad puede cohonestar esta microactividad con otros intereses (como estudios, atención a la familia, etc.).

Así las cosas:

[...] la inviabilidad para el repartidor de que, con sus medios (un teléfono móvil y una motocicleta) y desvinculado de la plataforma (verdadero instrumento productivo), pueda llevar a cabo una actividad económica propia, conecta con la otra nota que califica como laboral la relación contractual: la ajenidad [...] desde el momento en que la microtarea se acepta, Glovo la asume como propia y responde de ella frente a proveedores y clientes y, aun cuando en el contrato consta que el repartidor asume la responsabilidad frente al cliente final, no consta que esto se haya llegado a producir en la práctica [...] y, en todo caso, se constituye como intermediario imprescindible entre la tarea del repartidor y su destinatario final (SJS núm. 33 de Madrid de 11 de enero de 2019, proc. núm. 1214/2018).

Baste dar cuenta para rematar esta cuestión de que, cuando por primera vez un TSJ se ha visto abocado a resolver recursos de suplicación contra un pronunciamiento de instancia que había reconocido la laboralidad de una persona repartidora de Glovo, ha confirmado la sentencia, validando los argumentos esgrimidos por los JS que ya han sido comentados (STSJ de Asturias de 25 de julio de 2019, rec. 1143/2019).

2.1.3. Un tercer supuesto digno de mención por la presencia de pronunciamientos judiciales sobre el particular es el relativo a la plataforma Take Eat Easy, empresa de reparto de comida a domicilio de origen belga que inició su andadura en España en el año 2015. La vinculación entre los/las *riders* y la entidad suele ser por periodos de 4 horas diarias, en los que se tiene que estar en conexión con la *app* para atender a los encargos de comida que realice la clientela de la plataforma.

Planteada la laboralidad de dichas personas, el juzgado de instancia llamado a valorar la reconoció que concurrían las notas definitorias de la relación laboral y que, además, se trataba de un servicio accesorio a la actividad de restauración que caía dentro del ámbito de aplicación del Convenio colectivo de restauración (SJS núm. 13 de Barcelona de 29 de mayo de 2018, proc. núm. 213/2018).

## 2.2. Supuestos de instancia en los que se ha considerado que la prestación de servicios a través de plataformas digitales presenta una naturaleza distinta a la laboral: el infierno de la precariedad tiene distintos niveles

Como ya se ha advertido en las páginas precedentes, entre las sentencias que integran la saga Glovo, junto con ejemplos, ya comentados, en los que fue apreciada la laboralidad de los/las *riders*, existen otros en los que la sentencia de instancia correspondiente apreció que se trataba de verdaderas personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas, aun cuando con el matiz de que, dadas las circunstancias, podían ser consideradas TRADE<sup>19</sup>.

Los argumentos utilizados, con resultar chocantes en el caso presente (de tan evidente precariedad para los sujetos afectados), no pueden desde luego ser despreciados sin más y merecen un análisis riguroso. En cuanto a la dependencia hace, estos pronunciamientos no aprecian la concurrencia de esa nota, al considerar que el *rider* carece en absoluto de jornada y horario (decide la franja horaria en la que desea trabajar, elige los pedidos que le interesan y rechaza los que no quiere, decide con libertad la ruta a seguir hasta cada destino, no tiene obligación de comenzar o finalizar su jornada en una determinada hora, la empresa no le impone la clase o número de pedidos que tiene que hacer ni la ruta para llevarlos a cabo, el pedido se realiza siguiendo las instrucciones dadas por la persona cliente

<sup>19</sup> Esta circunstancia del trabajo económicamente dependiente se presenta como consecuencia de la confluencia de dos factores: primero, que los/las *riders* no tenían pacto de exclusividad y, por tanto, podrían trabajar para otras empresas; y, segundo, que en el caso concreto no lo hacían, facturando por tanto la totalidad de sus servicios a la plataforma Glovo. *Vid.* SSJS número 39 de Madrid de 3 de septiembre de 2018 (proc. núm. 1353/2017), número 17 de Madrid de 11 de enero de 2019 (proc. núm. 1214/2018), número 24 de Barcelona de 29 de mayo de 2019 (proc. núm. 134/2019) y número 1 de Salamanca de 14 de junio de 2019 (proc. núm. 215/2019).

final, entrando el repartidor en contacto directo con la clientela una vez aceptado el pedido y decide el cómo, el dónde y el cuándo de la prestación de servicios, tiene el dominio completo de su actividad y puede incluso desistir de un servicio previamente aceptado a mitad de ejecución sin sufrir por ello penalización alguna).

Es más, según este criterio, la empresa no tiene poder disciplinario más allá del desistimiento del propio contrato en el caso de que no se realizaran servicios (elemento consustancial a cualquier contrato bilateral) y de una pequeña «penalización» en su puntuación. La inexistencia de poder disciplinario es consecuencia de la capacidad de autoorganización de la persona trabajadora, no pudiendo la empresa imponer sanciones por la falta de aceptación de pedidos, la forma de realización de los mismos o el abandono de un pedido previamente aceptado.

Además, si bien existe una geolocalización permanente durante la ejecución de los encargos, no se considera un instrumento de control empresarial, sino la forma de contabilizar el kilometraje para su posterior abono en la factura siguiente. En cuanto hace al sistema de puntuación, tampoco lo califica como instrumento de control o sanción de la persona empleadora, ya que sirve para regular la preferencia de acceso a pedidos. Conforme a este punto de vista, el repartidor/a con más puntos tiene más posibilidades de quedarse con los pedidos que escoja, pero esto no equivale a sancionar a la persona menos puntuada, ya que premiar a unas por la superior calidad o cantidad de trabajo no equivale a castigar a las demás, siempre que le sigan entrando pedidos y pueda seguir trabajando con normalidad, como así sucede. El hecho de que se acumulen más puntos por prestar servicios en horas de mayor demanda (horas diamante) no es una sanción, sino un incentivo, no debiéndose confundir un concepto con otro<sup>20</sup>. El contrato contempla un solo supuesto de sanción para el caso de que el repartidor/a no esté operativo dentro de la franja horaria que previamente ha reservado, en cuyo caso se le rebaja 0,3 puntos. Si acredita que la no disponibilidad obedece a enfermedad u otra causa justificada, no sufre penalización.

Además, la persona trabajadora no tiene que justificar sus ausencias, solo comunicarlas a la empresa. Tampoco decide la empresa los días de descanso de la persona trabajadora, que son elegidos por esta. Se alega que, si descansa sábados y domingos, su puntuación desciende, pero esto no se ha demostrado, recordándose que premiar el trabajo en domingo o festivo (cosa por otra parte habitual) no equivale a penalizar a quien descansa esos días.

Por lo que se refiere a la ajenidad, esta línea de pronunciamientos de instancia considera que el repartidor/a asume el riesgo y ventura de cada pedido y responde del mismo frente a la clientela, que también es quien puntúa su trabajo. Por tanto, no cabe apreciar

<sup>20</sup> Desde luego, tal postulado es difícil de asumir, por cuanto el control no tiene por qué realizarse únicamente a efectos de sanciones, sino a cualesquiera otros que, de forma lógica y normal, se deriven de la relación laboral (Ginès i Fabrellas, 2018).

sometimiento de la persona trabajadora a una estructura organizativa interna de la empresa, que «solo» decide las tarifas con que abonará los servicios, el lugar de prestación de los mismos, y la herramienta a través de la cual oferta los «recados», el programa informático que busca minimizar la suma de costes; notas que considera compatibles con la prestación de trabajo en régimen de TRADE, que permite que la clientela proporcione ciertas indicaciones técnicas a la persona profesional contratada y señalar el precio de los servicios.

Estos pronunciamientos otorgan relevancia, como indicio de la ausencia de ajenidad, a que las principales herramientas de trabajo (moto y teléfono móvil) pertenecen a la persona trabajadora. Como se ha dicho, este planteamiento resulta endeble, habida cuenta de que se trata de instrumentos de escasa relevancia económica. Estas nuevas formas de organización del trabajo hacen que la asunción de costes o la utilización de medios propios pierdan importancia como indicios de ausencia o presencia de ajenidad. El riesgo y ventura de la actividad se muestra en la asunción por la plataforma de la infraestructura técnica y de la gestión y la protección de los datos de la clientela, los cuales utilizan para crear el algoritmo de asignación de tareas.

Por tanto, cabe formular la crítica de que, si la plataforma establece la tarifa del servicio y la cuantía que debe asignarse a quien lo presta, la capacidad de estos para «influir en el nivel de ganancia (aparte de trabajar más horas) es prácticamente inexistente»; y no puede decirse que ostenten un «control empresarial» sobre las decisiones comerciales»; esto es, un lucro específico (Serrano Olivares, 2017).

Por otro lado, los órganos de instancia se refieren a que el repartidor/a recibe una remuneración distinta cada mes, en función de los servicios que realice, así como de los kilómetros y tiempos de espera que se vea obligado a soportar. Además, la empresa se nutre financieramente de los acuerdos comerciales concertados con los establecimientos locales a los que realiza las labores de reparto, siendo el servicio a la persona cliente final una suerte de servicio técnico accesorio.

Desde luego, cuando las percepciones económicas que recibe la persona prestadora de un servicio son meramente marginales, o simples compensaciones de gastos por los costes soportados al realizar una actividad (Cavas Martínez, 2017, p. 40), no existe la retribución profesional que demanda el artículo 1 del ET. Ahora bien, esta categorización no obsta para que dichas percepciones puedan ser variables en función de elementos propios de la prestación de servicios; de hecho, en el universo laboral hoy la retribución variable es la norma, y un sueldo fijo y estable la excepción.

Sea como fuere, bajo todos los argumentos apuntados, los pronunciamientos de instancia citados consideran que las personas repartidoras de Glovo son en realidad personas trabajadoras autónomas, si bien ha de serles reconocida la condición de TRADE, pues en los casos concretos reúnen los requisitos exigidos para ello en los artículos 11 y siguientes de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo. En este sentido

hay que aclarar que podrían no reunirlos, pues no existe pacto de exclusividad y cabe que presten servicios para otras empresas o plataformas (incluso de la competencia de Glovo), pudiendo llegar a no tener un 75 % de su actividad con la plataforma. Pero en los casos analizados no es así, debiendo entonces reconocerse al/a la *rider* los derechos que le son propios a tal condición, en concreto un descanso mínimo anual de 18 días, conforme a lo previsto en el artículo 14 de la mentada ley.

### 2.3. El viaje hacia la uniformidad efectuado por los pronunciamientos de suplicación: los/las *riders* son personas trabajadoras por cuenta ajena

Como era lógico, los asuntos de instancia que se han ido comentando páginas atrás han llegado, en ocasiones, a los TSJ por la vía del recurso de suplicación. En este nivel, es posible detectar una clara línea de tendencia que permite afirmar que los/las *riders* (de las distintas plataformas) merecen la consideración de personas trabajadoras por cuenta ajena a todos los efectos.

Respecto a la saga Deliveroo, es necesario dar cuenta de cómo uno de los pronunciamientos de instancia ya comentado que había reconocido la laboralidad de la prestación fue objeto de recurso de suplicación y, a juicio del TSJ encargado de resolverlo, el pronunciamiento no mereció revocación; antes al contrario, fue confirmado en todos sus términos, aceptando los argumentos que se han desglosado y que concluyen con la laboralidad de los/las *riders* de Deliveroo<sup>21</sup>.

Por cuanto hace a la saga Glovo, cabe dar cuenta de que cuando por primera vez un TSJ se vio abocado a resolver un recurso de suplicación contra un pronunciamiento de instancia que había determinado el carácter de autónomo (TRADE) de un repartidor de Glovo, ha confirmado la sentencia, validando los argumentos esgrimidos por el JS que ya han sido comentados<sup>22</sup>.

Sin embargo, salvo ese caso aislado de confirmación, en líneas generales puede decirse que este criterio tendente a negar la laboralidad de los/las *riders* de Glovo ha sido severamente corregido por los TSJ. Así, otro pronunciamiento de suplicación más reciente (y del mismo TSJ, con el componente adicional de que fue dictado en sesión plenaria, para tratar de evitar así divergencias futuras en el marco del propio tribunal) ha revocado en parte una de las sentencias de instancia comentadas y ha fallado a favor de la laboralidad de los/las *riders* de

<sup>21</sup> STSJ de Madrid de 17 de enero de 2020 (rec. 1323/2019), que, resolviendo el pertinente recurso de suplicación, confirma la SJS número 19 de Madrid 188/2019, de 22 de julio.

<sup>22</sup> Es interesante hacer constar que, en este caso, la decisión no fue adoptada por el Pleno del TSJ, algo que sirve para entender la opinión aislada que plasma este pronunciamiento (STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2019, rec. 195/2019).

Glovo, por considerar que concurren plenamente las notas definitorias de la relación laboral exigidas en el artículo 1 del ET.

A criterio de este importante pronunciamiento:

[...] no es posible hablar en este caso de autoorganización, sino de prestación de servicios hetero-organizados, y dirigidos por una empresa que los recibe y se beneficia de ellos [por lo cual] afirmaciones tales como que el trabajador goza de libertad de horario e, incluso, que puede rechazar libremente un encargo que le haya sido asignado por la aplicación informática, han de valorarse desde la relatividad que resulta de las condiciones reales que la empresa impone para su prestación de servicios (STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2019, rec. 588/2019<sup>23</sup>).

De igual modo, otros recentísimos pronunciamientos de suplicación de diversos TSJ han llegado a conclusión similar, revocando las sentencias previas de los juzgados de instancia y aceptando la tesis conforme a la cual en el caso de los/las *riders* que prestan servicios a través de Glovo concurren las notas exigidas en el artículo 1 del ET y, por tanto, son en realidad personas trabajadoras por cuenta ajena<sup>24</sup>.

En estos casos se ha puesto de manifiesto (en línea con el tantas veces comentado nuevo entendimiento jurisprudencial de las notas de la ajenidad y dependencia) que:

[...] la plataforma es quien contacta con los clientes, es la que fija los precios y lo que a la postre va a recibir el repartidor. Este va identificado con elementos externos como operario de la plataforma. La plataforma organiza el trabajo mediante algoritmos que no son neutros [...] y, por tanto, concurre, en suma, una situación de dependencia, pues es evidente que la mera imagen es la que identifica a los prestadores de servicio (STSJ de Castilla y León/Valladolid de 16 de febrero de 2020, rec. 2253/2019).

Y, en cuanto hace a la ajenidad:

[...] quien trabaja por cuenta ajena no trabaja según sus propias libres decisiones, sino que lo hace siguiendo las instrucciones de aquel para quien se trabaja [...] que no haya horario, ni jornada, ni régimen de permisos, ni vacaciones fijadas no significa mucho, pues estos no son elementos determinantes del contrato de

<sup>23</sup> Sentencia que, resolviendo el pertinente recurso de suplicación, revoca la ya citada SJS número 17 de Madrid de 11 de enero de 2019 (proc. núm. 1214/2018).

<sup>24</sup> SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 16 de febrero de 2020 (rec. 2253/2019), la cual, resolviendo el pertinente recurso de suplicación, revoca la ya citada SJS número 1 de Salamanca de 14 de junio de 2019 (proc. núm. 215/2019); y Cataluña de 21 de febrero de 2020 (rec. 5613/2019), la cual, a su vez, revoca la ya citada SJS número 24 de Barcelona de 29 de mayo de 2019 (proc. núm. 134/2019).

trabajo, sino consecuencias de la regulación jurídica de este tipo de contratos que pueden servir como indicios, pero que no son determinantes [...], ya que no es en absoluto desconocida la existencia de relaciones laborales con retribuciones irregulares, sin horarios preestablecidos o sin uniforme (STSJ de Cataluña de 21 de febrero de 2020, rec. 5613/2019).

Algo crucial es el dato de que la titular de la aplicación, que es la «herramienta esencial» y la «base del negocio» para llevar a cabo la actividad, es la empresa, destacándose que la clientela no puede acceder al espacio de los repartidores/as, ni los repartidores/as al de las personas usuarias, lo que muestra a las claras quién es la organizadora del servicio en el mercado (SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 16 de febrero de 2020, rec. 2253/2019, o Cataluña de 21 de febrero de 2020, rec. 5613/2019).

Igualmente, es un dato relevante que la pretendida autonomía del/de la *rider* es más teórica que real, por cuanto que, si bien los repartidores/as pueden elegir las franjas horarias que les resulten más interesantes, la efectiva inclusión en las franjas más apetecibles está vinculada a un sistema de evaluaciones y valoraciones algorítmicas que deviene en un verdadero sistema de control de la persona trabajadora (SSTSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2019, rec. 588/2019, y Cataluña de 21 de febrero de 2020, rec. 5613/2019).

En definitiva, la mayor parte de los pronunciamientos de instancia que habían considerado que las personas repartidoras de plataformas digitales no eran verdaderas personas trabajadoras por cuenta ajena han encontrado oportuna corrección a través de los recursos de suplicación ejercitados ante los correspondientes TSJ. Sin duda, esta solución es la más fiel a la jurisprudencia última del TS (a la que ya se ha hecho referencia), por lo que la «bipolaridad», al menos en cuanto hace a las personas repartidoras al servicio de las grandes *apps* de reparto, ha quedado oportunamente eliminada.

## 2.4. La solución ¿final? dada por la jurisprudencia unificada a favor de la laboralidad de las personas trabajadoras de plataformas

De forma casi coetánea a la entrega del presente ensayo a la editorial, el TS ha resuelto un recurso de casación para unificación de doctrina en el que, revocando la respuesta aislada que había quedado bailando del TSJ de Madrid, considera que los/las *riders* de Glovo son verdaderas personas trabajadoras por cuenta ajena (STS de 23 de septiembre de 2020, rec. 4746/2019).

Encuentra así su culminación el viaje hacia la uniformidad, del que se ha dado cuenta páginas atrás, iniciado por los órganos de suplicación, especialmente el propio TSJ de Madrid, cuando quiso sentar criterio al dictar una sentencia plenaria que sujetara a sus distintas secciones en futuros recursos (STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2019, rec. 588/2019).

Sin perjuicio de que con total seguridad la doctrina científica realizará una amplia labor de exégesis de tan esperado como importante pronunciamiento, las presentes líneas pueden servir de avanzadilla a las mejores y más extensas reflexiones que estén por llegar.

En dicho supuesto, la Sala Cuarta del TS rechaza elevar la cuestión prejudicial al TJUE (como había solicitado la empresa Glovo), en el entendimiento de que la doctrina existente sobre el particular es más que suficiente para resolver la peculiar situación que el asunto plantea en cuanto a la existencia de relación laboral, sin que existan dudas razonables en relación con la aplicación del derecho comunitario<sup>25</sup>, y estima el recurso (interpuesto contra la STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2019, rec. 195/2019, aquella nota discordante referida páginas atrás) bajo el inevitable argumento conforme al cual concurren las notas definitorias del contrato de trabajo, examinando en particular (y de forma extensa y acorde a los parámetros ya fijados en otras sentencias precedentes<sup>26</sup>) las de dependencia y ajenidad.

A juicio del máximo órgano jurisdiccional, Glovo:

[...] no es una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores, sino una empresa que presta servicios de recadería y mensajería fijando las condiciones esenciales para la prestación de dicho servicio y siendo además la titular de los activos esenciales (fundamentalmente la aplicación) para la realización de la mentada actividad.

Los/las *riders*, por su parte y a juicio del Alto Tribunal, «no cuentan con una mínima estructura empresarial» (más allá del teléfono móvil y la bici o motocicleta) y, además y como

---

<sup>25</sup> En este sentido, el Alto Tribunal se muestra seguro de que el Auto del TJUE de 22 de abril de 2020, asunto C-692/19, que había excluido la existencia de relación laboral entre un transportista y un servicio de paquetería, no impide a los tribunales nacionales considerar que sí existe verdadera relación laboral si, como ocurre en el caso analizado, la independencia es ficticia y no real.

A este respecto, es interesante recordar que el mentado pronunciamiento del máximo intérprete del derecho comunitario entendía que la relación entre las partes puede ser mercantil si se dan unos requisitos (que el contratista pueda rechazar encargos, que pueda atender también encargos de la competencia de la empresa principal, que pueda subcontratar la tarea encomendada, que pueda fijar su propio horario de actividad dentro de unos ciertos parámetros, que cuente con estructura propia...), pero, como salvedad, el propio auto se refería a que dicha autonomía podía ser ficticia y no real, en cuyo caso dicha relación merecería ser calificada como laboral en virtud de la Directiva 2003/88, sobre determinados aspectos en la organización del tiempo de trabajo.

<sup>26</sup> Pues, en efecto y como ya ha sido comentado, el TS se ha mostrado proclive, en su jurisprudencia última sobre las notas definitorias de la relación laboral, a entender las notas de ajenidad y dependencia en un sentido actual y flexible, capaz de adaptarse a las nuevas realidades en las que, sin existir una relación laboral clásica, al aparecer desdibujadas las condiciones de tiempo y lugar de trabajo, no obstante se observaba una clara actividad rectora por parte de la entidad y una apariencia organizativa de cara al mercado y en la gestión del riesgo y el lucro empresarial. Así, SSTS de 16 de noviembre de 2017 (rec. 2806/2015) y 8 de febrero de 2018 (rec. 3389/2015).

criterio determinante, «se encuentran plenamente insertos en el ámbito rector y organizativo del verdadero empleador».

En fin, circunstancias tales como que la prestación de servicios se lleve a cabo bajo una marca ajena claramente identificable, que se produzca la utilización de la plataforma digital al margen de la cual no es posible la prestación del servicio, que sea la empresa quien toma todas las decisiones de índole comercial o que el/la *rider* quede sometido al sistema de puntuación elaborado por la empresa para la valoración del servicio juegan como indicios favorables que, amén de la presunción de laboralidad del artículo 8 del ET, hacen que deba considerarse la existencia de una verdadera relación laboral.

Desde luego, con unas premisas tales como, de un lado, la propia jurisprudencia de la Sala Cuarta sobre el entendimiento flexible de la ajenidad y dependencia en los albores del nuevo milenio y, de otro, la casi total uniformidad alcanzada en los tribunales de suplicación, la respuesta del máximo órgano de la jurisdicción social no puede decirse que haya sido ni mucho menos una sorpresa.

Con todo, quien este estudio firma considera (como se expondrá con mayor detalle en la reflexión final) que ni siquiera una sentencia que unifica doctrina va a poner punto y final al debate existente sobre las personas prestadoras de servicios a través de plataformas digitales: cada *app* es diferente y establece unas condiciones propias que, además, pueden ser modificadas con el tiempo, lo que forzará a una continua aplicación de conceptos en los que, sin grandes divergencias, todos los laboristas y las laboristas seguramente estén de acuerdo, pero que aplicados a cada caso concreto (en un elenco tremendamente heterogéneo) podrán producir resultados diversos (en función de las circunstancias concurrentes, hechos probados, etc.) que, a veces, serán sorprendentes y otras veces encajarán en lo previsible.

Desde luego, en un caso tan evidente como el de las personas repartidoras, la opción por la laboralidad era justa y necesaria para tratar de proteger a quienes se encuentran en una situación de precariedad muy acusada; pero, desde luego, la casuística de las plataformas digitales es y será tan rica que no puede decirse que todos los casos merezcan una misma y uniforme respuesta, aunque sí que serán resueltos con unos criterios claros y consolidados en la jurisprudencia y la praxis de los tribunales laborales.

### **3. Reflexión doctrinal sobre la posible solución jurídico-laboral al complejo entramado de problemas derivados de la economía de plataformas: del Caribdis de una nueva regulación laboral especial al Escila de la permanente casuística**

Como las presentes páginas han tratado de poner de manifiesto, la problemática que orbita en rededor de la prestación de servicios en plataformas digitales es una historia

inacabada y, quizá y dada la potencial y proteica cantidad de ellas llamadas a operar en el presente o futuro inmediato, acabe por convertirse en interminable.

En efecto, por mucho que el supuesto de hecho concreto de una plataforma haya podido ser resuelto, incluso por los órganos jurisdiccionales del máximo rango (como ha hecho respecto a las personas trabajadoras de Glovo la recentísima STS de 23 de septiembre de 2020, rec. 4746/2019), y quede claro que en dicho caso concreto las personas que prestan servicios en esa plataforma son (o no) verdaderas personas trabajadoras (como ha ocurrido, a través del proceso descrito páginas atrás con los/las *riders*, a la vista de los pronunciamientos de duplicación y unificación de doctrina comentados), nada impedirá que aparezcan nuevas plataformas, con condiciones distintas en las que surjan dudas renovadas y razonables y acaben por convertirse en situaciones litigiosas (Álvarez Cuesta, 2018), donde, nuevamente, será menester efectuar un juicio casuístico para ponderar, indiciariamente, si concurren las notas exigidas por el artículo 1 del ET (Cavas Martínez, 2017, p. 40).

Ítem más, resulta posible (y los movimientos en los clausulados de las condiciones de prestación de servicios en Deliveroo o Glovo son buena muestra de ello) que incluso una plataforma que haya sido condenada a reconocer la laboralidad de las personas que hasta ese momento prestaban servicios a su través decida modificar las condiciones, concediendo un mayor grado de libertad, autonomía e independencia a aquellas con el objeto de eludir la aplicación del ordenamiento laboral; lo cual, empero, provoca otro problema de no menor enjundia respecto a cómo habrían de darse por extinguidas las (por sentencia declaradas) relaciones laborales preexistentes y transitar hacia ese nuevo régimen jurídico de verdaderas personas trabajadoras autónomas: con seguridad, todo lo que no fuera una extinción formalizada y debidamente indemnizada merecería la calificación de despido improcedente, pero, desde luego, la hipótesis está sujeta a múltiples conjeturas que el presente discurso apenas puede si insinuar: tramitación de un despido colectivo que tratara de dar carpetazo (¿fraudulento?) a la situación anterior y que dejara expedito el camino hacia un nuevo régimen extralaboral que respondiera, esta vez sí, a patrones extraños a los contenidos en el artículo 1 del ET.

Esta condena al casuismo ha llevado a que surjan ciertas voces que reclamen la elaboración de una especie de relación laboral especial para aquellas personas que prestan servicios a través de plataformas digitales (o, cuando menos, una regulación especial de las personas trabajadoras «a demanda», conforme al artículo 11 de la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles<sup>27</sup>), tratando de proporcionar una protección jurídica unificada y de naturaleza

<sup>27</sup> Conforme a dicho precepto:

Si los Estados miembros autorizan el uso de contratos de trabajo a demanda o similares, adoptarán una o varias de las siguientes medidas para evitar prácticas abusivas:

a) limitaciones en el uso y duración de los contratos a demanda o contratos laborales similares;

indubitablemente laboral, aun cuando especial, que, seguramente (y como suele ser norma cuando se trata de relaciones laborales de esta índole), estuviera por encima de la precariedad estructural de quien se ve forzado/a a actuar como autónomo/a sin unos mínimos medios de organización empresarial, pero por debajo de la plena protección laboral que proporciona la regulación general concedida a las verdaderas personas trabajadoras por el ET (Sachs, 2015).

Es conocido aquel pasaje del poema homérico en el que la maga Circe aconseja a Odisseo que, entre la devastación total que proporciona la succión de Caribdis y el desastre parcial de Escila (que en cada ataque solo podía atrapar a seis de los esforzados compañeros del héroe «rico en ardidess»), escoja dirigir su barco hacia la orilla de este último y transitar lo más rápido que le resultara posible el estrecho que ambos monstruos marinos asolan.

En efecto, cuando todas las soluciones en presencia plantean inconvenientes o no resultan plenamente satisfactorias, hay que optar por el mal menor; y, en el caso de la prestación de servicios a través de plataformas, como en el dilema homérico, es mejor sufrir algunas bajas en forma de demandas de laboralidad desestimadas respecto a plataformas digitales concretas (personas prestadoras de servicios que, entonces, deberán sufrir la mayor precariedad de una relación mercantilizada) que aceptar desde el principio y por la vía de una relación laboral especial la precariedad (o, al menos, el menor nivel de protección laboral) que suele ir acompañada a la regulación propia de las relaciones laborales especiales.

Además, resulta preciso admitir que el hecho aglutinante que dota de uniformidad a ciertas personas trabajadoras como para hacerlas merecedoras de una regulación laboral especial resulta, en este caso, difuso: la mera circunstancia de prestar servicios en una plataforma digital no es más que un mínimo común que difícilmente homogeneiza las prestaciones de servicios habidas en sus, por definición, muy variables condiciones, ámbitos y circunstancias.

Es cierto (y quizá este dato haya llevado a que la conciencia social reclame la consideración de las personas afectadas como verdaderas trabajadoras por cuenta ajena) que los asuntos que han llegado a los tribunales son aquellos en los que la desprotección de las personas prestadoras de servicios resulta más evidente (los/las tantas veces mencionados *riders*) y, en tales casos, es difícil negar su laboralidad (aunque, como se ha visto, hay pronunciamientos que han encontrado, de forma poco acertada a juicio de quien firma estas

- 
- b) una presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un periodo determinado;
  - c) otras medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de las prácticas abusivas.

En consecuencia, si se llega a la conclusión de que las personas prestadoras de servicios en plataformas digitales, o, al menos, algunas de ellas (pues, como se ha dicho, la tipología es y será variada), son verdaderas personas trabajadoras por cuenta ajena, habrá que adoptar estas medidas específicas (Lahera Forteza, 2019).

páginas, argumentos para hacerlo, aunque también ha de recordarse el severo correctivo que han sufrido dichas tesis en suplicación y, finalmente, en casación para unificación de doctrina).

No lo es menos que las posibilidades de prestación de servicios a través de plataformas digitales son tan proteicas que puede haber otras posibilidades en las que dicha precariedad no tenga cabida, antes al contrario, se trate de actividades muy sofisticadas y bien retribuidas en las que, además, se prime la independencia y autoorganización de la persona prestadora del servicio (que sería poco menos que una persona usuaria cualificada de la *app*) en las que quizá resultara más fácil entrever un carácter civil o mercantil<sup>28</sup>.

No resulta en absoluto baladí, en este sentido, hacer constar que los asuntos que han llegado a los tribunales responden a plataformas *on location* (esto es, que, aun cuando se contraten vía *app* a través de la web, la prestación requiere de la presencia física de la persona trabajadora/*rider*), pero que está abierto un ingente universo, apenas si explorado, de plataformas *online* (en las que casi todo trabajo puede hacerse de forma virtual y volcarse a la web) que seguramente eliminen la impresión de actividad puramente precaria que se puede obtener a partir del elenco de supuestos que se ha llegado a judicializar en España (Fernández Avilés y Peres Díaz, 2020, p. 230).

Por tanto, y como conclusión, no siempre que haya una prestación de servicios a través de plataformas (por muy valioso que sea el *know how* atribuible a este medio productivo) ha de proporcionarse la misma y unívoca respuesta, con lo cual la creación de una nueva relación laboral especial resulta, al menos a juicio de quien esto escribe, artificial y poco precisa.

Además, si se permitiera una devaluación de condiciones de trabajo, vía relación laboral especial, por el mero hecho de ser prestados los servicios a través de una plataforma, tal supondría de incentivo perverso para que empresas de sectores tradicionales iniciaran un proceso de transformación con el único propósito de obtener la ventaja competitiva ínsita a unas condiciones de trabajo menos gravosas para la entidad (Beltrán de Heredia, 2018, p. 52).

Será menester, en cada caso, analizar las circunstancias concretas de la prestación de servicios y valorar indiciariamente la concurrencia de las notas determinantes de la relación laboral ex artículo 1 del ET. Así está ocurriendo ya en la práctica de nuestros tribunales laborales (con resultados variopintos, como se ha podido comprobar, aun cuando con una línea sistémica en la que las excepciones no pueden empañar el magnífico papel tuitivo que llevan a cabo los tribunales laborales) y así deberá seguir ocurriendo, sin que el recurso a

---

<sup>28</sup> En algunos casos se puede encontrar una mayor similitud entre la actividad de la persona usuaria profesional de una *app* y los quehaceres propios de la franquicia tradicional (desempeñada por un auténtico empresario o empresaria con plena capacidad de autoorganización) que con la actividad típica de la persona trabajadora por cuenta ajena. Al respecto, *vid.* Guindo Morales (2020).

una pretendida regulación general del trabajo en plataformas (a veces anunciada desde los aledaños del poder) se antoje como una respuesta adecuada, dada la inmensa variedad de potenciales prestaciones realizables a través de plataformas.

La solución es y será el estudio del caso concreto, y ahí, desde luego, la sensibilidad social no ha de confundirse con el rigor jurídico, debiendo el/la iuslaboralista discernir en cada supuesto las circunstancias que resulten relevantes para la calificación (o no) como laboral de una prestación de servicios llevada a cabo a través de una plataforma o aplicación digital (García Quiñones, 2018).

Cosa distinta será que precisamente el trabajo en plataformas sea un perfecto laboratorio de ensayo para que aquellos órganos judiciales llamados a crear jurisprudencia continúen avanzando en la senda ya emprendida de revisión de las notas definitorias de la relación laboral. Así parece exigirse desde instituciones comunitarias<sup>29</sup> y nacionales<sup>30</sup> y, desde luego, profundizar en la flexibilización de los rasgos característicos de la ajenidad y la dependencia en los tiempos actuales resulta necesario para contribuir al apasionante reto que consiste en valorar cómo han de adaptarse las relaciones laborales a la revolución tecnológica que se está viviendo de forma imparable y acelerada en las últimas décadas (Cavas Martínez, 2017, p. 47).

En este sentido procederá parar mientes para ponderar cómo afecta el componente tecnológico (en el caso ahora enjuiciado, la plataforma) y los medios de materialización (entre otros, las condiciones establecidas normalmente de forma unilateral por la organización productiva) en la concreta prestación de servicios desarrollada (Mercader Uguina, 2017, pp. 98 y ss.).

Así, será menester admitir que la subordinación propia del contrato de trabajo, y su plasmación en las notas de ajenidad y dependencia, habrá de adquirir hoy unos perfiles menos estrictos que en el pasado, entendiendo que el ámbito rector empresarial actúa en círculos concéntricos, pero igualmente dignos de protección.

En este sentido, y como ya se ha dicho, la responsabilidad en el tratamiento de los datos necesarios para la prestación del servicio (Todolí Signes, 2018, p. 236), el control difuso pero cierto de la actividad –mediante algoritmos que premien o castiguen determinados

<sup>29</sup> Al considerar que «resulta imperativo redefinir el concepto de subordinación jurídica de cara a la dependencia económica de los trabajadores y garantizar su protección jurídica con independencia de los formatos que adopte la actividad» –Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité de las Regiones, «Una agenda europea para la economía colaborativa» (2016)–.

<sup>30</sup> En el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2018/2020 se incorpora un párrafo 88 conforme al cual resulta necesario «definir un procedimiento operativo de trabajo en relación con las empresas que operan a través de plataformas digitales».

aspectos de la actividad– (Ginès i Fabrellas y Gálvez Durán, 2016, p. 20), la elaboración de un historial digital –reputación digital capaz de mostrar nuevas formas de dependencia– (Mercader Uguina, 2017, p. 98) o la preeminencia de la marca en el desarrollo de la prestación del servicio (Fernández Avilés y Peres Díaz, 2020, p. 230) son nuevos indicios que deben entrar en esa ponderación casuística que permita distinguir si una determinada prestación de servicios es o no verdaderamente una prestación laboral.

En fin, que, de momento, y salvo mejores soluciones, las personas juristas del trabajo parecen abocadas a un eterno retorno a aquellos «mitos» fundacionales del derecho del trabajo (entiéndase aquí la referencia al «mito», por si duda hubiere, no como «narración maravillosa» o «ficticia», sino en el sentido propuesto por la tercera acepción que recoge el diccionario de la RAE: «cosa rodeada de extraordinaria admiración y estima»); a saber, la ponderación de las notas de la ajenidad y la dependencia como criterio determinante de la aplicación del ordenamiento jurídico laboral (con todas sus consecuencias, incluidas las sindicales y de Seguridad Social, aspectos sin duda de sumo interés en los que este breve ensayo no ha tenido siquiera oportunidad de entrar<sup>31</sup>) a una concreta prestación de servicios.

Dichas notas definitorias sirven aún de instrumento adecuado para marcar esa frontera de laboralidad, aun cuando, como es lógico, la utilización de dichos conceptos jurídicos ha de saber adaptarse a las nuevas realidades, flexibilizando su apreciación (como ya hace desde algún tiempo atrás la Sala Cuarta del TS y ha hecho de forma recentísima respecto al tantas veces comentado supuesto relativo al trabajo en plataformas) y, en fin y a la postre, descartando una aplicación rigorista que prive de la necesaria protección que dispensa el ordenamiento laboral a quien, por su situación de especial debilidad, verdaderamente la necesita. Pero, al tiempo, sin permitir la asimilación como laborales de prestaciones que no reúnan el mínimo común necesario, pues, entonces, como la falsa moneda, se corre el riesgo de que todas las relaciones de trabajo se vieran devaluadas como consecuencia de una tendencia a la aceptación inevitable de la precariedad como signo común de la relación laboral en los tiempos tecnológicos que ha tocado vivir.

---

<sup>31</sup> La vertiente sindical del trabajo en plataformas ha de jugar un papel estelar en la decantación de este fenómeno. Que sus reclamos no caigan en el olvido hará, sin duda, que este sector de actividad, llamado a crecer enormemente en los próximos años, pueda quedar sólidamente cimentado dentro de los linderos del ordenamiento laboral. Al respecto, Serrano García y Borelli (2017, p. 240).

## Referencias bibliográficas

- Aloisi, Antonio. (2016). Commoditized workers: case study research on labor law issues arising from a set of on demand/gig economy platforms. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 3(37), 650-675.
- Álvarez Cuesta, Henar. (2018). La lucha contra los «falsos autónomos» en la prestación de servicios vía app. El caso «Deliveroo». *Iuslabor*, 2, 280-293.
- Ballester Pastor, Inmaculada. (2018). La economía colaborativa del alquiler y la obligación de cotizar como autónomo: un debate abierto. En Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (Dirs.), *El trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado* (pp. 297-326). Thomson Reuters Aranzadi.
- Baylos Grau, Antonio Pedro. (2000). La «huida» del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaborización. En Manuel Ramón Alarcón Caracuel y María del Mar Mirón Hernández (Coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo: perspectiva multidisciplinar* (pp. 35-54). Marcial Pons.
- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. (2018). Economía de las plataformas (*platform economy*) y contrato de trabajo. *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social. Noves Tecnologies i relacions laborals*. Centre d'Estudis Jurídics y Formació Especialitzada/Generalitat de Catalunya.
- Casas Baamonde, María Emilia. (2015). El derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 7, 710-721.
- Cavas Martínez, Faustino. (2017). [Las prestaciones de servicios a través de plataformas informáticas de consumo colaborativo: un desafío para el derecho del trabajo](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 406, 23-55.
- Costa Reyes, Antonio. (2019). Economía colaborativa, plataformas digitales y derecho del trabajo. En Humberto Gonsálbez Pequeño (Dir.), *Régimen jurídico del consumo colaborativo* (pp. 261-307). Aranzadi Thomson Reuters.
- Cruz Villalón, Jesús. (1999). Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el derecho del trabajo: aspectos individuales. En Miguel Rodríguez-Piñero Royo (Coord.), *El empleador en el derecho del trabajo: XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (pp. 29-57). Tecnos.
- Dagnino, Emanuele. (2015). *Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy*. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3, 1-31. [http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde\\_adapt/article/download/303/391](http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/download/303/391).
- Doménech Pascual, Gabriel. (2015). La regulación de la economía colaborativa (el caso «Uber contra el taxi»). *Revista CEFLegal*, 175/176, 61-104.
- Estefano, Valerio de. (2016). The rise of the «just-in-time workforce»: on-demand work, crowd work and labour protection in the «gig-economy». *Comparative Labor Law & Policy Journal, Forthcoming, Bocconi Legal Studies Research Paper*, 2682602.
- Fernández Avilés, José Antonio y Peres Díaz, Daniel. (2020). La calificación jurídica de la prestación de servicios en plataformas digitales. Un análisis a la luz de la reciente doctrina judicial española. *Revista Jurídica del Trabajo*, 1, 229-260.
- García Quiñones, Juan Carlos. (2018). El caso Deliveroo: un ejemplo loable de implicación jurisdiccional a la búsqueda de la verdad material como pauta para la compatibilidad

- entre la economía colaborativa y el derecho del trabajo. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 6, 633-640.
- García Quiñones, Juan Carlos. (2019). Economía colaborativa y «dodecafonismo judicial»: el caso Glovo. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 1, 75-91.
- Gil García, Javier. (2018). Las múltiples formas de trabajo en las economías colaborativas y su regulación: el caso de Airbnb. En Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (Dirs.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado* (pp. 359-384). Thomson Reuters Aranzadi.
- Ginès i Fabrellas, Anna. (2018). [Diez retos del trabajo en plataformas digitales para el ordenamiento jurídico-laboral español](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 425-426, 89-111.
- Ginès i Fabrellas, Anna y Gálvez Durán, Sergi. (2016). *Sharing economy vs. uber economy* y las fronteras del derecho del trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital. *InDret*, 1. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5334175&orden=0&info=link>.
- Guindo Morales, Sara. (2020). Los indicios o notas características del trabajo autónomo y del trabajo por cuenta ajena a raíz de las recientes y relevantes sentencias judiciales sobre los rider. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 67-68.
- Lahera Forteza, Jesús. (2019). Las transformaciones del lugar de trabajo. *Documentación Laboral*, 118, 13-25.
- León Ordóñez, Gisela C. (2018). Ausencia de regulación, desprotección y encubrimiento de las relaciones de trabajo, ante las nuevas tendencias de prestación de servicios derivadas de la economía colaborativa. En Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (Dirs.), *El trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado* (pp. 105-126). Thomson Reuters Aranzadi.
- López Cumbre, Lourdes. (2018). *Start-ups y capitalismo de plataforma: renovación o adaptación de los presupuestos laborales*. En Lourdes López Cumbre (Dir.ª) y Mariana Revuelta García (Coord.ª), *Start-ups, emprendimiento, economía social y colaborativa. Un nuevo modelo de relaciones laborales* (pp. 43-108). Thomson Reuters Aranzadi.
- Martín Valverde, Antonio. (2002). Fronteras y «zonas grises» del derecho del trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001). *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 38, 21-50.
- Martínez Escribano, Alejandra. (2018). ¿Nuevos trabajadores? Economía colaborativa y derecho del trabajo. Repensando el derecho del trabajo: el impacto de la economía colaborativa. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 1, 48-60.
- Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2017). *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Tirant lo Blanch.
- Navarro Nieto, Federico. (2017). El trabajo autónomo en las «zonas grises» del derecho del trabajo. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4(5), 58-82.
- Otero Gurruchaga, César. (2018). El complicado encaje de los trabajadores de la economía colaborativa en el derecho laboral. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 1, 61-74.
- Palomeque López, Manuel Carlos. (2019). La noción de trabajador y el ámbito de la norma laboral. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 53, 10-14.
- Páramo Montero, Pablo. (2019). Economía de plataformas y digitalización del trabajo: «uberlitigación» y tensiones en la relación laboral clásica. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 57, 27-49.

- Poquet Catalá, Raquel. (2018). Zonas grises de la relación laboral en la economía colaborativa. En Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (Dirs.), *El trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado* (pp. 177-192). Thomson Reuters Aranzadi.
- Rodríguez Escanciano, Susana y Álvarez Cuesta, Henar. (2019). *Trabajo autónomo y trabajo por cuenta ajena: nuevas formas de precariedad laboral*. Bomarzo.
- Rodríguez Fernández, María Luz. (2018). Calificación jurídica de la relación que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales. En María Luz Rodríguez Fernández (Coord.ª), *Plataformas digitales y mercados de trabajo* (pp. 57-89). Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel. (1992). La huida del derecho del trabajo. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 85-94.
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel. (2017). La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de Seguridad Social. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 138, 125-161.
- Sachs, Benjamin. (22 de junio de 2015). A new category of worker for the on-demand economy? *Onlabor*. <https://www.onlabor.org/a-new-category-of-worker-for-the-on-demand-economy/>.
- Sánchez Pérez, José. (2019). *Economía colaborativa y crisis del derecho del trabajo*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 430, 75-100.
- Sánchez-Urán Azaña, Yolanda. (2018). Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. Estudio a partir de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-434/15, asunto Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, SL (1). *La Ley, Unión Europea*, 57.
- Serrano García, Juana María y Borelli, Silvia. (2017). El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la economía digital. *Revista de Derecho Social*, 80, 233-261.
- Serrano Olivares, Raquel. (2017). Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa –o mejor, economía digital a demanda–, trabajo 3.0 y laboralidad. En Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Macarena Hernández Bejarano (Dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos* (pp. 19-49). Bomarzo.
- Sprague, Robert. (2015). Worker (Mis)Classification in the sharing economy: Trying to fit square pegs in round holes. *A.B.A. Journal of Labor & Employment Law*, 53.
- Suárez Corujo, Borja. (2018). La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la Seguridad Social. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 141, 37-66.
- Tascón López, Roberto. (2015). Las barreras jurídicas estructurales del empleo de los jóvenes. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 180, 75-98.
- Todolí Signes, Adrián. (2018). Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales. En Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Macarena Hernández Bejarano (Dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos* (pp. 223-241). Bomarzo.
- Vicente Arias, Andrea de. (2019). De la subcontratación laboral a la economía colaborativa: vicisitudes en sus posibles mecanismos de control internacional. *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 41. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6985094.pdf>.
- Villa Gil, Luis Enrique de la. (2000). El concepto de trabajador (art. 1.1). *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100, 37-60.



# La prevención de riesgos laborales y sus nuevas exigencias y retos frente al avance de la digitalización y las nuevas tecnologías

**Javier Fernández-Costales Muñiz**

*Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

## Extracto

El imparable y continuo avance de las nuevas tecnologías y la transformación digital constituye, hoy en día, uno de los aspectos más destacados, característicos y definitorios de nuestro actual entorno. Esta transformación digital está conllevando profundos cambios en todos los aspectos de nuestra vida personal, social y profesional. El mundo del trabajo se ha erigido como uno de los grandes protagonistas de esta realidad, pues las relaciones laborales son uno de los aspectos en los que más se va a ver su influencia.

En lógica consecuencia, la prevención de riesgos laborales igualmente se verá profundamente afectada, viniendo a manifestarse como una cuestión central de importancia capital en el ámbito de las relaciones laborales y del derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Aspectos como la externalización de actividades, la digitalización y el tratamiento de datos, el teletrabajo, la robótica, los riesgos psicosociales o la nanotecnología se erigen como cuestiones de máxima importancia frente a las que se hace necesario un amplio y profundo estudio y análisis a distintos niveles.

**Palabras clave:** prevención; riesgos; digitalización; nuevas tecnologías.

Fecha de entrada: 08-09-2020 / Fecha de revisión: 13-10-2020 / Fecha de aceptación: 14-10-2020

**Cómo citar:** Fernández-Costales Muñiz, Javier. (2020). La prevención de riesgos laborales y sus nuevas exigencias y retos frente al avance de la digitalización y las nuevas tecnologías. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 83-115.



# The prevention of occupational risks and their new demands and challenges in the face of the advance of digitalisation and new technologies

Javier Fernández-Costales Muñiz

## Abstract

The unstoppable and continuous advance of new technologies and the digital transformation constitutes, today, one of the most outstanding, characteristic and defining aspects of our current environment. This digital transformation is bringing about profound changes in all aspects of our personal, social and professional life. The world of work has emerged as one of the main protagonists of this reality, as labour relations are one of the aspects in which its influence will be most apparent.

As a logical consequence, the prevention of occupational risks will also be profoundly affected, becoming a central issue of capital importance in the field of labour relations and labour and social security law. Aspects such as the outsourcing of activities, digitalisation and data processing, teleworking, robotics, psychosocial risks or nanotechnology are all issues of the utmost importance and require extensive and in-depth study and analysis at different levels.

**Keywords:** prevention; risks; digitalization; new technologies.

**Citation:** Fernández-Costales Muñiz, Javier. (2020). The prevention of occupational risks and their new demands and challenges in the face of the advance of digitalisation and new technologies. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 83-115.





## Sumario

1. Introducción. La transformación digital y tecnológica
2. La influencia de la digitalización y los cambios tecnológicos en la prevención de riesgos laborales
  - 2.1. La externalización de actividades
  - 2.2. La digitalización y el tratamiento de datos
  - 2.3. El teletrabajo
  - 2.4. La robótica
  - 2.5. Los riesgos psicosociales
  - 2.6. Otros riesgos derivados de la carga de trabajo
  - 2.7. La nanotecnología

Referencias bibliográficas

## 1. Introducción. La transformación digital y tecnológica

El imparable y continuo avance de las nuevas tecnologías y la transformación digital constituye, hoy en día, uno de los aspectos más destacados, característicos y definitorios de nuestro actual entorno. La que ya se ha calificado como nueva revolución tecnológica o cuarta revolución industrial ha introducido a la sociedad en una nueva dimensión de avances y desarrollos técnicos aplicables a todos los ámbitos a nivel social, productivo o económico, además de estar condicionando y haciendo evolucionar nuestros sistemas conceptuales, así como las formas de organización y gestión de nuestra vida personal y cotidiana.

Esta transformación digital está conllevando profundos cambios en todos los aspectos de nuestra vida personal, social y profesional. Así, la economía y las finanzas, las ciudades, la industria, el comercio, la sanidad, la agricultura, la educación y un larguísimo etcétera de ámbitos y sectores se están viendo absolutamente transformados por las nuevas tecnologías y conceptos que van desde el internet de las cosas al *big data* y análisis de datos, *cloud computing*, ciberseguridad, robótica, pasando por la inteligencia artificial, la simulación y prototipado o la realidad aumentada. Las tecnologías digitales han cambiado drásticamente la manera de trabajar, consumir y comunicarse de las personas en un breve lapso de tiempo.

El sistema productivo está transformándose desde hace mucho tiempo merced a esa cuarta revolución industrial y la industria 4.0 o «industria inteligente» supone «un salto cualitativo en la organización y gestión de la cadena de valor del sector» (Álvarez Cuesta, 2017, p. 15), implicando la incorporación de las nuevas tecnologías a la considerada «tradicional», permitiendo que dispositivos y sistemas colaboren entre ellos y con otros para crear una industria inteligente<sup>1</sup>.

La industria, al tiempo, transforma la economía tradicional en digital y adquiere cuatro características específicas: «la irrelevancia de la ubicación geográfica, el papel clave de las plataformas, la importancia de los efectos de red y el uso de grandes datos» (Álvarez Cuesta, 2017, p. 16). Así, los anclajes de la cuarta revolución industrial redimensionan, en su conjunto, los procesos de automatización y digitalización, vuelven a profundizar en las consecuencias del cambio tecnológico, y complejizan aún más las dimensiones del mismo (Aleman Páez, 2017) hasta llegar a la esfera laboral.

---

<sup>1</sup> Ministerio de Industria, Energía y Turismo (2015), que señala cómo «la industria está abocada a una transformación digital que afectará a todas las empresas y todas tendrán la necesidad de adaptarse a esa transformación».

En este sentido, lógicamente, el mundo del trabajo no ha sido ni mucho menos ajeno a esta realidad, sino más bien al contrario, se ha erigido como uno de sus grandes protagonistas, habida cuenta de que, en el marco del indudable impacto del tan inexorable como forzoso avance de las nuevas tecnologías en todos los órdenes de nuestra vida, las relaciones laborales son, obviamente, uno de los aspectos en los que más se va a ver su influencia. La irrupción de la digitalización en el ámbito laboral, tanto desde una perspectiva individual como colectiva, ha provocado «un profundo impacto transversal sobre el conjunto de las instituciones reguladoras de las relaciones laborales» (Cruz Villalón, 2020a, p. 35).

En lógica consecuencia, la prevención de riesgos laborales igualmente se verá profundamente afectada, debiendo inevitablemente adaptarse a estos cambios. Así, la disciplina preventiva viene a manifestarse como una cuestión central de importancia capital en el ámbito de las relaciones laborales y del derecho del trabajo y de la Seguridad Social. La legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo encuentra su razón de ser en la protección de la persona trabajadora frente a los riesgos para su salud e integridad física a los que se verá expuesta en el desarrollo de su prestación de servicios. No en vano, la salud constituye uno de los valores esenciales en las sociedades actuales, hasta el punto de llegar a condicionar de forma determinante otros bienes, siendo eje de la calidad de vida y del progreso, tanto social como económico.

La forma de ejecución del trabajo ha evolucionado a lo largo de la historia, apareciendo en cada momento dotado de características diversas y variables. En la actualidad, la tecnificación y la organización son dos de las grandes notas que caracterizan toda actividad laboral (Agra Viforcós, 2018, p. 16). Los avances tecnológicos y científicos operados en los últimos tiempos han tenido una notable repercusión sobre el mundo del trabajo, proporcionando nuevos elementos y abriendo nuevas posibilidades y vías que han ayudado considerablemente a facilitar su correcto y más seguro desarrollo. Sin embargo, también se han generado nuevos problemas y riesgos a los que el ordenamiento jurídico y otras ramas del conocimiento están llamados a poner solución.

Se trata de mucho más que:

[...] una simple descripción del cambio impulsado por la tecnología. Es una realidad compleja, heterogénea, con múltiples aristas, que se califica como global, y exige profundizar en la ética, creación de valores (distribución de los beneficios de forma justa) y en su impacto social, orientando hacia la garantía de que esa revolución esté dirigida y centrada en el ser humano y procurando que las tecnologías fortalezcan a las personas<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Sánchez-Urán Azaña y Grau Ruiz (2019, p. 2), quienes señalan cómo «son múltiples las realidades que se integran bajo ese concepto global, con sus propias características y sus particulares proyecciones o impactos de las tecnologías en la vida de trabajo como fuente de identidad personal».

Los avances tecnológicos han implicado tradicionalmente la destrucción de los viejos empleos creando otros nuevos, nuevas profesiones y nuevas formas de prestación del trabajo que no existían poco tiempo atrás. En realidad:

[...] lo más señero del «e-trabajo» («*e-work*»), el uso de tecnología digital no es lo más relevante económicamente, sino más bien sus condiciones de uso (debe ser una prestación de servicios flexible: cualquier lugar, cualquier tiempo) y finalidad (forma de optimizar las potencialidades productivas, mejorando la competitividad empresarial: mayor valor añadido, menores costes...). En suma, el «e-trabajo» se identificaría con toda forma de prestación flexible («el trabajo ágil» que regulan ya de forma específica belgas e italianos) que, realizada a través de la tecnología digital (NTIC), permite la optimización del rendimiento empresarial (Molina Navarrete, 2019a, p. 11).

Una de las conclusiones a extraer de todo lo destacado no puede ser otra que señalar cómo las tecnologías digitales sin duda vienen a mejorar la vida y el trabajo de las personas capacitadas para usarlas. Ahora bien, tal afirmación debe ser convenientemente matizada para evitar que se convierta en un arma de doble filo contra la persona trabajadora, habida cuenta de que para beneficiarse de las nuevas oportunidades se debe disponer de ciertas habilidades para, posteriormente, desarrollar la prestación de servicios en entornos digitales seguros, pues lo contrario daría al traste con cualquier mejora lograda.

Por otra parte, las tecnologías digitales pueden mejorar la vida de las personas, proporcionando acceso a más información y servicios a precios reducidos, simplificando cuestiones como:

[...] el acceso a la educación, a la información sobre salud, a bienes de consumo comprados electrónicamente, acortan el tiempo de transporte gracias al teletrabajo y mejoran la eficiencia energética en los hogares y las ciudades; en resumen, hacen que las actividades humanas sean más eficientes.

Sin embargo, no se puede obviar que, a un tiempo, las tecnologías digitales acarrear un riesgo enorme de desigualdad para la sociedad, en tanto presentan:

[...] una brecha digital entre los capacitados para usarlas y los que no lo están. Entre estas habilidades se encuentran no solo las puramente digitales, sino también las emocionales y sociales vinculadas a una navegación segura del mundo virtual. Poseer una buena mezcla de ambos tipos, algo que convenientemente se ha dado en llamar «alfabetización digital», es un requisito imprescindible para que las personas compaginen sus vidas digital y real, evitando los problemas mentales asociados al abuso de las tecnologías digitales. El segundo tipo de riesgo digital se relaciona con la seguridad, en cuestiones como el ciberacoso y las brechas de seguridad digitales. En resumen, hacer que la digitalización esté al servicio del bienestar humano exigiría

que se generaran oportunidades igualitarias, una alfabetización digital generalizada y una fuerte seguridad digital (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos –OCDE–, 2019, pp. 11 y ss.).

No se puede, en cualquier caso, obviar los datos que señalan cómo las estadísticas ocupacionales de los países con mayor cantidad de automatización digital de procesos productivos, robots incluidos, ponen de manifiesto cómo tales países se encuentran entre los que menos desempleo padecen.

De tal forma, la digitalización ha obligado a repensar y reconfigurar la práctica totalidad de los procesos que se producen en el ámbito de las entidades productivas. Así, desde el *marketing*, el desarrollo de marca, la atención al cliente, la selección de personal, la comunicación interna, la relación con las empresas proveedoras a, por supuesto, la gestión de la prevención de los riesgos laborales en las entidades productivas.

En este sentido, la gestión de la prevención no puede quedar en ningún caso aislada del resto de la cultura de la empresa, debiendo cumplirse estrictamente la obligación de integración a todos los niveles como requisito básico para su efectividad real, de forma tal que deben ser desarrolladas nuevas formas, instrumentos y herramientas de gestión de aquella que contemplen los nuevos retos de las empresas. Ante tal escenario, resulta preciso destacar cómo las líneas de trabajo no pueden estar pensadas únicamente en el corto plazo, sino también, y de manera fundamental, en el medio y largo, de forma tal que, ante las nuevas necesidades y los cambios que se produzcan, se disfrute de la capacidad de estar preparado para tomar decisiones y adaptarse, previendo posibles factores de riesgo que ahora no se estimen prioritarios, especialmente aquellos que derivan de los riesgos psicosociales y de las nuevas tecnologías, en campos tan variados y heterogéneos como la información y comunicación, la biotecnología e ingeniería genética, la robótica, la nanotecnología y las nuevas energías, u otros factores diferentes que, aunque aparentemente no parezcan poseer una gran importancia en la materia, en la práctica sí resultan sustanciales, como el envejecimiento de la población activa, los hábitos de vida en continuo cambio y evolución, las nuevas tendencias laborales o el proceso imparable de una incorporación cada vez mayor de la mujer al trabajo desde nuevos parámetros diferentes a los tradicionales conocidos (Fernández-Costales Muñiz, 2019, pp. 39-40).

La realidad es que en el fondo se manifiesta un elemento o rasgo común que preocupa a la sociedad en general, a los científicos sociales, y en particular a los juristas desde diferentes áreas de investigación, a saber, el de la dimensión social de este fenómeno y la necesaria responsabilidad intergeneracional, en particular la interrelación entre el cambio tecnológico, el rendimiento económico y el empleo.

Por un lado, la proyección de esas manifestaciones tecnológicas en el trabajo o empleo humano, personal, libre, en su configuración, definición y en los diferentes modelos o formas de trabajo que cabe definir a partir del modelo estándar definido

como trabajador por cuenta ajena, o asalariado, que trabaja en un lugar físico, a tiempo completo y por tiempo indefinido, para un único empresario, hoy profundamente alterado a través de la automatización o digitalización, globalización y aumento de productividad de un número reducido de profesionales altamente cualificados. Y el impacto en las relaciones de trabajo, esto es, en las condiciones de la prestación de servicios del trabajador (Sánchez-Urán Azaña y Grau Ruiz, 2019, p. 3).

En este escenario de transformación digital continua, las organizaciones empresariales se erigen a un tiempo como sujeto y objeto de esta, así como quienes forman parte de ellas resultan tanto impulsoras como receptoras de estos cambios simultáneamente, de forma tal que cabe señalar como una premisa indeclinable que las actuales transformaciones deben venir a reafirmar a la persona (Martín, 2018) como el epicentro y objetivo último de la prevención de riesgos laborales. No se puede olvidar que el progreso tecnológico sin precedentes que se está produciendo nació y ha sido pensado y desarrollado, y lo seguirá siendo, por las personas, de la misma manera que, aparte de impulsoras, las personas son las principales receptoras de estas innovaciones, de forma tal que significaría un enorme error atender exclusivamente a la consideración de la dimensión técnica de los cambios olvidando la dimensión humana, que debe erigirse como su principal impulso apoyada en el trasfondo cultural que se está consolidando en torno a las nuevas transformaciones digitales.

La industria 4.0 ha generado, está generando, y continuará haciéndolo, nuevos empleos y nuevas profesiones que requerirán identificar sus nuevos factores de riesgo propios, desafiando así a los sistemas de gestión preventiva «en la medida en que la actividad es, en sí misma, fuente de riesgo si no se realiza en ciertas condiciones de seguridad y de salubridad». En definitiva, la aparición de este nuevo catálogo de profesiones precisa inevitablemente «de un nuevo inventario de competencias preventivas» (Molina Navarrete, 2019a, pp. 5 y ss.).

Lo cierto es que realidades como la industria 4.0, la robotización o el trabajador digital conectado implican la aparición de nuevos retos y escenarios en los que los cambios y las transformaciones operadas en el mundo laboral traen consigo tales nuevos riesgos, a los que habrá que saber hacer frente y saber prevenir, pero también, sin género de dudas, nuevas oportunidades frente a las cuales se habrá de estar preparado para actuar y saber aprovecharlas.

La seguridad y la salud laborales están obligadas a evolucionar al ritmo del progreso tecnológico e incorporar todas las innovaciones que permitan su mejora. Se debe prestar atención a las nuevas tecnologías, riesgos emergentes y el proceso de revolución digital. La seguridad y la salud laborales deben adaptarse y evolucionar al ritmo del progreso tecnológico e incorporar todas las innovaciones que permitan su mejor gestión.

Lo cierto es que los riesgos son de naturaleza tan dispar que es imposible apuntar a un único motor clave. Sin embargo, «la prevalencia de los incidentes de seguridad digitales es un indicador poderoso de los riesgos en general, ya que refleja (en cierta medida) la madurez de las sociedades digitales, así como la rotundidad de las estrategias digitales nacionales» (OCDE, 2019, pp. 11 y ss.).

La transformación digital, se insiste, ha traído de la mano múltiples nuevas formas de trabajo, tipos de organizaciones y perfiles profesionales que requieren la adopción de una estrategia de seguridad y prevención de riesgos laborales adecuada, avanzada, moderna y adaptada a cada uno de ellos y, por otra parte, respetuosa con la protección de datos de la persona trabajadora; un derecho en riesgo permanente por sus propias características, pues la amenaza y la inseguridad del afectado pueden provenir no solo de la empresa para la que se prestan servicios, sino también del exterior por diferentes medios como los miles de ciberataques diarios que se producen a distintos niveles; riesgos ante los cuales el derecho está reaccionando para proteger la privacidad y la intimidad de las personas, pero necesitado de pasos más profundos en el día a día de la empresa en cuanto a la protección de datos y cuestiones relativas a los datos de salud de las personas trabajadoras.

## 2. La influencia de la digitalización y los cambios tecnológicos en la prevención de riesgos laborales

La influencia que todos los cambios y avances han tenido, están teniendo y tendrán en un futuro en materia preventiva es amplia y fuerte. A la vista de lo ya experimentado y todo lo que ya es presente en el actual mundo del trabajo, pretender conjeturar o avanzar mínimamente lo que aún está por llegar es prácticamente ciencia ficción y contagia cierto vértigo si se atiende a cuestiones como las nuevas formas de trabajo con el avance de la externalización y el teletrabajo, la digitalización, los riesgos psicosociales emergentes, el tecnoestrés, el creciente envejecimiento, la dificultad de la desconexión tecnológica y su influencia en el ser humano, la nanotecnología, la robótica... La respuesta en este ámbito del conocimiento y en el derecho laboral en general resulta aún parca e insuficiente, pero con muy diversas orientaciones. Evidentemente, los cambios y la apertura de nuevos caminos de adaptación requieren de un amplio estudio, precisando los criterios jurídicos de tiempo para solidificarse, sin embargo, y aun cuando el derecho siempre va por detrás de las necesidades sociales, en este punto no se puede ir con retraso ante la importancia de los bienes a proteger y las repercusiones que a todos los niveles, y muy especialmente en el mundo del trabajo, poseen en nuestra sociedad los avances científicos y tecnológicos.

Las posibilidades, por tanto, son múltiples y muchas las vías a explorar y aunque, eso sí, la respuesta, por el momento, de los reguladores del mundo del trabajo está siendo, inicialmente, de enfoque, cabe analizar ideas como un nuevo enfoque de la discapacidad que se puede generar ante la falta de adaptación a los avances tecnológicos, la velocidad de los cambios en el mundo laboral notablemente incrementada o los efectos sobre el sistema de cotización de la posible disminución en la cantidad de empleo estable que conllevará la paulatina automatización y nuevas formas de organización empresarial que ya estamos viviendo.

Parece que de entrada existen más preguntas que respuestas (Cassini Gómez de Cádiz, 2018), y deben plantearse cuestiones como si resultará posible el tan traído derecho a la desconexión con garantías para nuestra salud de los medios tecnológicos en el

mundo actual; si tendremos capacidad para desarrollar una gestión adecuada del envejecimiento en las empresas en tanto el volumen de empleo tienda a disminuir; qué nivel de influencia alcanzará el aumento de la presencia de robots en el desarrollo de la prestación de servicios sobre la edad de jubilación y el sistema de cotización, así como si es posible generalizar la idea o concepto de obligación de cotización de las empresas por el número de robots empleados a la hora de implantar sistemas de organización que supongan eliminación de puestos de trabajo; cuáles serán los medios de adaptación de la gestión de seguridad en el uso de equipos de trabajo ante el aumento de la presencia de robots y equipos automatizados; qué aspectos de la gestión de la prevención de riesgos laborales tendrán mayor protagonismo para adaptar la gestión preventiva al actual marco laboral y al que está por llegar; cuál será la fórmula más precisa para organizar y gestionar la coordinación de actividades empresariales para adaptarla al marco creciente de externalización; o, en fin, entre otras cuestiones, y de manera muy especial, cuál debe ser el enfoque y la forma de abordar todas estas cuestiones y problemas desde el punto de vista de garantías jurídicas.

Todos los cambios reseñados encuentran una especial influencia en el ámbito del trabajo y, por ende, de la prevención de riesgos laborales<sup>3</sup> a través de una serie de nuevos aspectos y necesidades, así como otros ya existentes, pero que se verán profundamente alterados, entre los que cabe destacar algunos.

## 2.1. La externalización de actividades

La externalización de actividades que tradicionalmente se consideraban una parte más de la actividad de la propia empresa ha ido adquiriendo con el paso del tiempo una gran dimensión y transformación, incidiendo sobre el conjunto de factores que afectan a la actividad empresarial y a su relación con el mercado (Palacios Valencia y Morillo López, 2009, p. 97). La derivación de tareas hacia empresas de *outsourcing* cada vez es mayor, lo que añade algo más de complejidad a la, ya de por sí, complicada tarea de la coordinación de actividades empresariales en sus vertientes técnica y jurídica. Frente al anquilosamiento de la legislación y escaso tratamiento en los convenios colectivos, la realidad es que:

[...] se ha producido un incremento exponencial de los fenómenos de externalización en las últimas décadas y, más recientemente, de las contratas de gestión integral y de las redes horizontales de empresas contratistas, y ello en todos los sectores de actividad y con un fuerte acrecentamiento en Administraciones públicas (Esteve Segarra, 2019, p. 15).

---

<sup>3</sup> En este sentido, cabe destacar los análisis al respecto realizados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que ha creado la Comisión Mundial del Futuro del Trabajo (OIT, 2019, pp. 23 y ss.).

Esta figura se ha asentado por sus indudables ventajas, siendo la complejidad de las operaciones empresariales, la regulación y desregulación de los mercados, el estadio de la tecnología y su rápido avance, y la necesidad de mantener un constante crecimiento empresarial los factores que actúan como aliciente a la externalización (Del Rey Guanter y Luque Parra, 1999).

La señalada tendencia ha venido a provocar profundas transformaciones en la caracterización del trabajo, las personas trabajadoras, las empresas y los centros de trabajo, cuya configuración actual «ha ido en cierto modo alejándose progresivamente de los patrones originarios aún preponderantes sin embargo tanto en el imaginario colectivo como también, en consecuencia, en los esquemas de regulación y "gobernanza" de las relaciones laborales» (Álvarez Alonso, 2017, pp. 11-12). Ahora bien, no resulta posible olvidar que, al margen de la dimensión económica, repercute ampliamente en el terreno de las relaciones laborales; ámbito en el que sus efectos ya no se pueden considerar tan beneficiosos, habida cuenta de que la fragmentación en las estructuras empresariales que implica la subcontratación genera un dualismo poco deseable en las relaciones laborales (Monereo Pérez, 1994, p. 24), en el cual resulta frecuente que las personas trabajadoras de las empresas auxiliares desarrollen su actividad en condiciones laborales por debajo de las disfrutadas por las empleadas de la entidad principal.

Además, la concurrencia de empresas plantea problemas que inciden directamente en el desarrollo del trabajo. De tal manera:

[...] la reducción de seguridad, la estabilidad y la igualdad, y la debilidad sindical, son algunas de las consecuencias de la fragmentación que se produce a través de estas fórmulas de organización productiva [...]. Estos factores tienen repercusión en distintos aspectos de la relación de trabajo, pero afectan de manera particular en el nivel de seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores de las empresas auxiliares, cuyo nivel de protección es generalmente más bajo (Miñarro Yanini, 2002, pp. 508-509).

Todo esto, sumado a la particular posición de mayor debilidad de las personas trabajadoras en este tipo de forma de prestación de servicios, tiene especial reflejo en su mayor vulnerabilidad frente a los riesgos en el puesto de trabajo, tal y como las estadísticas han venido a demostrar, habida cuenta de que sufren un número más elevado de accidentes que quienes no se encuentran sujetos a este tipo de vínculo. Ello se debe a diversas razones como el hecho de que la mayoría de la contratación se realiza bajo fórmulas de temporalidad (Fernández-Costales Muñoz, 2019, pp. 241 y ss., o Martínez Moreno, 1999, pp. 46 y ss.), la concurrencia física con personas trabajadoras de otras empresas en el mismo centro, el desarrollo de su actividad en un entorno desconocido<sup>4</sup> y la exposición a los riesgos propios y los de las demás entidades, produciéndose un efecto multiplicador cuantitativo y cualitativo (García Ninet, 2000,

<sup>4</sup> Por lo que la formación resulta básica en estos casos (Moltó García, 1998, p. 15).

p. 278), de forma tal que cabe señalar cómo a mayor número de empresas concurrentes, mayor nivel de riesgo, que se puede ver acrecentado ante la falta de una relación contractual directa con la empresa para la que al final prestan servicios, lo que provoca que esta se desentienda de ellos o los utilice para actividades más peligrosas (Miñarro Yanini, 2009, p. 341).

La coordinación de actividades empresariales pretende ser una vía de solución a los problemas que surgen en este escenario, en tanto la coincidencia en un mismo centro de trabajo de distintas empresas con su respectivo personal eleva el factor riesgo, ya que se incrementan el número de actividades productivas y el número de personas asalariadas que desarrollan su prestación de servicios en un mismo espacio, pero bajo órbitas directivas diferentes (Fernández-Costales Muñiz, 2016, p. 7). Esta circunstancia, en la lógica preventiva, significará que hay que contemplar los riesgos inherentes a los trabajos efectuados por cada una de las empresas concurrentes más los generados por la concurrencia de todas las empresas (Iranzo García y Piqué Ardanuy, 2011, p. 1) que intervienen o están presentes en la actividad, efectuando alteraciones respecto al obligado en materia preventiva.

Así, en el fenómeno de la descentralización productiva con presencia de una diversidad de empresas, el legislador amplía la posición jurídica de quien contrae la deuda de seguridad (Fernández López, 2004, p. 92), que se configura en tales supuestos como una realidad empresarial compleja en la cual «aparecen ligados una pluralidad de empresarios cuya coordinación en el cumplimiento de su deber de seguridad se constituye en una condición para la efectividad de la prevención» (Navarro Nieto, 2005, p. 25). Además, las empresas que intervienen pueden tener diferente tamaño y distinto sistema de organización, así como distintos enfoques y cultura y gestión de la prevención; hecho que va a suponer una mayor complejidad y dificultad a la hora de velar por la seguridad y salud de todas las personas trabajadoras presentes en dichos centros (Fernández-Costales Muñiz, 2020a, pp. 21 y ss.).

## 2.2. La digitalización y el tratamiento de datos

La nueva realidad digital y conectada viene a añadir relevancia a ciertos aspectos preventivos que hasta ahora podían pasar desapercibidos o no tener apenas importancia en la mayoría de las empresas. En este punto, entraría en juego la protección de datos como un elemento a tener muy en cuenta, también en materia preventiva.

Las continuas innovaciones tecnológicas encuentran «pilar y exponente fundamental» en la cada vez más extensa e intensa utilización de la informática en la actividad productiva (Rodríguez Escanciano, 2007, p. 97). Tal circunstancia no solo ha venido a afectar de forma determinante a los instrumentos de trabajo y al desarrollo de las relaciones en la empresa, sino que también ha generado nuevos problemas que, lógicamente, cuestionan la validez de determinadas soluciones dadas por el ordenamiento ante una realidad empresarial que día a día se ve superada (Luján Alcaraz, 2005) por una realidad social en continuo avance, de forma tal que el ordenamiento en su conjunto y la disciplina laboral por lo que aquí interesa

deben afrontar una necesaria y permanente adaptación a los nuevos tiempos y a los cambios tecnológicos en curso (Goñi Sein, 1993, p. 71).

La gestión informatizada del personal facilita que todos los datos concernientes al desarrollo del contrato de trabajo, desde el momento de la selección de personal, pasando por la constitución del vínculo contractual hasta su resolución, sean incluidos en los soportes informáticos de la empresa. Además, no se puede obviar cómo la incorporación de la persona trabajadora a la organización productiva empresarial favorece tanto una continua adquisición de información sobre extremos personales de diversa naturaleza como su minuciosa puesta al día. Al aumentar los medios técnicos, el poder de la empresa sobre la prestación laboral y sobre la propia persona trabajadora también crece; hecho que constituye una amenaza real para los derechos de la persona empleada. La protección de tales derechos frente al uso ilegítimo de la informática es una necesidad «que se deja sentir con la mayor crudeza en el ámbito objetivo de las relaciones laborales» (Rodríguez Escanciano, 2007, p. 115) en tanto en cuanto el tratamiento de datos constituye una práctica cada día más extendida, incluso imprescindible en ya numerosísimos supuestos.

Desde tales premisas, cobra especial relevancia la necesidad de proteger el interés legítimo de la persona trabajadora de controlar sus datos personales insertos en los sistemas de comunicación empresariales, habida cuenta de que únicamente de tal forma se podrá evitar una afectación negativa durante la relación laboral, máxime si se trata de datos especialmente sensibles, obtenidos en el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la prevención de riesgos laborales principalmente a través de la realización de los pertinentes reconocimientos médicos.

El Tribunal Constitucional ha mantenido en algunos pronunciamientos la idea de que la práctica totalidad de los derechos de la persona pueden verse afectados por un indebido tratamiento de datos, considerando la protección de los mismos como un derecho fundamental que «amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona»<sup>5</sup>.

Los reconocimientos médicos permiten, mediante la realización de pruebas clínicas, averiguaciones biológicas o biométricas, la evaluación del estado de salud de la persona trabajadora,

---

<sup>5</sup> «Sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar o a cualquier otro bien constitucionalmente amparado [...] [de forma tal que] el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 de la CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que, por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos» (Sentencias del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, o 70/2009, de 23 de marzo).

el conocimiento de sus posibles patologías y su origen, así como la aplicación de los oportunos remedios en orden a un eventual restablecimiento del bienestar. En este sentido, los riesgos fundamentales que el uso de la informática entrañan para los derechos de quien presta servicios por cuenta ajena aparecen fundamentalmente derivados de su capacidad para recopilar y transmitir datos sobre la persona trabajadora, así como la capacidad de tratamiento o elaboración de la información obtenida, permitiendo un ilimitado e indiscriminado manejo de informaciones sobre las personas empleadas, lo que facilita a la empresa el acceso al conocimiento de circunstancias personales con su total desconocimiento (Goñi Sein, 2004, p. 51).

Resulta fácil, por tanto, observar el potencial peligro que derivaría de un inadecuado uso de tales informaciones, que adecuadamente tratadas y cruzadas llegarían a permitir a la unidad productiva elaborar perfiles extremadamente precisos sobre su personal que incluyan datos de su más estricta intimidad (estado de salud, tendencias sexuales, afiliación sindical o política, aficiones...); circunstancia que podría dar lugar al inicio de actuaciones discriminatorias camufladas bajo otras formas y basadas en tales conocimientos; momento en el cual la información como poder deja atrás «su carácter de tópico para convertirse en una muy tangible realidad» (Tascón López, 2007, p. 223).

En cualquier caso, la elaboración de un concepto de dato relativo a la salud constituye una de esas cuestiones pendientes de culminación (De Miguel Sánchez, 2006, pp. 146-147), en tanto hoy en día no existe texto legal interno alguno que aporte una definición vinculante, aun cuando afortunadamente sí cabe destacar la existencia de una categoría de datos sensibles o especialmente protegidos (Fernández López, 2003, pp. 42 y ss.) en la cual aparecen incardinados aquellos relativos a la salud.

Desde la óptica del cumplimiento de la obligación empresarial de proporcionar seguridad en el trabajo, los resultados de los reconocimientos médicos:

[...] permitirán planificar y, en su caso, reorientar la actividad preventiva en la empresa. Ahora bien, ocurre que el reconocimiento médico implica, en sí mismo, una intromisión en la esfera privativa del trabajador. Tal contraposición de intereses exige la búsqueda de un punto de equilibrio (Rodríguez Escanciano, 2018, p. 168).

Así, vista la agresividad que la informática puede poseer frente a los derechos del individuo en el marco de una prestación de servicios, lo importante será, por tanto, establecer ese punto de equidad entre el derecho de la empresa a utilizar de forma óptima las posibilidades que las nuevas tecnologías ponen a su alcance y la correcta preservación y respeto de los derechos y libertades fundamentales de la persona trabajadora (Luján Alcaraz, 2005).

Tras la aprobación de la nueva Ley de protección de datos se hace necesario analizar sus contenidos y los principios y garantías recogidos en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, de protección de datos personales (García Murcia y Rodríguez Cardo, 2019, pp. 20 y ss.), sin olvidar tampoco las pautas

introducidas al respecto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), que acoge como postulado básico la autonomía de la persona trabajadora para someterse o no a los reconocimientos médicos, propuestos por la empresa, permitiendo, en su caso, exploraciones y analíticas sobre datos corporales, o impidiendo pruebas clínicas ajenas a la finalidad de la vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo. Este criterio se conecta directamente con la obligación de información previa, de forma que la persona trabajadora debe ser expresamente alertada sobre los exámenes médicos especialmente invasores de su intimidad al tiempo de otorgar su consentimiento (Arias Domínguez y Rubio Sánchez, 2006, pp. 123 y ss.; Fernández-Costales Muñiz, 2009, pp. 95 y ss.; Pedrosa Alquézar, 2005, pp. 120 y ss.).

La redacción utilizada por la LPRL al señalar la confidencialidad de estos datos y la imposibilidad de su uso con fines discriminatorios o en perjuicio de la persona trabajadora está aludiendo a las normas sobre protección de datos de carácter personal (Fernández-Costales Muñiz, 2020a, pp. 143-144), en particular, al artículo 5 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), de acuerdo con el cual «los responsables y encargados del tratamiento de datos así como todas las personas que intervengan en cualquier fase de este estarán sujetas al deber de confidencialidad al que se refiere el artículo 5.1 f) del Reglamento (UE) 2016/679» (Pedrosa Alquézar, 2018, pp. 166 y ss.), destacando que «la obligación general señalada en el apartado anterior será complementaria de los deberes de secreto profesional de conformidad con su normativa aplicable».

## 2.3. El teletrabajo

El, aunque todavía escaso, cada vez más frecuente trabajo fuera de las empresas, ya sea en la propia residencia, en centros de *coworking* o en cualquier lugar donde una persona trabajadora pueda encontrarse, implica el replanteamiento de numerosos aspectos de la gestión preventiva. Su avance inexorable en sus diferentes formas de implantación obliga igualmente a estudiar las medidas preventivas que se pueden tomar fuera del centro de trabajo tradicional, más aún cuando este sea propiedad de la persona trabajadora al ser su domicilio particular.

En los últimos meses, se ha producido, además, la entrada del teletrabajo con una nueva fuerza al tratarse de un mecanismo preventivo frente a la transmisión de la COVID-19, convirtiéndose en una de las cuestiones más trascendentes en el ámbito de las relaciones laborales y la forma de prestación de servicios. La acción normativa extraordinaria y temporal sobre la aplicabilidad de instituciones ya existentes en el ordenamiento laboral:

[...] se ha traducido en la promoción y extensión en todas sus posibilidades de las modalidades del trabajo a distancia, y en concreto del teletrabajo, como solución preferente y prioritaria frente a la cesación de actividad en el RDL 8/2020, y en el RDL 10/2020 al evitar esta forma de trabajar la movilidad y el contacto personal en la lucha contra la pandemia, y la conversión de su prestación bajo esta modalidad

en obligatoria para el empresario –en términos de razonabilidad y proporcionalidad de su establecimiento– y del trabajador, excepcionando el principio de voluntariedad del artículo 13.2 del ET<sup>6</sup>.

En concreto, el artículo 5 del Real Decreto-Ley 8/2020 hace referencia al carácter «preferente» del trabajo a distancia. Se trata de una previsión que ha sido calificada como «muy prudente», ya que se llama al mundo empresarial a la adopción de esta medida para evitar que se produzcan suspensiones contractuales o reducciones de jornada, y siempre que ello sea posible, incentivándose con medidas económicas para que las empresas puedan adquirir el material tecnológico necesario para su aplicación (Rojo Torrecilla, 2020, p. 392). La norma ha buscado un objetivo evidente, que es el de facilitar el ejercicio de esta modalidad en aquellos entornos empresariales donde no estuviera prevista, introduciendo para ello extremos en la regulación de urgencia que hacen más flexible su régimen jurídico ordinario (Bologna e Iudicone, 2018; Cruz Villalón, 2020b, p. 408; Lahera Forteza, 2020, p. 426; Rodríguez Escanciano, 2020, p. 465). Ahora bien:

[...] no puede por menos que ponerse muy en duda la previsión de la norma, alcanzando una opinión sobre esta modalidad que no puede ser sino crítica, habida cuenta de que se ha implementado un sistema, o más bien un mero trámite, que a la hora de la verdad se manifiesta inadecuado e incapaz para poder demostrar la adecuación de un medio que en realidad no constituye un espacio de trabajo y adoptará temporalmente (incluso por horas) la forma de puesto de trabajo, con los diferentes y numerosos riesgos que ello puede conllevar al no haber planteado una evaluación adecuada (Fernández-Costales Muñiz, 2020b, pp. 7 y ss.).

El teletrabajo, que hasta estos momentos era una realidad ciertamente marginal, parece haber venido para ganarse un espacio definitivo en nuestro sistema de relaciones laborales, en tanto este periodo ha supuesto que empresas y personas trabajadoras puedan comprobar

---

<sup>6</sup> También «en la facilitación de la conciliación entre el trabajo presencial y el cuidado de familiares ante el incremento excepcional de la necesidad de cuidado –además de por el cierre del sistema educativo presencial atendido por el teletrabajo– por los efectos de la enfermedad, mediante la introducción de dos derechos excepcionales y temporales de conciliación, los derechos de acceso a la adaptación del horario y/o a la reducción de jornada conferidos a las personas trabajadoras para la realización de sus deberes de cuidado respecto de su cónyuge o pareja de hecho y de sus familiares por consanguinidad hasta el segundo grado, concurriendo "*circunstancias excepcionales* relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19" (art. 6.1 del RDL 8/2020), cuya regulación ha excepcionado temporalmente las regulaciones contenidas en los artículos 34.8 y 37.6 y 7 del ET; y en la flexibilización y agilización de la tramitación de los expedientes de regulación temporal de empleo por causa de fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas del empresario, también del empresario autónomo, ligadas al COVID-19 para evitar los despidos, desplazando temporalmente la aplicación de la regulación procedimental de los artículos 47 y 51.7 del ET y de los artículos 31 a 33 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada» (Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2020, p. 327).

sus ventajas, pero también sus inconvenientes. En cualquier caso, ello requerirá una mayor densidad reguladora, estatal y colectiva, de este tipo de trabajo, con un «mayor control del tiempo de trabajo o medidas específicas de protección de riesgos laborales, con la necesaria adaptación de la actividad sindical a una "fábrica" sin presencia física de trabajadores» (Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2020, p. 348).

Sin embargo, lo cierto es que el actual sistema general de prevención de riesgos laborales se encuentra diseñado para atender a un modelo de trabajo presencial y su trasposición a la modalidad del trabajo a distancia presenta numerosas dificultades. La norma resulta enormemente genérica, sin la necesaria existencia de reglas particulares de adaptación a las singularidades del teletrabajo (Igartua Miró, 2000, p. 1.045). La mención de una protección «adecuada» realizada por la ley, aun cuando establece un deber al respecto, es francamente inoperativa y carente de virtualidad práctica alguna en tanto es una obligación absolutamente etérea y difusa. Resulta necesario establecer cambios y crear disposiciones precisas, lo suficientemente detalladas en la materia, que regulen aspectos tan variados como necesarios para garantizar la seguridad y salud de quienes presten servicios en este régimen, empezando por la fórmula o mecanismo para realizar la evaluación de riesgos y adaptación del puesto, el reparto de responsabilidades, aspectos como las mayores dificultades a las que se enfrenta la persona empleadora a la hora de controlar el efectivo cumplimiento de las medidas de seguridad (Cruz Villalón, 2020b, p. 415), lo que exigirá una mayor colaboración en este terreno de la persona teletrabajadora, sin olvidar cuestiones prácticas como la entrega de los equipos y medios materiales necesarios y adecuados, el apoyo técnico, la más que posible necesidad de disponer de un espacio en el domicilio propio destinado exclusivamente al trabajo, lo que podría implicar adaptaciones que la empresa debería asumir, así como la asunción de los costes (equipos de trabajo, ergonómicos, conexión a internet, electricidad...) que pudieran derivarse de la prestación de servicios a distancia.

El teletrabajo es un sistema de trabajo con una potencialidad enorme, tanto desde la perspectiva de la empresa (flexibilidad, reducción de costes...) como de la persona trabajadora (conciliación de la vida personal y laboral...), pero también desde una perspectiva social, que puede ayudar a facilitar la integración en el mundo del trabajo de jóvenes, personas con discapacidad, personas trabajadoras en entornos rurales... De forma tal que no puede por menos que sorprender la existencia hasta el momento de un cierto vacío analítico, así como la tibieza, o más bien indolencia, con la que las autoridades legislativas se han acercado al teletrabajo, generando una clara situación de anomia o falta regulatoria, radicando un gran problema en materia preventiva en el control de la existencia de riesgos y el cumplimiento de medidas de protección (Luque Parra y Ginés i Fabrellas, 2016, pp. 51 y ss.).

Desde luego, la normativa que se está preparando ante la necesidad surgida deberá constituir un cuerpo bien pensado, estudiado y analizado con tranquilidad y en profundidad, debiendo ser lo suficientemente flexible y encontrarse abierta a múltiples posibilidades. No debe surgir de la improvisación por urgencia, pues en tal caso nacería sin duda huérfana de muchos aspectos e incompleta en su contenido y alcance. Durante muchos años,

el teletrabajo ha sido una figura absolutamente olvidada por el legislador, por lo que ahora no puede pretenderse solucionar de un plumazo los necesarios deberes olvidados en los últimos tiempos. La ley debe necesariamente contener una regulación que proporcione seguridad jurídica ante la insuficiencia del articulado del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Los beneficios y ventajas que abanderan al teletrabajo como su «flexibilidad» y «libertad» pueden tornarse en su mayor debilidad (Ordóñez Pascua, 2018, p. 186), dejando abierto un extenso abanico de riesgos, especialmente físicos y psicosociales asociados al empleo de las tecnologías de información y comunicación (TIC), como el uso continuo de pantallas de visualización o telefonía. Lo cierto es que la flexibilidad laboral y el teletrabajo respaldados por las TIC pueden ofrecer mejores oportunidades de empleo a determinados colectivos de trabajadores (Burriel Rodríguez-Diosdado, 2020). Ahora bien, junto a sus numerosas ventajas tanto para la empresa como para las personas trabajadoras, se manifiestan una serie de consecuencias y efectos negativos.

Un aspecto básico será el control horario y la garantía real de una desconexión digital hoy en día difícil de creer, pues no se trata de confundir flexibilidad con intensidad y descontrol horario. Resulta necesario, por tanto, que esta fórmula laboral vaya acompañada de las debidas garantías de descanso, evitando tiempos de exposición ilimitados, aprovechando para ello las múltiples posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías y las fórmulas de trabajo más centradas en el rendimiento unido a la relevancia de la conectividad constante. Se debe hacer especial énfasis en la imperiosa necesidad de respetar los momentos de asueto y descanso, impidiendo el desbordamiento del propio concepto de tiempo de trabajo y evitando una plena disponibilidad y excesiva dependencia de la persona trabajadora (Serrano Argüeso, 2019, p. 171) que, lo cierto, es habitual que tenga lugar cuando se desarrolla la prestación a distancia.

Otra cuestión fundamental y uno de los principales problemas lo constituye la gestión del tiempo de trabajo, en tanto los límites entre la vida laboral y profesional se difuminan al estar en uso permanente de los mismos dispositivos en las actividades de trabajo y ocio (ordenadores, tabletas, teléfonos móviles...). Es fundamental en este ámbito el estricto cumplimiento de dos previsiones legales: de un lado, el artículo 34.9 del ET respecto a la cuantificación de la dedicación, que establece cómo «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»; de otro, lo previsto en el artículo 88 de la LOPDGDD, de acuerdo con el cual «los trabajadores y los 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».

Lo cierto es que el enfoque de la futura regulación del trabajo a distancia y el teletrabajo no debería sentar sus bases en su consideración como una medida de conciliación de la vida personal y familiar, sino partiendo de entenderlo como una forma de organización del trabajo y de prestación de servicios, entre cuyos efectos estará el poder permitir dar cobertura a las necesidades de conciliación en términos en la medida de lo posible equiparables a las medidas

de esta naturaleza que puedan ser aplicadas al trabajo presencial, sin que en ningún caso puedan asumirse riesgos de perpetuación de roles y estereotipos de género por esta vía<sup>7</sup>.

En fin, en el ámbito del teletrabajo, la flexibilidad de la norma resulta imprescindible para que las empresas puedan aplicarla en virtud de sus concretas características, habida cuenta de que la autonomía colectiva debería jugar un papel fundamental en la posición de desarrollo de las bases mínimas que una normativa marco debería regular para que, partiendo de estas, cada entidad pudiera adaptar tales premisas a sus particularidades y necesidades en virtud del tipo de actividad desarrollada o del sector productivo.

## 2.4. La robótica

Aunque parecía algo muy lejano situado en el terreno de la ciencia ficción, lo cierto es que ya hace tiempo que la robótica se incorporó al mundo laboral; circunstancia que se va intensificando a un alto ritmo. La coexistencia de robots y humanos en el entorno de trabajo también constituye una seria fuente de riesgos de diversa índole que deben ser contemplados y evitados. El hecho de tener «compañeros de trabajo» robots conduce inevitablemente a preguntarse por el concepto de trabajador a la hora de aplicar lo establecido en la LPRL y su normativa de desarrollo.

En el proceso de eliminación de las barreras existentes, la necesidad de:

[...] una regulación jurídica de la robótica es evidente, aunque no exista una posición unánime sobre su modo y alcance porque aún no hay posición común sobre el marco de referencia ético para enfrentarnos a los retos que la robótica plantea. Ya se siga la vía de la regulación, diríamos *hard law*, ya se opte por una vía de *soft law* (la responsabilidad social empresarial a veces plasmada en códigos de conducta, generales o específicos «robóticos»), en ambos casos, debe promoverse la transparencia y la rendición de cuentas, en lo tocante a costes y beneficios, económicos y sociales (Sánchez-Urán Azaña y Grau Ruiz, 2019, p. 5).

En este sentido, y en atención al problema jurídico que se quiera solventar, existen diferentes conceptos de robot, pudiendo adoptar un concepto más estricto orientado a la actividad y el sector industrial u otro más amplio relacionado con los sistemas de inteligencia artificial implantados en los robots, lo que conduce a cuestionarse la posible consideración como trabajador de un robot inteligente y, aunque podría tener reconocido:

[...] un cierto estatus laboral [...] no podrá ser considerado jurídicamente trabajador asalariado o por cuenta propia; el derecho del trabajo se fundamenta en el trabajo

<sup>7</sup> Sobre estas y otras cuestiones relativas al anteproyecto de ley, *vid.* Consejo Económico y Social (CES, 2020).

humano y el robot, aunque con altas dosis de inteligencia artificial, no puede ser considerado como tal (Sagardoy de Simón, 2020, p. 20).

En el ámbito preventivo, el menor de los cambios no ha sido (ni será) la incorporación de robots con inteligencia artificial. En el futuro, la cooperación entre robots y humanos se diversificará, con los robots aumentando su autonomía y la colaboración entre humanos y robots alcanzando formas completamente nuevas. Los enfoques actuales y las normas técnicas destinadas a proteger a las personas empleadas del riesgo de trabajar con robots colaborativos tendrán que ser revisados, ampliados y desde luego incorporados a los planes de prevención (Álvarez Cuesta, 2017, p. 29).

Los efectos de la robótica sobre la motivación y el bienestar de quienes prestan servicios por cuenta ajena y de los estratos de dirección en la empresa no son todavía adecuadamente conocidos ni han sido estudiados y analizados aún lo suficiente para poder obtener unas conclusiones claras y significativas, de forma tal que habrá que atender especialmente también a los factores psicosociales relacionados con esta, que inevitablemente requerirán una mayor atención en el campo de la seguridad y la salud.

Así, la utilización en los procesos productivos de robots plantea ya y planteará en el futuro serios desafíos para la prevención de riesgos laborales, habida cuenta de que, de una parte, la robotización puede reducir la carga física y psíquica sobre las personas trabajadoras, pero, de otra, también puede provocar, a un tiempo, mayores tensiones psíquicas y la necesidad de una protección específica como consecuencia de la creciente responsabilidad humana en procesos de producción más complejos.

Desde la Unión Europea se reclama la instauración de sistemas globales que garanticen la protección de la salud y la seguridad de las personas trabajadoras que operan con o junto a sistemas robotizados u otras formas de inteligencia artificial, así como la introducción de normas que regulen las responsabilidades y garanticen que los daños causados por robots autónomos puedan dirimirse en favor de las personas trabajadoras.

Como ya se destacó, en el supuesto de que la vía de regulación finalmente aceptada fuera la imperativa, se debe tener en cuenta «no solo la multiplicidad de las aplicaciones tecnológicas, sino la variedad de problemas jurídicos que estas generan y la dificultad de reconducirlos (Sánchez-Urán Azaña y Grau Ruiz, 2019, p. 5) hacia un paradigma homogéneo» (Palmerini, 2017), aunque ya se hable, por otra parte, del derecho de los robots con la intención de llegar a configurar nada menos que una nueva disciplina jurídica asentada «en un "nuevo paradigma legal", un nuevo marco de reglas jurídicas claras que puedan conferir certeza respecto de los deberes y responsabilidades de los actores involucrados en el proceso de innovación robótica» (Barrios Andrés, 2018, pp. 65 y ss.).

Los retos a los que se enfrenta la prevención de riesgos:

[...] pasarán en el futuro por la introducción de tecnologías de mejora humana como los exoesqueletos o robots portátiles, visión artificial o neurochips, que generarán

nuevos o remozados riesgos a investigar, evaluar y prevenir; los arreglos ergonómicos y logísticos de los robots autónomos necesitan nuevas pruebas y actividades de pilotaje en las industrias y en el sector de servicios y se deben ofrecer programas de formación adaptados a los trabajadores que programarán, explotarán, mantendrán o compartirán el lugar de trabajo con estos robots (Álvarez Cuesta, 2017, pp. 28-29).

Uno de los mayores beneficios derivados de un uso cada vez más intenso de robots en los procesos productivos y desarrollo de la prestación de servicios en general será, sin duda, la posibilidad de sustituir por estos a las personas que trabajan en entornos peligrosos o poco saludables, así como su utilización con objeto de eliminar o paliar posibles discapacidades de la persona trabajadora. En determinados ámbitos como el espacio, la defensa, la seguridad, la industria nuclear, la logística, el mantenimiento e inspección, los robots autónomos serán (ya lo son) particularmente útiles para reemplazar a quienes realizan estas tareas inseguras, peligrosas, nocivas, sucias, aburridas, evitando con ello la exposición de la persona trabajadora a determinados agentes y condiciones, logrando de tal forma una enorme y valiosísima reducción de riesgos físicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales.

Por otro lado, no hay duda de que una parte de los trabajos se perderán a raíz de la sustitución de las personas trabajadoras por robots (Sagardoy de Simón, 2020, p. 19). Sin embargo, la destrucción de unos empleos y la aparición de otros nuevos (Fernández Domínguez, 2019):

[...] no solo no tiene nada de nuevo en la historia socioeconómica de toda la humanidad, sino que ni tan siquiera debería atemorizarnos, pues, esa misma historia dice que, al final, el balance siempre es positivo: trabaja más gente que antes (Molina Navarrete, 2019a, p. 7).

La introducción de robots con inteligencia artificial o la utilización de dispositivos tecnológicos modificará y dotará de nuevo contenido a los mandatos legalmente establecidos no solo en las normas preventivas, sino también en el resto. Ahora bien, y de acuerdo con los expertos en la materia, las máquinas no nos jubilarán hasta el año 2.140, aunque el proceso es paulatino e imparable, y ya se ha comenzado a transitarlo más rápido incluso de lo que se podía prever.

## 2.5. Los riesgos psicosociales

Por sus implicaciones con todo lo mencionado no pueden dejarse de lado los riesgos psicosociales o derivados del factor humano, debiendo atender a cuestiones como la preocupación por el envejecimiento, el tecnoestrés, el acoso cibernético<sup>8</sup>, la ya mencionada dificultad de la desconexión tecnológica y su influencia en el ser humano o el síndrome del trabajador quemado.

<sup>8</sup> Sobre el acoso cibernético laboral y su consideración como riesgo psicosocial emergente en la nueva sociedad digital, *vid.* De Vicente Pachés (2020, pp. 649-677); López Rodríguez (2018); o Molina Navarrete (2019b, pp. 1-19).

Dichos comportamientos acaban por incidir tanto en la faceta personal como laboral de las personas, pues la utilización continua, habitual y reiterada de las nuevas tecnologías está cambiando la forma de actuar de los seres humanos. Tal circunstancia también presenta sus consecuencias a nivel laboral, obligando a realizar ciertas adaptaciones en el marco de la organización productiva para intentar adaptar esta a la nueva realidad y, cómo no, a abrir el debate sobre si es necesaria o no cierta intervención jurídica para intentar poner remedio a algunos de los problemas vinculados al uso de las nuevas tecnologías en el lugar de trabajo (Fernández Fernández, 2018, p. 167).

El avance de las tecnologías ha disparado exponencialmente las posibilidades de comunicación como resultado de tener a nuestra disposición de manera inmediata dispositivos e instrumentos que permiten interactuar con otras personas de manera fácil e instantánea, se encuentren donde se encuentren esas personas. Así, las numerosas posibilidades vinculadas a la utilización de nuevas herramientas tecnológicas han constituido un enorme avance en la sociedad actual, permitiendo posibilidades de conexión e intercambio hasta ahora desconocidas.

Por otra parte, la generalización de redes sociales<sup>9</sup> como Twitter, WhatsApp, Facebook, Snapchat, LinkedIn, etc., ha traído consigo importantes beneficios, pero también retos desde el punto de vista jurídico, tendentes a ordenar las posibles conductas que pueden ser realizadas a través de las mismas (Fernández Fernández y González Vidales, 2020, p. 2).

En este sentido, ya se han comenzado a estudiar determinados comportamientos vinculados al uso de estas redes sociales y las nuevas tecnologías que pueden traer aparejadas alteraciones de la salud de quienes las utilizan, dando lugar a términos como tecnofobia (u odio a las nuevas tecnologías), tecnoansiedad (o negatividad ante las mismas por incapacidad para su manejo), tecnoadicción (o necesidad imperiosa de un uso continuado de estas herramientas) o tecnofatiga (hartazgo por la utilización permanente de las mismas).

Bajo el término tecnoestrés se agrupan una serie de desequilibrios funcionales en los que ansiedad, sobrecarga de información, conflicto de roles, factores de organización, ausencia de formación, exceso de trabajo, alta presión temporal, plazos urgentes de finalización, prolongación de la jornada laboral, disponibilidad permanente y un largo etcétera<sup>10</sup> se proyectan bajo patrones o denominaciones conocidas, a las cuales viene a añadirse el prefijo o sufijo «tecno» para dotarlos de una nueva dimensión, en el sempiterno dilema derivado de los fallos en la relación demanda-recursos-control.

<sup>9</sup> «Se estima que, durante un único día, se envían 500 millones de tweets, 295 mil millones de correos electrónicos, 65 millones de mensajes de WhatsApp, se hacen 5 mil millones de búsquedas en internet y se crean 4 petabytes de información en Facebook [...]. Las estimaciones para el año 2025 indican la creación de 645 exabytes de datos en un solo día» (Palomo Zurdo y Rey Paredes, 2019, p. 10).

<sup>10</sup> Más allá de todos los señalados, existe una multiplicidad de factores de riesgo que pueden incidir en la aparición del tecnoestrés, pues se trata de un listado muy amplio (Vallecillo Gámez, 2016, p. 191).

La tecnofobia puede ser comprendida a través de tres factores básicos: resistencia, miedo o ansiedad y pensamientos hostiles hacia lo tecnológico, de intensidad variable, los cuales llevan desde la incomodidad a la sensación cognitiva, hasta alcanzar el grado patológico de la ansiedad o miedo irracional. Se puede definir con base en tres dimensiones como son la resistencia a hablar sobre tecnología o incluso pensar en ella, el miedo o ansiedad y los pensamientos hostiles y agresivos hacia la tecnología (Jay, 1981). En este nivel surgirán los trastornos adaptativos (psicológico, social o de funcionamiento) y la ansiedad generalizada y somatizada a nivel físico y psicológico, para cuyo tratamiento resulta aconsejable recurrir a psicoterapias de exposición: desensibilización sistemática, inundación o terapia implosiva y exposición gradual.

La tecnofatiga, o agotamiento tanto mental como cognitivo, puede ser fruto de la conocida como «infoxicación», o falta de habilidad para procesar toda la información de que dispone el usuario. De gravedad manifiesta, en la medida en que su somatización física y mental puede conducir a situaciones incapacitantes o problemas notorios de rendimiento, las medidas de prevención disponibles son las comunes ante cualquier fenómeno de estrés, adaptadas a este contexto específico: organizacionales, o de intervención en las condiciones de trabajo generales, e individuales, que potencien la resistencia allí donde esta ha fallado (Fernández Domínguez, 2018).

La tecnoadicción precisa ser ponderada en otros contextos o personalidades adictivas. Lo cierto es que para cada vez más personas:

[...] la conexión laboral permanente (digital y emocional) se convierte en una necesidad tan imperiosa como el consumo compulsivo de sustancias, por lo que la garantía opuesta de «desconexión» sería una herramienta («equipo de protección individual» o EPI) tan útil en la lucha contra el estrés como la abstinencia en la lucha contra el alcoholismo (Molina Navarrete, 2019a, p. 17).

La tecnoansiedad es el tipo de tecnoestrés más conocido, en donde la persona experimenta altos niveles de activación fisiológica no placentera, y siente tensión y malestar por el uso presente o futuro de algún tipo de TIC. La misma ansiedad lleva a tener actitudes escépticas respecto al uso de tecnologías, a la vez que pensamientos negativos sobre la propia capacidad y competencia con las TIC (Salanova *et al.*, 2007, p. 2).

Lógicamente, las condiciones laborales pueden contribuir, unidas a otros factores, a magnificar los perjuicios de las consecuencias señaladas, en tanto la organización productiva puede pretender la permanente conexión de la persona trabajadora a su actividad productiva a través de las nuevas tecnologías, intentando con ello dar al cliente el mejor de los servicios y ganar su confianza aumentando con ello su fidelidad y mejorar su cuenta de resultados. Sin duda alguna, dicha situación va a constituir un factor de estrés importante que puede causar trastornos físicos y psíquicos en la persona trabajadora (Todolí Signes, 2020, pp. 473 y ss.), habida cuenta de que va a provocar llamadas o conexiones fuera del horario laboral, sobrecarga de trabajo, adicción (o todo lo contrario, una fobia absoluta) al

mecanismo tecnológico al verse obligada a estar constantemente pendiente de él o, incluso, a verse sometida a controles no autorizados por parte de la persona empleadora.

Experiencias pasadas con las TIC, actitudes y valores frente a la tecnología y márgenes y sentimientos de autoeficacia irreal o impotencia ante las innovaciones introducidas en el trabajo se traducen en variados tipos específicos de riesgos, siempre presididos por las constantes de las fuentes tradicionales: demandas técnicas desproporcionadas o desequilibradas en relación con carencias en habilidades personales reales o presuntas (sentidas como tales o sobrevaloradas, admitiendo tanto el exceso como el defecto) y falta de los amortiguadores necesarios (autoeficacia específica, estrategias de afrontamiento o *coping* y un grado de aceptación normalizado) como factores imprescindibles para hacerles frente (Fernández Domínguez, 2018, pp. 171-172).

Se produce así la aparición de un escenario donde, entre otros actores, cobran singular protagonismo el síndrome de fatiga informativa (Igartua Miró, 2020, pp. 620 y ss.) (*data smog*), la locura multitarea (*multitasking madness*) y la «accidentabilidad informática» (*computer hassles*); a sus resultados, casi siempre, el síndrome de estar quemado por el trabajo (*burnout*), que ante el paradigma de la «maximización digital» implica el encontrarse con una enfermedad psicosocial «típica de una sociedad del cansancio productivista y de rendimiento dominada por la tecnología»<sup>11</sup>.

La implantación de las TIC reduce el contacto personal, de forma tal que la posibilidad de recibir apoyo social, de tipo emocional, puede llegar a verse afectada, en virtud de lo cual la empresa debe proporcionar y facilitar los mecanismos para que las personas puedan exponer los problemas que les supone un cambio en su manera de trabajar, en las habilidades requeridas para el desarrollo de la tarea, de manera que les facilite la adaptación al cambio. Su incidencia exige, como primera medida de prevención, contar con instrumentos fiables para detectar el fenómeno general y sus variantes, apoyados en herramientas de evaluación como los cuestionarios CET, RED.es, Red General, RED-TIC o RED-TT, aun cuando el único validado hoy en día en España es el RED-TC (Salanova *et al.*, 2007, p. 2).

Las patologías derivadas de la masiva introducción de la tecnología en la vida y en el trabajo mueven a reflexionar sobre las dificultades para la adaptación causadas por la falta de habilidad para tratar adecuadamente con tan ingente como imprescindible bagaje, hasta el punto de poder analizar, como ya se destacó, la posibilidad de abarcar conceptos como un nuevo enfoque de la discapacidad que se puede generar ante la falta de adaptación a los avances tecnológicos.

Para paliar dicha situación, y evitar que la persona trabajadora tenga la obligación de estar conectada permanentemente a través de las nuevas tecnologías con su quehacer productivo,

<sup>11</sup> «Conformándose como una patología derivada de la interacción del trabajador con unas perjudiciales condiciones de trabajo, así como una inadecuada gestión del mismo que deteriora y produce el cansancio excesivo y progresivo del trabajador» (González Cobaleda, 2019, p. 101).

se ha introducido el denominado «derecho a la desconexión» (Vallecillo Gámez, 2017; 2020) en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, y en su recepción a nivel interno en la LOPDGDD (Miñarro Yanini, 2020, pp. 577-596; Quílez Moreno, 2020, pp. 597-611), forzando a las empresas a poner en marcha políticas de modernización tecnológica que garanticen los derechos de las personas trabajadoras.

Pero ¿se puede hablar propiamente, entre otras muchas cuestiones, de este derecho y esa necesidad de desconexión y solo atender urgencias?, ¿es realmente posible?, ¿la persona empleada se atreverá a no contestar a una llamada de la empresa o directa del empresario?, ¿cuál sería la reacción de este en tal caso?, ¿se puede creer realmente en esa desconexión en la práctica?

Lo cierto es que si no se regula adecuadamente el uso continuo de las nuevas tecnologías y TIC acaba transformándose en una perpetua disponibilidad, diluyéndose «los códigos de espacio y tiempo pues normalizan su uso durante las veinticuatro horas a escala planetaria». El derecho a la desconexión constituye así una réplica:

[...] frente a la dilución de los códigos de espacio y tiempo antes descrita. Y en este sentido, los ordenamientos dan carta de naturaleza a un «nuevo derecho» para garantizar las condiciones de descanso y el aislamiento de los trabajadores, pero también para preservar los derechos de conciliación de la vida personal y familiar en planos paralelos de protección (Alemán Páez, 2017).

Aunque bienvenidas sean todas las iniciativas en este aspecto apoyando todos los pasos emprendidos, aunque cabe pedir más, en tanto parece que no vienen sino a constituir un «parche» (Fernández Fernández y González Vidales, 2020, p. 3), al no afrontar de manera global y transversal el problema, poniendo únicamente remedio a determinadas cuestiones consideradas más trascendentes por el legislador. La verdad es que aún quedan muchos tópicos fuera de ambas regulaciones, habida cuenta de que:

[...] la promulgación de una norma específica en materia de protección de datos aplicable a los centros de trabajo, aunque supone un avance, no resuelve, por tanto, todos los problemas suscitados en el ámbito laboral, dadas las situaciones heterogéneas y cambiantes en los diversos sectores productivos y, sobre todo, la constante innovación tecnológica y sus efectos en el seno de la empresa (Rodríguez Escanciano, 2019, p. 31).

En este punto, la jurisprudencia ha sido, es y seguirá siendo fundamental en la construcción de un marco jurídico adecuado alrededor de todas estas cuestiones (Purcalla Bonilla, 2019, pp. 73-74). En este sentido, no faltan pronunciamientos que han señalado cómo la sobrecarga digital puede ser un factor de riesgo psicosocial y que deben evaluarse y aplicarse medidas protectoras, debiendo la sobreexposición digital que genera la organización contemporánea del trabajo en la persona trabajadora ser proporcionada, así como lo menos

invasiva posible para su vida, tanto dentro de la jornada laboral como, de forma más intensa aún, fuera de la misma<sup>12</sup>.

## 2.6. Otros riesgos derivados de la carga de trabajo

Existen múltiples patologías ligadas a la tecnología. Las principales consecuencias o patologías físicas que se encuentran relacionadas con las TIC son las malas posturas o problemas musculares<sup>13</sup>, destacando los dolores de cabeza, espalda, hombros, cuello, muñeca, dedos y de las extremidades superiores; problemas oftalmológicos de mayor o menor acentuación como la fatiga visual, el estrés visual o la degeneración macular; trastornos en el sueño al alterarse los ritmos circadianos al inhibir la producción de melatonina; así como la ansiedad y un cansancio general.

Frente a estas patologías ligadas a la tecnología digital se recomiendan no solo medidas asociadas a la reducción de exposición (en línea con el obsoleto art. 3.4 RD 488/1997 para pantallas de visualización), alternando las tareas, así como el uso de diversos equipos de protección (dotados con tecnología adecuada tanto para bloquear la luz nociva cuanto para reducir la fatiga visual causada por los tiempos de vida digital, dentro y fuera del trabajo), sino también a hábitos de vida saludable: alimentación (frutas y verduras) rica en antioxidantes (luteína y zeaxantina), que protegen frente a la degeneración macular asociada a la edad (DMAE). El enfoque de la OIT, que integra las políticas de seguridad y salud en el trabajo digital (prevención de riesgos) con la promoción de la salud laboral (fomento de hábitos de vida saludables), y viceversa, es aquí muy oportuno. El problema es que no resulta obligatorio, depende de la decisión prudente de cada fabricante prevenir la fatiga visual informática, sin que el artículo 41 de la LPRL sea satisfactorio, tampoco la mera responsabilidad social corporativa de las personas empleadoras (Molina Navarrete, 2019a, p. 22).

## 2.7. La nanotecnología

La nanotecnología se presenta como la gran revolución tecnológica de nuestra época. Se trata de una tecnología que se dedica al diseño y manipulación de la materia a nivel de átomos o moléculas con diferentes fines, fabricando productos a microescala a través de la

<sup>12</sup> En tal sentido, *vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 3058/2017, de 27 de diciembre, que establece, respecto al control vía GPS, cómo únicamente debe atenderse durante la jornada, obligando a la empresa a poner en marcha procedimientos que permitan desactivarlo, vulnerando toda extralimitación en el uso de este dispositivo, por una parte, el derecho a la intimidad, pero también, por otra, el derecho a la integridad (identidad) psicosocial.

<sup>13</sup> La segunda Encuesta europea de empresas sobre riesgos nuevos y emergentes (ESENER-2) muestra como unos de los factores de riesgo más frecuentes las posturas forzadas o extenuantes (56 %) y los movimientos repetitivos de manos y brazos (52 %) (Agencia Europea de la Salud y Seguridad en el Trabajo, 2016, pp. 11 y ss.).

manipulación de la materia con al menos una dimensión del tamaño de entre 1 a 100 nanómetros. La utilización de productos que contienen nanomateriales está introducida en casi todos los sectores industriales, destacando entre sus aplicaciones las de productos de la industria de la alimentación, la energía, la construcción, la medicina, la ingeniería de materiales y la aeroespacial.

En cuanto a normativa se refiere, aunque en la legislación europea no hay un marco específico para los nanomateriales, la normativa existente que corresponda según la situación en que se usen y sus características de peligrosidad les será de total aplicación, tal y como ha expresado la Comisión Europea en varias de sus publicaciones relativas a los aspectos legislativos de los nanomateriales –Comisión Europea COM (2008) 366 final, Aspectos reglamentarios de los nanomateriales; Comisión Europea COM (2012) 572 final, Segunda revisión de la normativa sobre los nanomateriales; European Commission (2014), Guidance on the protection of the health and safety of workers from the potential risks related to nanomaterials at work<sup>14</sup>.

Basta observar la creciente inversión en el ámbito público y privado en investigación y desarrollo de esta tecnología a nivel global, la continua producción científica y sus cada vez más amplias aplicaciones para entender las enormes expectativas generadas por su potencial, tanto a nivel de bienestar como de innovación y de impacto económico. Sin embargo, actualmente, y a pesar de ello, la sociedad no se encuentra preparada para una revolución tecnológica de semejante envergadura.

En paralelo con estas aparentemente ilimitadas posibilidades, la nanotecnología presenta nuevos retos para entender, predecir y gestionar los riesgos potenciales para la seguridad y la salud de las personas trabajadoras, pues son ya millones en todo el mundo las que se encuentran expuestas a las nanopartículas como evidente ejemplo de riesgos emergentes, y en los próximos años se prevé un gran desarrollo de su uso, lo que elevará el número de personas ligadas a estos peligros, por lo que se hace patente la necesidad de incluirla en la evaluación de riesgos como un elemento de gran importancia.

Los riesgos para la seguridad y la salud de las personas trabajadoras asociados a la nanotecnología están todavía fuera de una clara comprensión y suficiente estudio. La exposición a los nanomateriales durante su proceso de fabricación y manejo puede ocurrir vía inhalación, ingestión o vía dérmica (Argote, 2019), a pesar de lo cual actualmente se están manipulando sin la información suficiente de sus propiedades y de los riesgos que pueden suponer para la salud y la seguridad. Su reducido tamaño cambia las propiedades toxicológicas de los materiales, en su mayoría desconocidas, lo que hace que las metodologías de detección y las medidas preventivas existentes puedan no ser válidas para evitar los riesgos derivados de su exposición.

Así, las propiedades de estas novedosas nanopartículas y nanoestructuras son todavía, en gran parte, desconocidas. Ahora bien, se sospecha que, con algunas de estas propiedades,

---

<sup>14</sup> Para un análisis sobre esta materia, *vid.* Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (2015, pp. 5 y ss.).

como la superficie altamente reactiva de los nanomateriales o su habilidad para atravesar membranas, podría vincularse un grado potencialmente elevado de toxicidad, de forma tal que se hace imprescindible incrementar la investigación sobre seguridad, toxicidad, riesgos ambientales, efectos sobre la salud, problemas éticos e impactos sociopolíticos de las nanotecnologías, desarrollando y aplicando medidas cautelares.

Es necesario ofrecer información y formación a las personas trabajadoras sobre cómo manipular los nanomateriales de forma segura (UGT, 2017, pp. 5-7), evitando riesgos para su seguridad y salud. En algunos casos serán medidas derivadas de la aplicación del principio de precaución que aconseja, con base en la falta de acuerdo o conocimiento científico sobre un riesgo en concreto, en este caso, la exposición a productos o materiales que se sospecha pueden ser peligrosos, adoptar todas las medidas necesarias para reducir o hacer desaparecer el riesgo hasta que no se tengan datos más concluyentes.

## Referencias bibliográficas

- Agencia Europea de la Salud y Seguridad en el Trabajo. (2016). *Second European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESENER-2). Overview Report: Managing Safety and Health at Work*. Publications Office of the European Union.
- Agra Viforcós, Beatriz. (2018). *Derecho de la seguridad y la salud en el trabajo*. (3.ª ed.). Eolas.
- Alemán Páez, Francisco. (2017). El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail n.º 2016-1088». *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 30, 12-33.
- Álvarez Alonso, Diego. (2017). El futuro del trabajo y su regulación jurídica ante los retos de la «atomización» y la fragmentación empresarial. En *El futuro del trabajo que queremos* (vol. 2) (pp. 9-30). Ministerio de Trabajo y Seguridad Social/OIT.
- Álvarez Cuesta, Henar. (2017). *El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro*. Colex.
- Argote, José Ignacio. (26 de junio de 2019). Nanomateriales: riesgos para la salud y recomendaciones en el manejo de nanopartículas en entornos laborales. *Interempresa.net*. <https://www.interempresas.net/Proteccion-laboral/Articulos/250630-Nanomateriales-riesgos-salud-recomendaciones-manejo-nanoparticulas-entornos-laborales.html>.
- Arias Domínguez, Ángel y Rubio Sánchez, Francisco. (2006). *El derecho de los trabajadores a su intimidad*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Barrios Andrés, Moisés. (2018). Del derecho de internet al derecho de los robots. En Moisés Barrios Andrés (Dir.), *Derecho de los robots* (pp. 61-86). La Ley.
- Bologna, Silvio eludicone, Feliciano. (2018). El trabajo ágil y el teletrabajo en el escenario europeo y comparado: dinámicas emergentes,

- efectos sobre la calidad del trabajo e instrumentos de regulación. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 5, 531-538.
- Burriel Rodríguez-Diosdado, Pepa. (1 de mayo de 2020). Los retos del mundo del trabajo. Antes y ahora. *Catalunya Press*. <https://www.catalunyapress.es/texto-diario/mostr/1944702/retos-mundo-trabajoantes-ahora>.
- Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel. (2020). Un nuevo derecho del trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de seguridad social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria de Covid-19. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, 317-348.
- Cassini Gómez de Cádiz, Javier. (5 de marzo de 2018). ¿Influyen los cambios tecnológicos en la prevención de riesgos laborales? Algunas implicaciones jurídicas. *Legal Today*. <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-social-laboral/prevencion-riesgos-laborales/influyen-los-cambios-tecnologicos-en-la-prevencion-de-riesgos-laborales-algunas-implicaciones-juridicas-2018-03-05/>.
- Consejo Económico y Social. (2020). Dictamen 2/2020, sobre el anteproyecto de Ley de trabajo a distancia. CES.
- Cruz Villalón, Jesús. (2020a). El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales. En Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrián Todolí Signes (Dirs.), *Vigilancia y control en el derecho del trabajo digital*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Cruz Villalón, Jesús. (2020b). Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, 406-419.
- Esteve Segarra, María Amparo. (2019). *Puntos críticos en el tratamiento jurisprudencial e inspector de la descentralización empresarial, la contratación laboral y las empresas multiservicios*. Bomarzo.
- Fernández Domínguez, Juan José. (2018). Prevención de riesgos psicosociales causados por las nuevas tecnologías. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 5, 171-172.
- Fernández Domínguez, Juan José. (2019). «La revolución de los robots» y sus efectos sobre el empleo: algunas claves para un debate abierto. En Tomás Quintana López (Dir.) y Susana Rodríguez Escanciano y Ana Belén Casares Marcos (Coord.<sup>as</sup>), *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León: varias perspectivas* (pp. 209-240). Tirant lo Blanch.
- Fernández Fernández, Roberto. (2018). Las adicciones provocadas por la utilización de las nuevas tecnologías: ¿nuevos factores de riesgo psicosocial? *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 5, 166-167.
- Fernández Fernández, Roberto y González Vidales, Cristina. (2020). El control empresarial del uso de las redes sociales en el lugar de trabajo: alcance y confines. *Cielo laboral.com*. [http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2020/05/fernandez\\_gonzalez\\_noticias\\_cielo\\_n5\\_2020.pdf](http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2020/05/fernandez_gonzalez_noticias_cielo_n5_2020.pdf).
- Fernández López, Juan Manuel. (2003). El derecho fundamental a la protección de datos personales. Obligaciones que derivan para el personal sanitario. *DS: Derecho y Salud, número extraordinario 1*(11), 37-46.
- Fernández López, María Fernanda. (2004). *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*. Trotta.
- Fernández-Costales Muñiz, Javier. (2009). *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Junta de Castilla y León/Eolas.
- Fernández-Costales Muñiz, Javier. (2016). *Aplicación práctica de la coordinación de actividades empresariales en materia preventiva*. CEOE/Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales.
- Fernández-Costales Muñiz, Javier. (2019). *Prevención de riesgos laborales y empresa: obligaciones y responsabilidades*. Aranzadi.

- Fernández-Costales Muñiz, Javier. (2020a). *Coordinación preventiva de actividades empresariales*. Aranzadi.
- Fernández-Costales Muñiz, Javier. (2020b). Las medidas específicas en prevención de riesgos laborales frente al SARS-Cov-2. Aplicación actual y proyección de futuro. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 233, 101-144.
- García Murcia, Joaquín y Rodríguez Cardo, Iván Antonio. (2019). La protección de datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 216, 19-64.
- García Ninet, José Ignacio. (2000). Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratas y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24. En *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno* (pp. 273-298). Tirant lo Blanch.
- González Cobaleda, Estefanía. (2019). Digitalización, factores y riesgos laborales: estado de situación y propuestas de mejora. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, número extraordinario 1*, 85-112.
- Goñi Sein, José Luis. (1993). Flexibilidad y revisión del ámbito del derecho del trabajo. En Juan Rivero Lamas (Coord.), *La flexibilidad laboral en España* (pp. 71-88). Instituto de Relaciones Laborales.
- Goñi Sein, José Luis. (2004). Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos. En Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Ricardo Esteban Legarreta (Coords.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo* (pp. 13-54). Bomarzo.
- Igartua Miró, María Teresa. (2000). Teletrabajo y prevención de riesgos laborales. En *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999 (pp. 1.045-1.064). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Igartua Miró, María Teresa. (2020). Digitalización, monitorización y protección de la salud: más allá de la «fatiga» informática. En Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrián Todolí Signes (Dirs.), *Vigilancia y control en el derecho del trabajo digital*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. (2015). *Seguridad y salud en el trabajo con nanomateriales*. INSHT.
- Iranzo García, Yolanda y Piqué Ardanuy, Tomás. (2011). NTP 918: Coordinación de actividades empresariales (I). Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.
- Jay, Timothy B. (1981). Computerphobia: What to do about it? *Educational Technology*, 21, 47-48.
- Lahera Forteza, Jesús. (2020). Flexiseguridad laboral ante la crisis del coronavirus. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, 419-429.
- López Rodríguez, Josune. (2018). Caracterización jurídica del ciberacoso laboral. En Lourdes Mella Méndez (Dir.<sup>a</sup>) y Alicia Villalba Sánchez (Coord.<sup>a</sup>), *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo. Un reto del siglo XXI* (pp. 361-381). Wolters Kluwer.
- Luján Alcaraz, José. (2005). Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación. *Aranzadi Social*, 5, 55-64.
- Luque Parra, Manuel y Ginés i Fabrellas, Anna. (2016). *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*. CEOE.
- Martín, Óliver. (16 de abril de 2018). La transformación digital debe reafirmar a la persona como el centro de la prevención de riesgos laborales. MCPRO. <https://www.muycomputerpro.com/2018/04/16/transformacion-digital-prevencion-riesgos-laborales>.

- Martínez Moreno, Carolina. (1999). Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 601-642.
- Miguel Sánchez, Noelia de. (2006). Investigación y protección de datos de carácter personal: una aproximación a la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica. *Revista Española de Protección de Datos*, 1, 143-201.
- Ministerio de Industria, Energía y Turismo (Ed.). (2015). *Industria conectada 4.0. La transformación digital de la industria española*.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2002). *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratas y subcontratas*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2009). La prevención de riesgos laborales en los supuestos de coordinación de actividades empresariales. En Amparo Garrigues Giménez (Dir.<sup>a</sup>), *Derecho de la prevención de riesgos laborales*. Bomarzo.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2020). El sistema de prevención de riesgos laborales como garantía de efectividad del derecho a la desconexión. En Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrián Todolí Signes (Dirs.), *Vigilancia y control en el derecho del trabajo digital*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2019a). [La «gran transformación» digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, número extraordinario 2019*, 5-26.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2019b). Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío. *Diario La Ley*, 9452.
- Moltó García, Juan Ignacio. (1998). *Prevención de riesgos laborales en la empresa*. AENOR.
- Monereo Pérez, José Luis. (1994). *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*. Ibídem.
- Navarro Nieto, Federico. (2005). *Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales*. Bomarzo.
- Ordóñez Pascua, Natalia. (2018). Teletrabajo en el marco de la industria 4.0: algunas cuestiones en orden a la prevención de riesgos laborales. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 5, 185-186.
- Organización Internacional del Trabajo. (2019). *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar cien años de experiencia*. OIT.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2019). *How's Life in the Digital Age?: Opportunities and Risks of the Digital Transformation for People's Well-being*. OECD.
- Palacios Valencia, Pablo y Morillo López, José Luis. (2009). La coordinación de actividades (entre empresas) en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y su problemática. *La Mutua*, 21, 97-115.
- Palmerini, Erica. (2017). Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea. *Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia)*, 32, 53-97.
- Palomo Zurdo, Ricardo Javier y Rey Paredes, Virginia. (2019). Retos e incertidumbres del proceso de transformación digital de la economía y de la sociedad. *Derecho Digital e Innovación*, 3.
- Pedrosa Alquézar, Sonia Isabel. (2005). *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral*. CES.
- Pedrosa Alquézar, Sonia Isabel. (2018). Vigilancia de la salud laboral y protección de datos. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 138, 163-186.

- Purcalla Bonilla, Miguel Ángel. (2019). Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados: notas a propósito de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 218, 55-86.
- Quílez Moreno, José María. (2020). La necesaria evaluación de riesgos y adopción de medidas preventivas para una correcta política empresarial y eficacia real de la desconexión digital. En Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrián Todolí Signes (Dir.), *Vigilancia y control en el derecho del trabajo digital*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Rey Guanter, Salvador del y Luque Parra, Manuel. (1999). Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 530-569.
- Rodríguez Escanciano, Susana. (2007). La potencialidad legislativa de la informática sobre los derechos de los trabajadores. *Revista Española de Protección de Datos*, 2, 95-158.
- Rodríguez Escanciano, Susana. (2018). El tratamiento de datos sensibles vinculados a la prevención de riesgos laborales. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 5, 167-168.
- Rodríguez Escanciano, Susana. (2019). *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Rodríguez Escanciano, Susana. (2020). Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por COVID-19. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, 449-472.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (2020). Emergencia sanitaria y legislación laboral. ¿Qué respuestas a la crisis? Un primer análisis de la normativa dictada en España. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, 384-406.
- Sagardoy de Simón, Iñigo. (2020). *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Lefevre.
- Salanova, Marisa; Llorens, Susana; Cifre, Eva y Nogareda, Clotilde. (2007). NTP 730: Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.
- Sánchez-Urán Azaña, Yolanda y Grau Ruiz, María Amparo. (2019). El impacto de la robótica, en especial la robótica inclusiva, en el trabajo: aspectos jurídico-laborales y fiscales. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 50.
- Serrano Argüeso, Mariola. (2019). «Always on». Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2(7), 164-191.
- Tascón López, Rodrigo. (2007). Sobre la ejecución procesal de las obligaciones derivadas de la legislación sobre protección de datos personales; en este caso, eliminar los datos relativos a los diagnósticos médicos de los trabajadores de un archivo empresarial sobre absentismo con baja médica (Comentario a la STC 153/2004, de 20 de septiembre). *Revista Española de Protección de Datos*, 2.
- Todolí Signes, Adrián. (2020). La evaluación de los trabajadores por parte de los clientes (la llamada «reputación digital») y la prevención de riesgos laborales. En Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrián Todolí Signes (Dir.), *Vigilancia y control en el derecho del trabajo digital*. Thomson Reuters Aranzadi.
- UGT. (2017). *Nanotecnología, un riesgo emergente*. UGT.
- Vallecillo Gámez, María Rosa. (2016). Tecnoestrés y tecno-adicciones: su problemática calificación como contingencia profesional. En Ana García de la Torre (Dir.<sup>a</sup>) y José Antonio Fernández Avilés (Coord.), *Anuario*

*internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo. Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y riesgos psicosociales en el trabajo* (pp. 181-205). UGT.

Vallecillo Gámez, María Rosa. (2017). [El derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso?](#) *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 408, 167-178.

Vallecillo Gámez, María Rosa. (2020). El derecho a la desconexión digital: perspectiva

comparada y riesgos asociados. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 1(8), 210-238.

Vicente Pachés, Fernando de. (2020). Acoso en el trabajo por medio de dispositivos digitales y su repercusión en la salud de la persona trabajadora: ¿no es momento de tomarnos en serio su prevención? En Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrián Todolí Signes (Dirs.), *Vigilancia y control en el derecho del trabajo digital*. Thomson Reuters Aranzadi.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

# La protección del secreto empresarial en la era digital

**Beatriz Agra Viforcós**

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

## Extracto

Sin perjuicio de la respuesta penal, la protección del secreto empresarial se otorga a través de la Ley 1/2019, que opera básicamente en las esferas civil/mercantil. La norma, deudora de otra previa europea, ofrece una definición legal de tales secretos y proporciona pautas para delimitar lo lícito de lo ilícito en su obtención, utilización y revelación. Reconoce, asimismo, que pueden ser objeto del derecho de propiedad, enumera (sin demasiada innovación) las acciones para su defensa e incorpora algunas cuestiones de carácter procesal.

En cualquier caso, la regulación que incorpora alcanza importantes implicaciones laborales, en tanto la tutela que proporciona no puede servir para limitar la movilidad de las personas trabajadoras. En particular, no justifica la imposición en los contratos de trabajo de restricciones no previstas legalmente, así como tampoco limitaciones al uso de la experiencia y competencias adquiridas honestamente durante el normal curso de la carrera profesional o de información que no reúna todos los requisitos para ser merecedora de amparo conforme a la norma de 2019. Se verán afectados, pues, los contornos de la buena fe, la competencia desleal o los pactos de exclusividad y no concurrencia poscontractual.

Por otra parte, la protección del secreto no podrá afectar a la autonomía colectiva o al derecho a la negociación colectiva. Además, se reputa lícita su obtención, uso o revelación cuando resulte necesario para el ejercicio de los derechos de información, consulta y participación o de otras funciones legalmente atribuidas a la representación legal de los trabajadores; previsión esta, que, sin duda, tendrá efectos en los márgenes del deber de sigilo.

**Palabras clave:** secreto empresarial; competencia desleal; propiedad intelectual; propiedad industrial.

Fecha de entrada: 08-09-2020 / Fecha de revisión: 25-09-2020 / Fecha de aceptación: 28-09-2020

**Cómo citar:** Agra Viforcós, Beatriz. (2020). La protección del secreto empresarial en la era digital. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 117-144.



# The protection of business secret in the digital age

Beatriz Agra Viforcós

## Abstract

Without prejudice to the criminal response, the protection of business secrecy is granted through Law 1/2019, which basically operates in the civil/commercial spheres. The norm, coming from another European prior, offers a legal definition of such secrets and provides guidelines to delimit the lawful from the illicit in their obtaining, use and disclosure. It also recognizes that they can be the object of property rights, lists (without too much innovation) the actions for their defense and incorporates some procedural issues.

In any case, the regulation that it incorporates reaches important employment implications, since the protection it provides cannot serve to limit the mobility of workers. In particular, it does not justify the imposition in employment contracts of restrictions not provided for by law, as well as limitations on the use of the experience and skills acquired honestly by the worker during the normal course of their professional career or information that does not meet all the requirements to be eligible for protection under the 2019 standard. Consequently, the contours of good faith, unfair competition or post-contractual exclusivity and non-concurrence agreements will be affected.

Furthermore, the protection of secrecy may not affect the autonomy of the social partners or their right to collective bargaining. In addition, its obtaining, use or disclosure is considered lawful when it is necessary for the exercise of the rights of information, consultation and participation or of other functions legally attributed to the representatives of the workers; this forecast, which, undoubtedly, will have effects on the margins of the duty of secrecy.

**Keywords:** business secrecy; unfair competition; intellectual property; industrial property.

**Citation:** Agra Viforcós, Beatriz. (2020). The protection of business secret in the digital age. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 117-144.





## Sumario

1. El secreto empresarial como objeto de tutela
  2. Noción de secreto empresarial y delimitación con figuras cercanas
    - 2.1. Definición legal de secreto empresarial
    - 2.2. Delimitación de lo lícito y lo ilícito en la obtención, utilización y revelación de secretos empresariales
    - 2.3. El secreto empresarial y figuras cercanas
      - 2.3.1. Relación entre secreto empresarial y competencia desleal
      - 2.3.2. Relación entre secreto empresarial y propiedad intelectual e industrial
  3. Protección del secreto empresarial en el ordenamiento español
    - 3.1. Protección civil del secreto empresarial
      - 3.1.1. Los secretos empresariales como objeto del derecho de propiedad
      - 3.1.2. Acciones para la defensa de los secretos empresariales
      - 3.1.3. Cuestiones procesales
    - 3.2. Protección penal del secreto empresarial
  4. Implicaciones laborales más significativas
  5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. El secreto empresarial como objeto de tutela

La empresa cuenta con recursos diversos (financieros, físicos, legales, humanos, organizativos, informativos y relacionales), entidades tangibles e intangibles que le permiten producir eficaz o eficientemente una oferta con valor para algún segmento del mercado (Hunt y Morgan, 1995, pp. 6-7). A grandes rasgos, serán intangibles los basados en la información y el conocimiento, tales como la disponibilidad de una determinada tecnología, la capacidad de innovación, la cultura corporativa, las habilidades de gestión, la actitud emprendedora, los saberes no codificables, el capital humano, etc. Factores, todos ellos, de gran importancia para lograr la ventaja competitiva a la que toda compañía aspira (Ramírez Alesón, 2004, pp. 64-65), no en vano se estima que suponen cada vez un mayor porcentaje relativo del valor de las organizaciones productivas, situándose hoy entre el 50 % y el 80 %.

Hoy se acepta de forma unánime en las sociedades tecnológicamente avanzadas que el conocimiento constituye uno de los pilares básicos para la creación de ventaja competitiva. En los ámbitos académicos y de gestión empresarial es común la alusión a la sociedad del conocimiento para hacer referencia a un estadio de desarrollo caracterizado por la velocidad del cambio y la importancia crucial de lo tecnológico «y en el que la generación de riqueza y bienestar se entienden estrechamente vinculados a las inversiones en innovación y, muy especialmente, a la generación de conocimiento»; escenario en el que las inversiones intangibles y la eficiencia con la que se gestionan los activos así calificados pasan a ocupar un papel protagonista (García Parra *et al.*, 2004, p. 34).

Dos ejemplos paradigmáticos vendrían dados por las marcas o las patentes de las que sea titular la entidad mercantil, que, sin duda, pueden conducir a un posicionamiento privilegiado. Pero existen otros elementos, asimismo inmateriales, que alcanzan gran trascendencia y respecto a los cuales el enfoque tutelar debe ser necesariamente diferente al ofrecido a aquellas; componentes del patrimonio intelectual de la empresa que quedan al margen de la protección otorgada en el seno de la propiedad intelectual o industrial, pues su valor primordial reside en permanecer ocultos a la competencia<sup>1</sup>. Estos secretos

---

<sup>1</sup> Según ya indicara muchos años atrás la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de septiembre de 1996, asunto Postbank-Comisión (T-353/94, apdo. 87), los secretos empresariales son «informaciones relativas al *know-how* que no solo no pueden divulgarse al público, sino que incluso su mera comunicación a un sujeto de derecho distinto del que ha suministrado la información puede perjudicar gravemente los intereses de este».

son activos destinados, sin duda, a desempeñar un papel nuclear en economías que, como la española, se sustentan en el sector servicios y en las que, precisamente por tal motivo, la información de negocio es la principal, cuando no la única, ventaja competitiva.

En este sentido se pronuncian también los considerandos de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. En efecto, la norma comienza reconociendo como las empresas invierten en la obtención, desarrollo y aplicación de conocimientos técnicos (*know how*) e información, que son la moneda de cambio de la economía del conocimiento y proporcionan ventaja competitiva. El rendimiento asociado a la innovación en el mercado y la rentabilidad de sus inversiones constituye la motivación subyacente a la investigación y el desarrollo en aquellas, que emplean diferentes medios para hacer suyos los resultados de sus actividades en este campo. Uno de esos medios es recurrir a los derechos de propiedad intelectual o industrial (como las patentes, los derechos sobre dibujos y modelos y los derechos de autor); otro consiste en proteger el acceso a conocimientos valiosos y que no son ampliamente conocidos, y explotarlos. «Estos conocimientos técnicos y esta información empresarial de gran valor, que no se han divulgado y que se quieren mantener confidenciales, se conocen con el nombre de secretos comerciales».

Así pues, aun cuando los canales habituales para la protección de los intangibles de la empresa vengan dados por los citados derechos de propiedad intelectual e industrial, que compaginan la exclusividad con la divulgación, es preciso tener presente que en algunas ocasiones lo óptimo es la reserva, haciendo que sea precisamente el secreto el cauce esencial para su salvaguarda. Se opta en este caso por «una actitud mental de reserva» que permite equiparar secreto a «conocimiento reservado» (Gómez Segade, 1974, pp. 43-44). Cuando el provecho derivado del activo emana de este conocimiento limitado dentro de la empresa, parece claro que los mecanismos tutelares de la propiedad intelectual no tienen demasiada cabida; por cuanto hace a la industrial, puede suceder, además, que la propia naturaleza de aquel haga imposible la patente.

Las empresas, continúa la directiva, se sirven de la confidencialidad como herramienta de gestión de la competitividad y la innovación en investigación, pues les permite proteger información de variada índole que, lejos de circunscribirse a los conocimientos técnicos, abarca también datos comerciales: relativos a clientes y proveedores, planes de negocio, estudios y estrategias de mercado... Al proteger esa gran diversidad de informaciones técnicas y empresariales, como complemento o como alternativa a los derechos de propiedad intelectual o industrial, «los secretos comerciales permiten a los creadores e innovadores sacar provecho de sus creaciones e innovaciones, por lo que son especialmente importantes para la competitividad de las empresas, así como para la investigación y el desarrollo».

Resultan sumamente ilustrativas las palabras de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuando señala que, en relación con cada secreto empresarial individualmente

considerado, lo más conveniente para el interés general sería que cada operador pudiese servirse de inmediato de los nuevos conocimientos para ofrecer sus productos en el mercado. Sin embargo, si esto fuese así, los «saberes» que implicaran costes iniciales de producción no obtendrían la suficiente rentabilidad, lo que originaría «una producción social inferior de lo que requeriría la eficiencia general». Además, la protección del secreto incentiva la innovación y «la competencia dinámica por sustitución», pues, al no poder servirse del método o sistema cuyo conocimiento está protegido, las empresas competidoras intentarán buscar alternativas que lleven a igual o mejor resultado (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia –CNMC–, 2018, p. 6).

Ante un contexto de protección de los secretos de empresa, el espionaje industrial, entendido como un «comportamiento activo dirigido a apropiarse por medios ilícitos de un secreto ajeno» (Suñol Lucea, 2009, p. 302), así como la consiguiente competencia desleal, siguen constituyendo un peligro real que alcanza gran entidad. La cuestión no es baladí, toda vez que se calcula que las compañías del mundo pierden anualmente hasta 3 billones de euros por la sustracción fraudulenta de tales secretos; cantidad equivalente al 5 % del PIB mundial.

El capital intelectual siempre ha podido salir de la empresa de la mano de cualquier integrante de la plantilla o de algún colaborador externo, pero hoy resulta especialmente sencillo, pues es susceptible de descargarse y duplicarse con gran facilidad, transmitirse por correo electrónico o a través de otras herramientas digitales. Las nuevas tecnologías suponen un incremento exponencial del riesgo para la información que se pretende mantener oculta, algo que ocurre a nivel privado y público, en la esfera personal y en la laboral, en cualesquiera escenarios de la vida; por ende, también las empresas se ven afectadas por este peligro, que se cierne especialmente sobre algunos de sus intangibles más valiosos: sus secretos comerciales e industriales.

La hiperconexión actual (y creciente) se sitúa en el origen de un buen número de amenazas: en un principio, la información se almacenaba en copias «materiales» ubicadas en espacios físicos, situación que cambió con la llegada del ordenador y las tecnologías informáticas, pues este avance significó la posibilidad de digitalizar aquella información; sin embargo, la mutación verdaderamente importante se produjo al surgir internet, pues fue entonces cuando el riesgo de filtración se incrementó exponencialmente (Payán Rodríguez, 2011, p. 208). Así las cosas, la seguridad puede ser sorteada en distintos momentos o situaciones o bajo diversas circunstancias (accesos remotos, espacios virtuales de trabajo, sincronización entre aparatos, publicaciones en redes sociales, empleo de cualquier wifi, cámara del portátil o del *smartphone* –que pueden ser hackeadas–, contraseñas corporativas inmutables...); además, la tecnología ofrece a los «espías» nuevas formas para extraer datos (mediante memorias USB, sirviéndose de la «nube», utilizando agendas electrónicas...).

También la directiva hace referencia a este nuevo escenario, donde converge el mentado avance tecnológico con otros factores coetáneos. Señala la norma europea que «las

empresas innovadoras están cada vez más expuestas a prácticas desleales que persiguen la apropiación indebida de secretos comerciales, como el robo, la copia no autorizada, el espionaje económico o el incumplimiento de los requisitos de confidencialidad», en tanto fenómenos recientes, como la globalización, el aumento exponencial de la externalización, la conformación de cadenas de suministro más largas o un mayor uso de las tecnologías de la información y la comunicación contribuyen al aumento de tales acciones ilícitas.

Ante esta realidad, la norma europea pretende salvar la ausencia de una regulación a la altura de las necesidades, tanto en el conjunto de la Unión Europea (UE), como en buena parte de los Estados miembros. La Directiva de 2016 es deudora, a su vez, del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, adoptado por la Organización Mundial del Comercio en 1994 («Acuerdo sobre los ADPIC»), al que están vinculados los países integrantes de la UE, así como ella misma, y que contiene previsiones relativas a la protección de los secretos comerciales contra la obtención, utilización o revelación ilícitas por terceras personas.

Como señala la directiva, pese a dicho acuerdo subsisten notables diferencias entre las distintas legislaciones nacionales, por lo que el alcance de la protección otorgada varía de unas a otras: difieren las definiciones, las acciones civiles aplicables, el trato otorgado a terceros de buena fe, las medidas a adoptar respecto a las mercancías fabricadas sirviéndose ilícitamente de un secreto, la determinación del alcance de la indemnización por daños y perjuicios, la confidencialidad durante el pleito, etc. El resultado de esta gran variedad de regulaciones es «la fragmentación del mercado interior en este ámbito» y el debilitamiento del «efecto disuasorio global de la normativa aplicable».

Ante este panorama, el legislador de la Unión Europea busca acercar las regulaciones en su territorio para asegurar en todo el mercado interior una tutela judicial civil que resulte suficiente, ofreciendo adecuada cobertura normativa a los secretos comerciales y poniendo coto a los efectos perversos derivados de la falta de protección o de la existencia de niveles diferentes en la misma (Lorenzo de Paz, 2014).

Asume esta función armonizadora elaborando una directiva que se estructura en torno a cuatro grandes capítulos: el primero, destinado a describir su objeto y ámbito de aplicación, y en el que se incorporan también relevantes definiciones; el segundo, en el cual se delimitan las hipótesis de obtención, utilización y revelación lícitas e ilícitas de secretos comerciales, así como el régimen de excepciones; el tercero, centrado en las medidas, procedimientos y recursos destinados específicamente a la tutela de los secretos protegidos, que incluye, entre otros extremos, previsiones para la preservación de la confidencialidad de los mismos durante el proceso judicial, así como medidas provisionales y cautelares; el cuarto, dedicado tanto al régimen sancionador como a los deberes de información de los Estados, la emisión de informes por la Oficina de Propiedad Intelectual de la UE, el plazo de trasposición y la entrada en vigor.

## 2. Noción de secreto empresarial y delimitación con figuras cercanas

La recepción de la norma comunitaria en el ordenamiento español ha tenido lugar a través de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales, que opta por una denominación más adecuada que la de «secretos comerciales» empleada por el legislador de la Unión Europea, la cual, en sentido estricto, deja fuera al secreto industrial (García Vidal, 2013, p. 1).

Esta ley, siguiendo las pautas de la directiva de la que procede, otorga a estos secretos una protección específica y singular, alineándose con el resto de países europeos en el afán compartido de alentar la innovación y la generación de conocimientos y de perseguir prácticas ilícitas de apropiación, intentando encontrar un difícil y complejo punto de equilibrio entre los distintos intereses en juego, en tanto el afán tutelar no puede llevar al extremo de obstaculizar la competencia o la libre circulación dentro de las fronteras de la Unión.

### 2.1. Definición legal de secreto empresarial

De conformidad con el artículo 1 de la Ley 1/2019 (que recoge el art. 2.1 directiva, deudor, a su vez, del art. 39.2 Acuerdo sobre los ADPIC<sup>2</sup>), «se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones»: en primer lugar, «ser secreto», lo que significa que, sea en su conjunto, sea en cuanto a la configuración y reunión precisas de sus componentes, «no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en los que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas» (apdo. a); en segundo término, «tener valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto» (apdo. b); y, por último, «haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto».

Esta definición, con sus virtudes y defectos, resulta de la máxima importancia para identificar cuál es el verdadero objeto de tutela, al punto de poder afirmar que constituye una

<sup>2</sup> De hecho, los elementos esenciales de esta definición ya se recogían en algunos pronunciamientos judiciales –como la Sentencia del Tribunal Supremo 754/2005, de 21 de octubre– que años atrás conceptuaban el secreto empresarial como:

[...] conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación.

de las novedades más sobresalientes de la norma (CNMC, 2018, p. 4). Podrían encajar en el ámbito descrito por los apartados a) y b) de la norma (siempre que su conocimiento se encuentre restringido en los términos indicados), por ejemplo, bases y recopilaciones de datos, métodos de trabajo, procesos y técnicas productivas, desarrollos científicos, informes sobre clientes, información sobre I+D+i, fórmulas magistrales, dibujos y modelos, proyectos y planos, mecanismos de búsqueda de documentos, planes de actividad, estrategias comerciales o de venta, etc. Ahora bien, no existen modalidades completas o tipos de información que constituyan, siempre y en todo caso, materia de un secreto de empresa; al contrario, su consideración como tal dependerá de las circunstancias concretas de la empresa y el sector, pero «nunca solo de la voluntad del empresario de considerar que es “un secreto” una determinada información sin condiciones objetivas para poderlo ser» (Doval Pais, 2008, pp. 110-111).

A tenor de la disposición, además, es claro que la empresa no puede pretender, *a posteriori* y de forma sobrevenida, buscar protección para una información a la que no intentó salvaguardar previamente –mediante instrumentos técnicos y jurídicos– del público conocimiento. La norma exige una postura proactiva (inventario de los secretos, determinación de su valor comercial, actos de ocultamiento...) como requisito previo para, en caso de vulneración del secreto, poder acceder a los mecanismos tuitivos que contempla. Ahora bien, en modo alguno reclama medios de encubrimiento totalmente infalibles que tornen a la información «en una suerte de tesoro oculto e impenetrable», sino solo los razonablemente necesarios para que resulte difícil conseguirla, no en vano tampoco el requisito de falta de conocimiento por parte de terceros se articula en términos de total rigidez, pues basta con que aquel no sea general y que no resulte sencillo acceder a la misma (Erdozain López, 2016).

Así, por ejemplo, se aconseja la implantación de sistemas de gestión de la información, ya sea conforme a ISO 27001, ya otros similares<sup>3</sup>, pues lo que la definición evidencia no es otra cosa que la importancia –para poder hablar de verdadero secreto– de que la empresa se dote de una política de seguridad que permita identificar, clasificar, usar y defender el conocimiento sensible y con valor competitivo. Todo ello, claro está, sin perjuicio de acreditar, además, un cumplimiento riguroso de la legislación dictada en materia de protección de datos de carácter personal.

<sup>3</sup> Hace hincapié en este esfuerzo por preservar la confidencialidad, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.<sup>a</sup>) de 13 de julio de 2005 (proc. núm. 267/2006):

Conocimiento o información que no es notoria; que tiene para la empresa un valor económico, actual o potencial, por suponer una ventaja para el empresario frente a los competidores que la desconocen; y respecto de la cual se adopten medidas razonables y apropiadas para preservarla o evitar su divulgación, tanto hacia el exterior, impidiendo que los terceros puedan acceder a la misma, como hacia el interior, disponiendo lo necesario para que solamente puedan acceder a ella empleados o colaboradores que por sus funciones en la organización empresarial deban conocerla o manejarla, y siempre sometidos a un deber de secreto.

## 2.2. Delimitación de lo lícito y lo ilícito en la obtención, utilización y revelación de secretos empresariales

La definición del secreto empresarial, y el modo en que intenta compatibilizarse con innovación, competencia o libre elección de profesión u oficio, no concluye con la citada definición, sino que se completa con una delimitación de intromisiones que se consideran lícitas e ilícitas, pues la norma no pretende en modo alguno otorgar o crear un derecho de exclusiva en favor del titular de la información protegida; únicamente trata de impedir actos desleales de adquisición, divulgación o uso de la misma (García Vidal, 2013, p. 3).

Señala el artículo 1.2 de la Ley 1/2019 que la protección se dispensa al titular del secreto, denominación más adecuada que la de «poseedor» incorporada a la versión española de la directiva (Erdozain López, 2016). Se entiende por tal «cualquier persona física o jurídica que legítimamente ejerza el control sobre el mismo», y el amparo otorgado «se extiende frente a cualquier modalidad de obtención, utilización o revelación de la información constitutiva de aquel que resulte ilícita o tenga un origen ilícito con arreglo a lo previsto en esta ley»; en concreto, en las hipótesis reflejadas en el artículo 3 de la Ley 1/2019.

Por cuanto hace a la obtención, se considera ilícita cuando se lleve a cabo, sin consentimiento del titular, mediante «el acceso, apropiación o copia no autorizadas de documentos, objetos, materiales, sustancias, ficheros electrónicos u otros soportes, que contengan el secreto empresarial o a partir de los cuales se pueda deducir», así como «cualquier otra actuación que, en las circunstancias del caso, se considere contraria a las prácticas comerciales leales»; previsión esta última que entronca con lo dispuesto en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, y disposiciones conexas.

La utilización o revelación, por su parte, se consideran ilícitas cuando, también sin permiso, las realice quien haya obtenido el secreto empresarial de forma ilícita, quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelarlo, o quien haya incumplido un deber contractual o de otra índole que limite el empleo del mismo. También cuando la persona que realice tal acto de uso o difusión, al llevarlo a efecto, «sepa o, en las circunstancias del caso, debiera haber sabido, que obtenía el secreto empresarial directa o indirectamente de quien lo utilizaba o revelaba de forma ilícita» según lo anteriormente indicado.

En fin, «la producción, oferta o comercialización de mercancías infractoras o su importación, exportación o almacenamiento con tales fines» son consideradas utilización ilícita de un secreto empresarial cuando quien las realice «sepa o, en las circunstancias del caso, debiera haber sabido, que el secreto empresarial que incorporan se había utilizado de forma ilícita». A tales efectos, se entiende por «mercancías infractoras» todos «aquellos productos y servicios cuyo diseño, características, funcionamiento, proceso de producción

o comercialización se benefician de manera significativa de secretos empresariales obtenidos, utilizados o revelados de forma ilícita».

Ahora bien, y según se adelantó, no siempre los actos de obtención, utilización o revelación del secreto son ilegítimos, tal y como clarifica el artículo 2 de la Ley 1/2019, en cuya virtud aquella obtención se considera lícita cuando se realiza por alguno de los medios siguientes: primero, el descubrimiento o la creación independientes; segundo, la observación, estudio, desmontaje o ensayo de un producto u objeto que se haya puesto a disposición del público o esté lícitamente en posesión de quien realiza estas actuaciones, sin estar sujeto a ninguna obligación que válidamente le impida llegar de este modo a la información constitutiva del secreto empresarial (hipótesis que engloba lo que podría denominarse «ingeniería inversa»); tercero, el ejercicio del derecho de los trabajadores y sus representantes a ser informados y consultados, de conformidad con la normativa y las prácticas vigentes; y, cuarto, cualquier otra actuación que, según las circunstancias del caso, resulte conforme con las prácticas comerciales leales, incluida la transferencia o cesión y la licencia contractual del secreto, posteriormente analizadas. No podría ser de otro modo, toda vez que «en interés de la innovación y a fin de promover la competencia, lo dispuesto [...] no debe generar ningún derecho de exclusividad sobre los conocimientos técnicos o la información protegida», conforme proclama la directiva.

Añade sumariamente el artículo 2.2 de la Ley 1/2019 que «la obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran lícitas en los casos y términos en que el derecho europeo o español lo exija o permita». Sintética disposición que se ve complementada en el apartado tercero, donde se rechaza la operatividad de las acciones y medidas previstas en la norma contra actos que hayan tenido lugar en cualquiera de las circunstancias siguientes: en ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, incluido el respeto a la libertad y al pluralismo de los medios de comunicación; con la finalidad de descubrir, en defensa del interés general, alguna falta, irregularidad o actividad ilegal que guarden relación directa con un secreto empresarial (protección de la figura del denunciante o *whistleblower*<sup>4</sup>); cuando los trabajadores lo hayan puesto en conocimiento de sus representantes, en el marco del ejercicio legítimo de las funciones que estos tienen legalmente atribuidas, siempre que tal revelación fuera necesaria a tal fin; o, por último, con el fin de proteger un interés legítimo reconocido por el derecho europeo o español, en particular en el ámbito de la actuación de las autoridades administrativas o judiciales.

<sup>4</sup> Pero no se garantiza la confidencialidad de su identidad, pese a que (sobre todo si hay relación laboral) su situación es muy delicada; en cambio, en el caso del delito de blanqueo, por ejemplo, sí se preserva la identidad de la persona que denuncia, según establece el artículo 24 d) del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

## 2.3. El secreto empresarial y figuras cercanas

Tal y como con certeza ha sido afirmado, el derecho de la competencia y el de propiedad intelectual/industrial (en un sentido amplio que incluye el secreto empresarial) «persiguen el idéntico objetivo de promover tanto la [sana] competencia como la innovación», por lo que convergen en el fin común de «la consecución del bienestar general y la asignación eficiente de recursos»; ello no obsta, empero, para reconocer que se sitúan en planos no plenamente coincidentes, en tanto la regulación protectora de los intangibles de las empresas configuran, en sentido amplio, restricciones a los instrumentos de los que pueden servirse aquellas para competir en el mercado (CNMC, 2018, pp. 4 y 6).

Sea como fuere, y dadas las innegables diferencias existentes entre las figuras citadas, la tutela que la ley pretende, coherente con lo dispuesto a nivel europeo, «se sitúa en paralelo a la que tienen por objeto los derechos de propiedad industrial, con los que no se identifica el objeto y el alcance de la protección», por cuanto no se confiere al titular del secreto ningún derecho en exclusiva; confluye, asimismo, pero presentando un perfil propio, con la regulación ofrecida por la legislación de competencia desleal (Consejo General del Poder Judicial –CGPJ–, 2018, p. 14).

### 2.3.1. Relación entre secreto empresarial y competencia desleal

Hasta el año 2019 no ha existido en el ordenamiento español una definición de secreto empresarial, como tampoco un marco sistemático de protección. Su tutela se afrontaba como acto de competencia desleal a través del artículo 13 de la Ley 3/1991, cuyo tenor (hoy ya modificado) consideraba desleales los actos de «divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales» a los que se hubiera tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las siguientes conductas: de un lado, «la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo» (art. 13.2); de otro, «la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores» o «la inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena» (art. 14). La persecución de estas violaciones no exigía la presencia de los requisitos pautados, con carácter general, para la operatividad de la Ley 3/1991 (que los actos fueran realizados en el mercado con fines concurrenciales); sí era preciso, en cambio, que la violación hubiera sido efectuada «con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto».

A partir de aquel artículo 13 a lo largo de los años los tribunales han reputado «ilícita la divulgación y explotación de secretos industriales y empresariales», incluidas «las bases de datos con información personal de la clientela», «las fórmulas técnicas» o el «*know-how* necesario para la fabricación de determinados productos», pero no, como parece lógico, los conocimientos adquiridos por la experiencia o los propios del sector y fácilmente accesibles (Molins, 2017).

Este amparo en la esfera mercantil convivía con el otorgado por los artículos 278 a 280 del Código Penal (CP), así como con las genéricas previsiones relativas a la buena fe establecidas en el ordenamiento civil y laboral o las posibles reclamaciones de responsabilidad contractual o extracontractual. También, en fin, con un puñado de preceptos en el marco de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) o la de patentes.

Este marco jurídico se ha visto afectado por la necesidad de dar cumplimiento al deber de trasponer la varias veces citada Directiva 2016/943, donde la conexión entre secretos empresariales y competencia también es patente, no en vano, como ya hiciera el Acuerdo sobre los ADPIC, la norma pone de relieve el papel de aquellos como factor de ventaja competitiva en el mercado (Molins, 2017, o Erdozain López, 2016), algo que también se reflejará en la Ley 1/2019.

Con la nueva regulación quedan inalterados los preceptos penales, pero no así el mentado artículo 13 de la Ley 3/1991, cuyo contenido es sustituido por el siguiente: «se considera desleal la violación de secretos empresariales, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de secretos empresariales» (disp. final segunda). En consecuencia, la infracción de estos constituirá siempre una deslealtad, pero, incluso cuando esta se produzca con fines competitivos, procederá estar de forma prioritaria a cuanto dispone la regulación específicamente dictada para los secretos, que opera como norma especial frente a la más general Ley 3/1991.

En otras palabras, se quiere desgajar del régimen de la Ley de competencia desleal la regulación de la violación de secretos empresariales, pero se sigue considerando un acto de competencia desleal, por lo que queda todavía dentro del ámbito material de aquella, por más que la ley reguladora de tales secretos constituya *lex specialis* frente a esta, y, por tanto, de aplicación preferente (CGPJ, 2018, p. 15). El objetivo de la ley no es otro que establecer en el ordenamiento español un régimen jurídico para la protección de estos conocimientos reservados y completar, al tiempo, la regulación del viejo artículo 13 de la Ley 3/1991 desde una perspectiva sustantiva y procesal (CNMC, 2018, pp. 4 y 6).

De este modo, el quebranto de los secretos comerciales o industriales se convierte en una acción torticera para la que el ordenamiento otorga un régimen jurídico independiente y separado, sin perjuicio de las conexiones que puedan producirse con los espacios ocupados por la prohibición de competencia desleal o la salvaguarda de la propiedad intelectual o industrial.

### 2.3.2. Relación entre secreto empresarial y propiedad intelectual e industrial

Los vínculos entre secreto y derechos de propiedad intelectual e industrial también resultan innegables. Son puestos de manifiesto en la exposición de motivos de la propuesta de directiva, donde ya se reflejaba como cada uno de estos derechos se desencadena,

precisamente, a partir del sigilo inicial: «un escritor no desvela la trama en la que trabaja (futuro derecho de autor), un fabricante de automóviles no da a conocer los primeros esbozos de un nuevo modelo de vehículo (futuro diseño), una empresa no revela los resultados preliminares de sus experimentos tecnológicos (futura patente) ni la información relativa al lanzamiento de un nuevo producto de marca (futura marca comercial)». Por ello no puede extrañar la cercanía existente entre los distintos instrumentos de tutela; de hecho, la regulación del secreto empresarial siempre ha sido considerada un complemento o alternativa a la protección jurídica de las creaciones intelectuales e industriales (CNMC, 2018, p. 1).

Con todo, se trata de realidades diferentes, como también lo es el régimen jurídico aplicable a las mismas. Para que alcance operatividad la protección otorgada por el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, no se exige que la obra tenga un valor empresarial (aunque puede tenerlo), sino que se trate de «creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro», comprendiéndose entre ellas libros y otros escritos, composiciones musicales, obras teatrales, cinematográficas, fotográficas o audiovisuales, esculturas, pinturas, dibujos, proyectos y diseños arquitectónicos o de ingeniería, mapas y gráficos de topografía, geografía u otras ciencias o, en fin, programas de ordenador.

Los derechos otorgados por la propiedad intelectual son de carácter personal y patrimonial y «atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la ley» (art. 2 RDleg. 1/1996); abarcan, pues, un derecho moral (irrenunciable e inalienable) y otro para su aprovechamiento, que incluye, en especial, los de «reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente ley» (art. 17 RDleg. 1/1996).

No se trata tanto de la tutela de una idea, conocimiento o información, como de la salvaguarda de su reflejo literal en cualquier formato creativo, de la forma en que se expresa; la protección del secreto empresarial, en cambio, se orienta, por su propia esencia, al contenido mismo, por lo que cabría afirmar que mientras una ley se mueve en el ámbito de lo formal, la otra lo hace en el de lo material. Por otra parte, y no menos importante, conviene no olvidar que, si bien es cierto que quien crea una obra puede decidir su no divulgación (art. 14 RDleg. 1/1996), el grueso de la normativa de propiedad intelectual se dirige a regular, precisamente, las consecuencias de su difusión, publicación..., actos naturales en el caso de la propiedad intelectual pero que, sin embargo, son incompatibles con el secreto empresarial, cuyo mayor valor reside, conforme consta, en su carácter confidencial.

La relación existente entre este secreto y la propiedad industrial, por su parte, parece más íntima y se aprecia, incluso, a nivel legal, en tanto la propia Ley 1/2019 declara que lo en ella dispuesto «se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el título IV de la

Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes» (art. 1.3); es decir, queda clara la existencia de un régimen jurídico diferenciado, pero también su eventual conexión (existente también, preciso es indicarlo, con los derechos de autor, compatibles con los de propiedad industrial ex art. 3 RDleg. 1/1996). En todo caso, la delimitación es sencilla, toda vez que el derecho sobre las patentes de invención, modelos de utilidad y certificados complementarios de protección de medicamentos y de productos fitosanitarios se adquiere por el registro válidamente efectuado (arts. 1 y 2 Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes), al igual que ocurre con la propiedad sobre la marca y el nombre comercial (art. 2.1 Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas).

Al final, entre ambos objetos de protección pueden surgir relaciones diversas. La regla general será la subsidiariedad, en cuya virtud se optará por buscar la tutela que otorga un derecho de exclusiva debidamente registrado (patente, modelo, diseño), dejando la otorgada al secreto para informaciones sin cabida en aquella; así, invenciones que no cumplen los requisitos de patentabilidad establecidos en la Ley 24/2015. Pero también puede darse la complementariedad, que concurre en sendas hipótesis: de un lado, cuando el titular considera preferible que ciertas informaciones permanezcan ocultas (eludiendo voluntariamente el registro), pues, incluso antes de la Ley 1/2019 (y de la Ley 3/1991), el hecho de no solicitar una patente para proteger un secreto de fabricación no impedía el ejercicio de las acciones correspondientes, por ejemplo, en casos de competencia desleal (Gómez Segade, 1974, p. 94); de otro, cuando la protección del secreto otorga cobertura al *know-how* situado extramuros de una patente, no en vano «la invención no siempre ha de absorber todo el *know-how* de la empresa, y por lo tanto no existe obstáculo a que respecto de lo no divulgado con la patente pudiera subsistir un secreto industrial, comercial o empresarial» (CGPJ, 2018, p. 12).

En conclusión, propiedad intelectual e industrial ofrecen una visión *ad extra*, en tanto se orientan a un uso en exclusiva, pese al conocimiento por terceras personas (la una se divulga y la otra se registra y torna pública); el secreto, por su parte, opera *ad intra*, de forma confidencial, pero no hay exclusividad (además de no ser necesario que se plasme en algo tangible), pues se prevén posibles hipótesis de acceso lícito, como, por ejemplo, la ingeniería inversa o la creación independiente. Sin perjuicio, claro está, de que lo que hoy es secreto pueda acabar siendo una patente, por ejemplo, o reflejarse en una obra escrita o audiovisual susceptible de protección.

### 3. Protección del secreto empresarial en el ordenamiento español

Como no podía ser de otro modo, la Ley 1/2019 no se limita a aportar una definición de lo que por secreto empresarial procede entender, sino que también regula su componente patrimonial y arbitra instrumentos para su defensa frente a eventuales violaciones.

## 3.1. Protección civil del secreto empresarial

La protección otorgada por la Ley 1/2019 a los secretos de empresa se estructura en torno a tres grandes apartados: en primer lugar, la consideración de aquellos como objeto del derecho de propiedad; en segundo término, la regulación de acciones para su defensa; por último, el establecimiento de previsiones específicas de naturaleza procesal.

### 3.1.1. Los secretos empresariales como objeto del derecho de propiedad

En relación con la propiedad de tales secretos, la Ley 1/2019 establece una serie de previsiones relevantes. Para empezar, reconoce su naturaleza patrimonial cuando proclama la posibilidad de transmisión, cesión, cotitularidad o licencia de uso, a semejanza de cuanto ocurre con las patentes y las marcas. De este modo se conforma un marco legal que da cobijo a prácticas que ya eran habituales con anterioridad, como, por ejemplo, los pactos de transferencia de tecnología entre empresas.

En efecto, la norma señala que los secretos empresariales pueden ser transmisibles (art. 4), pertenecer *pro indiviso* a varias personas (con las consecuencias previstas en el art. 5) o «ser objeto de licencia con el alcance objetivo, material, territorial y temporal que en cada caso se pacte», teniendo en cuenta, por una parte, que, en defecto de acuerdo en contra, el licenciataria tendrá derecho a realizar todos los actos de uso correspondientes al titular, pero no podrá ceder la licencia a terceros ni conceder sublicencias; por otra, que dicho sujeto (o sublicenciataria, en su caso) deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la violación del secreto (art. 6).

Para completar este régimen jurídico, el artículo 7 añade lo relativo a la responsabilidad del transmitente en caso de haber obrado de mala fe, estableciendo que quien realice una transmisión a título oneroso o quien otorgue la licencia «responderá, salvo pacto en contrario, frente al adquirente de los daños que le cause, si posteriormente se declara que carecía de la titularidad o de las facultades necesarias para la realización del negocio de que se trate».

De este modo, y complementando en este extremo el contenido de la directiva, la ley otorga gran libertad a las partes para regular los regímenes de cotitularidad y de licencia, estableciendo un régimen subsidiario que solo operará en defecto de pacto. Teniendo esto presente, «es muy recomendable que las partes afectadas analicen este régimen subsidiario y regulen aquello que les pueda afectar, puesto que el régimen subsidiario incluye algunos derechos peligrosos» entre los que destaca «el derecho de los cotitulares a explotar el secreto empresarial simplemente “previa notificación a los demás cotitulares”, lo cual podría destruir directamente [dicho] secreto» (Bird & Bird, 2019).

### 3.1.2. Acciones para la defensa de los secretos empresariales

Para la efectiva defensa de los secretos, podrán ejercitarse contra quienes cometan una infracción (realizando actos de violación de aquellos) las acciones que correspondan, así como exigir la adopción de las medidas de protección necesarias (art. 8 Ley 1/2019).

Las acciones civiles prescriben a los 3 años desde que el legitimado tenga conocimiento de la persona que realiza la vulneración (art. 11 Ley 1/2019), plazo que se sitúa entre el de 5 establecido en relación con la violación de las patentes y el de 1 año previsto para los actos de competencia desleal (que hasta la fecha era el aplicable a la infracción de secretos empresariales, al entrar en el ámbito de la Ley 3/1991), reputado como excesivamente breve por la doctrina (Massaguer Fuentes, 1997, p. 117).

Su enumeración concreta ocupa el artículo 9, cuyo apartado primero recoge las siguientes, ofreciendo un amplio abanico de posibles actuaciones –en ningún caso novedosas– cuya operatividad dependerá de la conducta infractora detectada:

- a) La declaración de la violación del secreto empresarial.
- b) La cesación o, en su caso, la prohibición de los ilícitos. A estos efectos hay que tener presente que, cuando la sentencia limite la duración de la cesación, dicha duración deberá ser suficiente para eliminar cualquier ventaja competitiva o económica que el infractor hubiera podido lograr con sus actos (art. 9.4 Ley 1/2019). En todo caso, las medidas de cese dejarán de tener efecto (a instancia de parte) cuando la información afectada deje de constituir un secreto empresarial por causas que no puedan atribuirse directa o indirectamente a la parte condenada (art. 9.5 Ley 1/2019).
- c) La prohibición de fabricar, ofrecer, comercializar o utilizar mercancías infractoras o de su importación, exportación o almacenamiento con dichos fines. En relación con esta acción también resultan de aplicación los transcritos apartados 4 y 5 del artículo 9 de la Ley 1/2019.
- d) La aprehensión de las mercancías infractoras, incluida la recuperación de las que estén en el mercado, y de los medios destinados únicamente a su producción, siempre que ello no menoscabe la protección del secreto en cuestión, con una de las siguientes finalidades: su modificación para eliminar las características que determinen su carácter infractor, o que los medios estén destinados solo a su producción, su destrucción o su entrega a entidades benéficas.
- e) La remoción, que comprende la entrega al demandante de la totalidad o parte de los documentos, objetos, materiales, sustancias, ficheros electrónicos y cualesquiera otros soportes que contengan el secreto y, en su caso, su destrucción total o parcial.
- f) La atribución en propiedad de las mercancías infractoras al demandante, en cuyo caso el valor de lo entregado podrá imputarse al importe de la indemnización de

daños y perjuicios debida, subsistiendo la responsabilidad del infractor en la cuantía que exceda del mismo. Si el valor de lo aprehendido excede el importe de la indemnización, el beneficiado deberá compensarlo a la otra parte.

- g) La indemnización de los daños y perjuicios generados, si ha intervenido dolo o culpa. Para fijarla se tendrán en cuenta todos los factores pertinentes, como son los perjuicios económicos (incluido el lucro cesante) que haya sufrido el titular del secreto, el enriquecimiento injusto obtenido por el infractor y, cuando proceda, otros elementos que no sean de orden económico, como el menoscabo moral causado; también deben incluirse, en su caso, los gastos de investigación en que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción. Ahora bien, con carácter alternativo, y según los casos, podrá fijarse una cantidad a tanto alzado en concepto de indemnización, atendiendo por lo menos (entre otros aspectos) al importe que el demandado habría tenido que pagar al titular del secreto por la concesión de una licencia que hubiera permitido usarlo durante el tiempo en que podría haberse prohibido (art. 10.1 Ley 1/2019).

En lo relativo al cálculo y liquidación de los daños y perjuicios se realiza una remisión a lo dispuesto en la Ley de patentes, aunque las diligencias para este fin se llevarán a cabo a partir de las bases fijadas en la sentencia conforme al procedimiento previsto en la LEC (art. 10.2 Ley 1/2019).

- h) La publicación o difusión completa o parcial de la sentencia, que deberá preservar, en todo caso, la confidencialidad del secreto empresarial en los términos del artículo 15, destinado a regular el tratamiento, durante el proceso, de la información sensible. Se trata de una cuestión importante desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva; de hecho, en los pronunciamientos que resuelven acciones para la protección de estos secretos, el principio general de publicidad debe verse atemperado por la necesidad de velar por la reserva respecto a los mismos, pues solo así «se asegura también la efectividad de la tutela de los legítimos intereses del titular del secreto» (CGPJ, 2018, pp. 36-37).

Además, y desde el enfoque contrario, el juzgador también habrá de observar si los datos relativos al infractor permiten identificar a una persona física y, de ser así, si se justifica su publicación atendiendo, en particular, al posible perjuicio que esa medida pudiera ocasionar a su intimidad y reputación (art. 9.3 Ley 1/2019).

Para determinar las medidas que se acuerden en virtud de las acciones citadas se tendrán en cuenta su proporcionalidad y las circunstancias en presencia; en especial, el valor y otras características del secreto empresarial, las actuaciones realizadas para su protección, el comportamiento del infractor, la probabilidad de que este persista, las consecuencias de la violación y de la decisión judicial, los intereses legítimos de las partes y de terceras personas, el interés público y la salvaguarda de los derechos fundamentales (art. 9.3 Ley 1/2019).

La norma añade sendas reglas en relación con algunas de las acciones listadas: por una parte, indica que las de aprehensión, remoción y publicación o difusión se ejecutarán

a expensas del infractor (salvo que haya motivos para que, excepcionalmente, deba ser de otro modo) y que no restringen el derecho a la indemnización de daños y perjuicios que pudiera corresponder (art. 9.2 Ley 1/2019); por otra, en todas ellas –salvo las previstas en los apdos. g) y h)–, la sentencia fijará, de haber sido solicitado, la cuantía líquida de la indemnización coercitiva a favor del demandante, adecuada a las circunstancias, por día transcurrido hasta que se produzca el cumplimiento de la sentencia, la cual se acumulará a la que le corresponda percibir con carácter general (art. 9.6 Ley 1/2019).

En fin, se contempla, incluso, la posibilidad de dirigir dichas acciones frente a terceros adquirentes de buena fe, entendiéndose por tales quienes en el momento de la utilización o de la revelación no sabían o no hubieran debido saber que habían obtenido el secreto empresarial directa o indirectamente de un infractor (art. 8 Ley 1/2019); hipótesis que permite exigir responsabilidad, por ejemplo, a la empresa que se lucra de la vulneración cometida por un nuevo trabajador procedente de otra compañía cuyos secretos son revelados. Ahora bien, a petición de la persona afectada, las medidas objeto de las citadas acciones podrán sustituirse por el pago de una indemnización pecuniaria, siempre que aquellas pudieran causar un perjuicio desproporcionado y esta resulte razonablemente satisfactoria; en caso de que el pago sea sustitutivo de la cesión o la prohibición, la cuantía no excederá del importe que habría habido que pagar al titular del secreto empresarial por la concesión de una licencia que hubiera permitido usarlo «durante el periodo en el que su utilización hubiera podido prohibirse» (art. 9.7 Ley 1/2019).

### 3.1.3. Cuestiones procesales

El capítulo final de la ley se ocupa de los aspectos procesales, comenzando por establecer que los litigios civiles que puedan surgir al amparo de la norma se conocerán por los jueces y tribunales de dicho orden jurisdiccional y se resolverán en el juicio pertinente de conformidad con la LEC (art. 12 Ley 1/2019), atribuyéndose la competencia territorial al juzgado de lo mercantil correspondiente al domicilio del demandado o, a elección del demandante, al de la provincia donde se hubiera realizado la infracción o se hubieran producido sus efectos (art. 14 Ley 1/2019). La expresa referencia a litigios civiles permite concluir que, de tratarse de un pleito vinculado a un contrato de trabajo (así, el uso de información secreta por parte de un trabajador o extrabajador), la competencia recaerá en la jurisdicción social; también queda incólume, como es lógico, el marco operativo del orden penal.

La legitimación para el ejercicio de las acciones civiles se reconoce al titular del secreto y a quienes acrediten haber obtenido una licencia (exclusiva o no) para su explotación que les otorgue autorización expresa. No obstante, el licenciataria no legitimado podrá requerir al mentado titular para que entable la acción y, en caso de que este se negara o no obrara en tal sentido dentro del plazo de 3 meses, podrá entablarla en su propio nombre, acompañando el requerimiento efectuado; además, dentro del plazo trimestral indicado podrá pedir al juez la adopción de medidas cautelares urgentes cuya necesidad se justifique en

la evitación de daños importantes (art. 13 Ley 1/2019). En cualquiera de las hipótesis indicadas, el licenciatario que ejercite una acción debe notificarlo fehacientemente al titular del secreto, quien podrá personarse e intervenir como parte en el procedimiento o como coadyuvante (art. 13.3 Ley 1/2019).

Dado el objeto del pleito, y como ya se adelantó, alcanzan singular importancia las previsiones incorporadas al artículo 15 de la Ley 1/2019 en relación con el tratamiento de la información que pueda constituir secreto empresarial, destinadas a garantizar la confidencialidad de la aportada al juicio, a fin de evitar que el remedio pueda acabar siendo peor que la enfermedad. Recuérdese que la falta de instrumentos orientados a preservar el secreto en sede judicial ha sido históricamente una de las causas que ha retraído de acudir a los tribunales para instar su tutela (García Vidal, 2013, p. 4).

En virtud del precepto, cuantas personas intervengan en el procedimiento, o quienes puedan tener acceso a documentos en él obrantes por razón de su cargo o función, tienen prohibido usar o revelar la información que pueda ser constitutiva de «secreto empresarial y que los jueces o tribunales, de oficio o a petición debidamente motivada de cualquiera de las partes, hayan declarado confidencial y del que hayan tenido conocimiento a raíz de dicha intervención o de dicho acceso». Esta prohibición subsiste tras el proceso, salvo que por sentencia firme se rechace su condición de secreto empresarial o que la información llegue a ser de conocimiento general o fácilmente accesible en los círculos en los que normalmente se emplee.

Se establece, asimismo, que jueces y tribunales, atendiendo a los intereses de las partes y terceros y al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, pueden también adoptar medidas concretas (adecuadas y proporcionadas) destinadas a salvaguardar la privacidad de la información que pueda constituir secreto empresarial y que haya sido aportada a un procedimiento relativo a su violación o a uno de otra clase en el que sea necesaria su consideración para resolver sobre el fondo. Entre otras posibles, la disposición recoge tres: primero, restringir a un número limitado de personas el acceso a cualquier documento, objeto, material, sustancia, fichero electrónico u otro soporte que contenga información que pueda constituir en todo o en parte secreto empresarial (incluyendo al menos una persona física por cada una de las partes y sus respectivos abogados y procuradores); segundo, imponer análoga restricción en cuanto al acceso a las vistas (o a las grabaciones o transcripciones de las mismas) cuando en ellas pueda revelarse dicha información; y tercero, poner a disposición de toda persona no incluida en las limitaciones citadas una versión no confidencial de la resolución judicial que se dicte, de la que se hayan eliminado o en la que se hayan ocultado los pasajes cuyo secreto se preserva. Como colofón, el artículo 15.3 de la Ley 1/2019 remite a la legislación específica lo relativo al tratamiento de datos de carácter personal.

Tras estas previsiones, el artículo 16 de la norma introduce una peculiaridad en relación con la buena fe procesal. Aunque remite a la LEC, establece una destacable especialidad: la multa que es posible imponer a la parte demandante que haya ejercido la acción de forma abusiva o de mala fe puede alcanzar, sin otro límite, la tercera parte de la cuantía del litigio,

tomándose en consideración a los efectos de su fijación, entre otros criterios, la gravedad del perjuicio ocasionado, la naturaleza e importancia de la conducta inadecuada, la intencionalidad y el número de personas afectadas; además, los jueces o tribunales pueden ordenar la difusión de la resolución en que se constate tal carácter abusivo y manifiestamente infundado de la demanda. De este modo, se agravan considerablemente las medidas que los tribunales pueden adoptar ante un incumplimiento de las reglas que rigen la buena fe procesal «para impedir que, bajo la cobertura de la presunta defensa de un secreto empresarial», se empleen las acciones previstas en la ley con el fin de ejercer una presión indebida «sobre quien ha obtenido algún tipo de información cuya divulgación pudiera estar cubierta por alguna de las excepciones que contempla la directiva y la ley traspone» (Bird & Bird, 2019).

El resto del capítulo se subdivide en sendos grandes bloques, el primero de los cuales se destina a las diligencias para la preparación del ejercicio de las acciones. En virtud de las disposiciones destinadas a esta cuestión, quien vaya a ejercer una acción civil de defensa de secretos empresariales puede solicitar al juzgado la práctica de diligencias de comprobación de aquellos hechos cuyo conocimiento resulte indispensable para preparar la correspondiente demanda (en los términos de la Ley de patentes); también la adopción de medidas de acceso a fuentes de prueba o de aseguramiento de la misma de conformidad con cuanto dispone la LEC (arts. 17 a 19 Ley 1/2019).

El segundo aspecto tratado es el relativo a las medidas cautelares, en relación con las cuales también resulta de aplicación subsidiaria lo establecido en la norma procedimental civil (art. 20 Ley 1/2019). Pueden adoptarse cuantas aseguren la completa efectividad del eventual fallo futuro y, en particular, las siguientes: el cese o prohibición de utilizar o revelar el secreto, de producir, ofrecer, comercializar o utilizar mercancías infractoras o de importarlas, exportarlas o almacenarlas con dichos fines; la retención y depósito de tales mercancías y, en fin, el embargo preventivo de bienes para el aseguramiento de una posible indemnización de daños y perjuicios (art. 21 Ley 1/2019). Al verificar la concurrencia de los presupuestos generales de estas medidas cautelares, el tribunal deberá examinar de forma especial las circunstancias específicas del caso y su proporcionalidad teniendo en cuenta aquellos elementos que el artículo 9.3 de la norma establece en relación con la adopción de las medidas definitivas (art. 22 Ley 1/2019).

La parte solicitante debe prestar caución suficiente para responder, de forma rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida pudiera causar al patrimonio de la demandada; para determinarla, el tribunal deberá valorar los potenciales perjuicios que aquellas pueden ocasionar a los terceros que resultan afectados. No podrá cancelarse la caución hasta que haya transcurrido 1 año desde el alzamiento de las medidas adoptadas (art. 25.1 y 2 Ley 1/2019).

Salvo por cuanto hace al embargo, la parte demandada puede pedir el alzamiento de las prevenciones adoptadas «si la información en relación con la cual se interpuso la demanda ha dejado de reunir los requisitos para ser considerada secreto empresarial, por motivos

que no puedan imputarse a aquella» (art. 24 Ley 1/2019). Asimismo, puede solicitar la sustitución de la efectividad de las medidas acordadas por la prestación de una caución suficiente, salvo las dirigidas a evitar la revelación de los secretos, respecto a las cuales dicha permuta es inadmisibile (art. 23 Ley 1/2019).

Los terceros afectados desfavorablemente por las medidas cautelares adoptadas y que hayan sido alzadas debido a un acto u omisión del demandante, o por haberse constatado posteriormente que la obtención, utilización o revelación del secreto no fueron ilícitas o no existía riesgo de tal ilicitud, podrán reclamar la pertinente indemnización, incluso si no han sido parte en el proceso declarativo. En tal caso, podrán solicitar que la caución prestada por quien solicitó la medida se mantenga, total o parcialmente, en tanto no se dicte resolución, siempre que la solicitud de resarcimiento se interponga dentro del citado plazo de 1 año (art. 25.2 Ley 1/2019).

### 3.2. Protección penal del secreto empresarial

Tal y como se indicó, la regulación del secreto empresarial efectuada por la Ley 1/2019 deja inalterada la protección otorgada al secreto empresarial por el ordenamiento penal, ubicada, fundamentalmente, en la sección 3.<sup>a</sup> («De los delitos relativos al mercado y a los consumidores») del capítulo XI («De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial y al mercado y a los consumidores») del título XIII («Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico») del libro III del CP; en concreto, en los artículos 278 a 280 del CP. Con todo, parece lógico pensar que, una vez vigente la mentada Ley 1/2019, la noción de lo que procede entender por secreto debe ajustarse a lo en ella dispuesto, por lo que la virtualidad de las disposiciones penales dependerá de la acreditación, entre otras cuestiones, tanto de la existencia de un valor comercial en la información, como de los esfuerzos realizados para salvaguardar su carácter reservado.

La primera conducta penada se tipifica por el artículo 278.1 del CP, el cual condena con una pena de prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses a quien, «para descubrir un secreto de empresa, se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados» en el artículo 197.1, donde se castiga a quien, «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento», realice alguna de las tres acciones siguientes: apoderarse «de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales»; interceptar sus telecomunicaciones o, en fin, utilizar «artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación». Se incluyen así en el tipo actos «de captación mental o intelectual, sin desplazamiento físico (apoderamiento de datos)», y otros de «apoderamiento físico subrepticio de los objetos que incorporan el secreto (apoderamiento de documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo)» (Morón Lerma, 2007, p. 133).

La remisión al artículo 197.1 del CP, ubicado en el marco de los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio, es una muestra de las innegables conexiones intimidad-secreto. Aunque aluden a realidades distintas, hay un área confluyente, lo que plantea dificultades para determinar si procede aplicar el artículo 197 o el artículo 278 del CP (Doval Pais, 2008, pp. 90-91). Al final, la delimitación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos personales, profesionales o laborales debe afrontarse a partir del bien jurídico protegido (intimidad o sistema económico o patrimonio) y la naturaleza de los datos descubiertos o revelados (Corcoy Bidasolo, 2007, p. 21).

Todo ello, claro está, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos, tal y como expresamente señala un artículo 278.3 del CP que parte de la doctrina juzga innecesario y perturbador, al limitar su operatividad inexplicablemente a los citados soportes (Fernández Díaz, 2018, p. 8), pero que, en todo caso, supone otorgar una especial autonomía a esta tecnología como objeto de protección penal (Corcoy Bidasolo, 2007, p. 22).

Dando un paso más, la difusión, revelación o cesión a terceros de los secretos descubiertos implica un incremento en la horquilla de la condena de prisión (la multa no difiere de lo arriba indicado), que pasa a ser de 3 a 5 años (art. 278.2 CP). Ahora bien, la cuestión es distinta si quien realiza tales actos «tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva» (se incluye aquí la condena correspondiente a empleados o exempleados que vulneraran su deber de confidencialidad respecto a información secreta), lo que se castigará con la sanción prevista para el tipo del artículo 278.1 del CP (art. 279 CP), teniendo en cuenta que, si el secreto se usara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior (art. 279, párrafo. 2.º, CP); atenuación que responde a la constatación de que el perjuicio será menor al que supondría una difusión amplia que beneficiara a varios competidores (Terradillos Basoco, 1995, p. 173).

En relación con los actos de terceras personas, el artículo 280 del CP sirve para castigar, con pena de prisión de 1 a 3 años y multa de 12 a 24 meses, a quien, «con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare alguna de las conductas descritas en los dos artículos anteriores». Al exigir ausencia de participación en el descubrimiento, no será operativo en casos de coautoría, inducción o cooperación (De la Mata Barranco, 2018, p. 364); en otras palabras, la conducta típica recogida en esta disposición consiste, pues, en la difusión, revelación o cesión de un secreto empresarial por parte de alguien que no participó en su desvelamiento (Martínez-Buján Pérez, 2010, p. 128).

A estas previsiones procede añadir el requisito de denuncia previa de quien padeciera el agravio o de sus representantes legales, salvo que la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas (art. 287 CP), y la publicación de la sentencia en los términos del artículo 288 del CP. También, el reconocimiento de la eventual responsabilidad de una persona jurídica, a la que se podrán imponer –además de las genéricas consecuencias previstas en el art. 33.7 b) a g) CP– multa de 2 a 5 años, o del triple al

quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido tenga prevista una pena de más de 2 años de privación de libertad, o multa de 6 meses a 2 años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos (art. 288 CP).

## 4. Implicaciones laborales más significativas

La delimitación del concepto de secreto empresarial resulta especialmente importante en el ámbito del derecho individual del trabajo, sobre todo en relación con los márgenes de la competencia lícita-ilícita desplegada por un trabajador o extrabajador, no en vano puede servir para dibujar las fronteras que separan la información empresarial digna de protección de lo que no es más que el mero conocimiento adquirido en el desempeño ordinario del trabajo en un sector económico y espacio funcional determinados.

A partir de la Ley 1/2019, la revelación de cuanto encuentre amparo en la noción de «secreto empresarial» devendrá ilegítima, pero, tal y como declara su artículo 1.3, la protección otorgada a este no «podrá restringir la movilidad de los trabajadores». En concreto, especifica el precepto, «no podrá servir de base para justificar limitaciones del uso por parte de estos de la experiencia y competencias adquiridas honestamente durante el normal transcurso de su carrera profesional o de información que no reúna todos los requisitos» que definen al secreto amparado por la Ley 1/2019; tampoco «para imponer en los contratos de trabajo restricciones no previstas legalmente».

Se trata, en primer lugar, de dejar al margen cuantos conocimientos conquistados por la persona asalariada no sean constitutivos de secreto empresarial, a fin de evitar que la protección otorgada a este pudiera erigirse en impedimento a la movilidad laboral, tal y como en reiteradas ocasiones ha resuelto la jurisprudencia (Bird & Bird, 2019).

En otras palabras: el trabajador incorpora a su acervo, y porta con él, pues son inseparables de su persona, las habilidades que adquiera, pudiendo disponer de ellas en los términos que estime (al amparo del art. 35 Constitución española –CE–); lo que no puede es considerar como propios los secretos definidos en el artículo 1 de la Ley 1/2019 y a los que ha accedido durante su prestación de servicios (Sala Franco y Todolí Signes, 2016). A estos efectos, procede considerar que se incorporan al patrimonio personal aquellos conocimientos que, «incluso recayendo sobre la información empresarial, las técnicas, los procedimientos, el *know-how* o los conocimientos técnicos capaces de integrar el concepto de secreto empresarial», se hallan tan íntimamente ligados a la experiencia, la capacidad y los conocimientos del individuo que, de no poder este utilizarlos, vería imposibilitado o limitado en exceso el desarrollo de su actividad profesional y, por ende, los derechos consagrados en los artículos 10.1 y 35 de la CE (CGPJ, 2018, p. 25).

Para limitar el uso de este cúmulo de competencias y cualidades indisolublemente unidas a la persona, sin perjuicio de eventuales restricciones derivadas de la buena fe (señaladamente, la prohibición de competencia desleal del art. 21.1 Estatuto de los Trabajadores –ET–), será menester suscribir un pacto específicamente orientado a tal fin y compensar debidamente tal restricción. Es decir, para ampliar el ámbito de lo prohibido a la parte trabajadora será necesario acordar la exclusividad o la prohibición de competencia poscontractual (art. 21.1, 2 y 3 ET). De hecho, tal y como la propia directiva indicara, esta no debe «afectar a la posibilidad de que los empresarios y los trabajadores celebren pactos de limitación de la competencia entre ellos».

En lo relativo al uso de información, por su parte, procede destacar que, como ya se indicó, cuanta se enmarque dentro de la noción de secreto empresarial es reservada, por lo que el trabajador no podrá disponer de ella sin autorización de su titular, siempre y cuando concurren las condiciones establecidas en la norma que, entre otros extremos, reclama a la empresa una actuación previa orientada a la tutela de la información sensible para poder alegar, después, su carácter secreto, por lo que pueden proliferar cláusulas de confidencialidad en los procesos de contratación, protocolos para acceder a la misma, claves de encriptación... Ahora bien, desde el punto de vista laboral también pueden verse protegidas otras informaciones no incorporadas a la Ley 1/2019, de nuevo a raíz de acuerdos alcanzados entre las partes al amparo del artículo 21.2 y 3 del ET (cuyo objeto y finalidad no se ciñe, como es obvio, a la tutela de los secretos empresariales) o como consecuencia de la buena fe, incluida su manifestación específica del artículo 21.1 del ET.

Resta, en fin, por efectuar una leve mención al derecho colectivo del trabajo, también afectado por la norma, no en vano entre los considerandos de la norma europea se incluye su voluntad de no afectar al derecho a la negociación colectiva prevista en el derecho laboral, «en lo que respecta a cualquier obligación de no revelar un secreto comercial o limitar su utilización, y a las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación por la parte sujeta a la misma». En todo caso, lo anterior ha de cumplir la condición de que el convenio suscrito no restrinja las excepciones establecidas en la directiva «para los casos en que proceda denegar la solicitud de medidas, procedimientos o recursos previstos [...] en relación con la supuesta obtención, utilización o revelación de un secreto comercial».

El reflejo interno de tal previsión se halla en el artículo 1.3 de la Ley 1/2019, en cuya virtud «la protección de los secretos empresariales no afectará a la autonomía de los interlocutores sociales o a su derecho a la negociación colectiva». Recuérdese, además, que, merced a su artículo 2, el acceso al secreto es lícito cuando sea necesario en marco del ejercicio de los derechos de información, consulta y participación o de otras funciones legalmente atribuidas a la representación legal de los trabajadores.

Procede destacar la incidencia que este conjunto de previsiones puede alcanzar en la redefinición de los nexos entre los derechos de información de dichos representantes (y el

del empresario a no proporcionar cuanta califique de reservada) y el deber de sigilo que asumen, en tanto los límites de este habrán de abarcar, cuanto menos, los del secreto definido por la Ley 1/2019.

## 5. Conclusiones

Mediante la Ley 2/2019, el ordenamiento español se adapta a los requerimientos de protección que respecto a los secretos empresariales impone la UE, reflejados en una norma, la Directiva 2016/943, cuya razón de ser es la protección de la competitividad, en especial de aquellas organizaciones en las que el «saber hacer» constituye su principal valor. De este modo, se racionaliza la normativa aplicable y se incrementa la seguridad jurídica en una materia de interés creciente, no solo en la citada esfera de la competencia, sino también en la de la innovación y la generación de conocimiento, que en modo alguno debe verse perjudicada.

La exigencia de una acción empresarial previa para la salvaguarda del secreto, incorporada como elemento integrante de la noción en las normas europea y española, permite intuir un progresivo protagonismo de los sistemas de gestión de la información, cuya implantación es previsible que se generalice al alzarse prácticamente en condición *sine qua non* para poder aspirar a una ulterior tutela ante eventuales accesos/divulgaciones que la empresa afectada considere ilícitos.

En cualquier caso, la trasposición de la norma no obsta para introducir algunas previsiones inexistentes en la directiva, relativas a la posible transmisión de secretos, la concesión de licencias o la conformación de eventuales condominios. Esta regulación hace evidente la orientación claramente civil de la ley (con importantes novedades procedimentales dirigidas a evitar que el temor a la divulgación de la información inhiba la interposición de acciones), que deja a salvo la regulación penal existente en relación con el acceso ilícito o la revelación de secretos de empresa; asimismo, preserva la operatividad de la legislación de competencia desleal, al persistir la consideración como tal de la violación de aquellos secretos.

Tampoco entra a regular, en fin, las cuestiones de naturaleza laboral, aunque diversas previsiones dejan clara la potencial incidencia de la nueva regulación, tanto en la relación individual de trabajo, como en el ámbito de los derechos colectivos, señaladamente en cuanto hace a la información, consulta y participación de la plantilla, pero también en lo referente al ejercicio de la negociación colectiva.

La ley hace un ímprobo esfuerzo por hacer compatible la tutela del secreto empresarial con la salvaguarda de los intereses correspondientes a la parte social. Lo hace en relación con la acción de los órganos de representación del personal, pero también para dejar claro que el vigente marco jurídico no debe derivar en una restricción a las posibilidades

de hacer uso de la experiencia y los saberes adquiridos en la ejecución de un trabajo o en una ampliación de las limitaciones ya existentes a la actuación por cuenta propia o ajena de los empleados o exempleados.

Con todo, la incorporación de una definición del secreto empresarial como objeto de protección sí ayudará a delimitar el ámbito de lo reservado y lo no reservado, de lo leal y lo desleal en la actuación de las personas trabajadoras; en definitiva, permitirá clarificar los contornos de la siempre evanescente frontera entre lo lícito y lo ilícito en el uso de información o conocimientos conquistados en el transcurso de la relación laboral.

## Referencias bibliográficas

- Bird & Bird. (2019). Aprobación en España de la nueva Ley de secretos empresariales que trasponela Directiva de secretos comerciales. *twobirds.com*. <https://www.twobirds.com/~media/spanish/aprobación-en-españa-de-la-nueva-ley-de-secretos-empresariales.pdf?la=es&hash=EB9C15E15A45F595FE3C42E60BFAC8337CF0C525>.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2018). Informe relativo al Anteproyecto de Ley de secretos empresariales. [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1958965\\_13.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1958965_13.pdf).
- Consejo General del Poder Judicial. (2018). Informe sobre el Anteproyecto de Ley de secretos empresariales. <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISIÓN%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20180326%20Informe%20al%20Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20Secretos%20Empresariales%2001.18.pdf>.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu. (2007). Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 21, 7-32. <https://www.ehu.es/documents/1736829/2176629/Eguzkilore+21.pdf>.
- Doval Pais, Antonio. (2008). La intimididad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 22, 89-115. <https://core.ac.uk/download/pdf/154232135.pdf>.
- Erdozain López, José Carlos. (16 de septiembre de 2016). Comentario a la nueva Directiva (UE) 2016/943, sobre secretos comerciales. *Noticias Jurídicas*. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11313-comentario-a-la-nueva-directiva-ue-2016-943-sobre-secretos-comerciales/>.
- Fernández Díaz, Carmen Rocío. (2018). El delito de daños y el espionaje empresarial: dos ataques compatibles contra la información como bien inmaterial. *InDret (Revista para el Análisis del Derecho)*, 1, 1-17. <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/05/1352b.pdf>.

- García Parra, Mercedes; Simó Guzmán, Pep; Mundet Hiern, Joan y Guzmán Conesa, Jordi. (2004). Intangibles: activos y pasivos. *Management & Empresa*, 37, 32-42. <https://www.intangiblecapital.org/index.php/ic/article/viewFile/15/21>.
- García Vidal, Ángel. (2013). La propuesta de directiva sobre la protección del *know-how*. *Análisis GA&P*, diciembre, 1-6. [https://www.les-sp.org/images/stories/recursos/noticias2014/la\\_propuesta\\_directiva\\_sobre\\_proteccion\\_know\\_how.pdf](https://www.les-sp.org/images/stories/recursos/noticias2014/la_propuesta_directiva_sobre_proteccion_know_how.pdf).
- Gómez Segade, Juan Antonio. (1974). *El secreto industrial (know-how)*. *Concepto y protección*. Tecnos.
- Hunt, Shelby D. y Morgan, Robert M. (1995). The comparative advantage theory of competition. *Journal of Marketing*, 2(59), 1-15.
- Lorenzo de Paz, Inmaculada. (2014). La propuesta de directiva relativa a la protección del *know-how* y los secretos comerciales. *Diario La Ley*, 8401.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos. (2010). *Delitos relativos al secreto de empresa*. Tirant lo Blanch.
- Massaguer Fuentes, José. (1997). La acción de competencia desleal en el derecho español. *Themis. Revista de Derecho*, 36, 103-118. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109702.pdf>.
- Mata Barranco, Norberto Javier de la. (2018). Delitos contra la propiedad intelectual e industrial y violación de secretos de empresa. En Norberto Javier de la Mata Barranco et al. (autores), *Derecho penal económico y de la empresa* (pp. 327-366). Dickinson. [https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=715283&orden=0&info=open\\_link\\_libro](https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=715283&orden=0&info=open_link_libro).
- Molins, Francisco. (2017). La protección del secreto comercial. *Lleytons. International Private Law*. [https://www.lleytons.com/wp-content/uploads/2017/07/La-proteccion-CC%81n-del-secreto-comercial\\_FM.pdf](https://www.lleytons.com/wp-content/uploads/2017/07/La-proteccion-CC%81n-del-secreto-comercial_FM.pdf).
- Morón Lerma, Esther. (2007). Quiebras de la privacidad en escenarios digitales: espionaje industrial. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 21, 117-144. <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2176629/06+E+Moron+Quiebras+de+la+privacidad>.
- Payán Rodríguez, Carlos Felipe. (2011). Secreto empresarial, vigencia como mecanismo de protección de la propiedad intelectual. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 15, 207-224. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3785188.pdf>.
- Ramírez Alesón, María Luisa. (2004). La importancia de los recursos intangibles en la internacionalización de la empresa. *Universia Business Review*, 3, 62-69. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/912334.pdf>.
- Sala Franco, Tomás y Todolí Signes, Adrián. (2016). *El deber de los trabajadores de no violar los secretos de la empresa y los acuerdos de confidencialidad*. Tirant lo Blanch.
- Suñol Lucea, Aurea. (2009). *El secreto empresarial, un estudio del artículo 13 de la Ley de competencia desleal*. Aranzadi.
- Terradillos Basoco, Juan María. (1995). *Derecho penal de la empresa*. Trotta.



# Análisis del artículo 87 de la LOPDGDD: el uso de los dispositivos digitales por la persona trabajadora, su control por parte de la empresa y el devaluado derecho a la intimidad

**José Gustavo Quirós Hidalgo**

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

## Extracto

La regulación del uso de los dispositivos digitales puestos a disposición de la persona trabajadora para la ejecución de su prestación de servicios era una materia omitida por la legislación laboral, motivo por el cual resultaban aplicables sus previsiones genéricas relativas a las facultades de control y vigilancia de la empresa sobre el cumplimiento por aquella de sus obligaciones profesionales; no obstante, la elevada litigiosidad generada provocó que los tribunales nacionales y comunitarios fueran estableciendo casuísticamente unos criterios interpretativos en este específico ámbito no exentos de incertidumbre, lo que a todas luces reclamaba una mayor seguridad jurídica del ordenamiento jurídico para responder a la utilización de las nuevas tecnologías como una realidad sociolaboral ya consolidada.

Precisamente, a finales de 2018 se promulgó una nueva normativa en materia de protección de datos que vino a introducir y regular los nuevos y denominados «derechos laborales digitales», entre los que se encuentra la garantía de la intimidad de la persona trabajadora frente a la regulación del uso de los dispositivos digitales en el trabajo y su control empresarial. Por tal motivo, el presente estudio examina el contenido de tal derecho y sus requisitos, analizando –teniendo en cuenta la experiencia de la negociación colectiva en esta materia– la obligación legal de establecer criterios sobre su uso profesional o privado –pues es admisible la prohibición del segundo–, la necesaria intervención de la representación de las personas trabajadoras, la preceptiva información previa a cada persona trabajadora y los posibles procedimientos de control por parte de la empresa; todo ello para garantizar el debido respeto a los derechos fundamentales, aun cuando la regla general a partir de esta nueva regulación, que no deja de ofrecer serias dudas interpretativas, parece legitimar una notable intromisión en la intimidad de la persona trabajadora.

**Palabras clave:** nuevas tecnologías; regulación del uso de dispositivos digitales en el trabajo; control empresarial; derecho a la intimidad de la persona trabajadora.

Fecha de entrada: 08-09-2020 / Fecha de revisión: 28-09-2020 / Fecha de aceptación: 28-09-2020

**Cómo citar:** Quirós Hidalgo, José Gustavo. (2020). Análisis del artículo 87 de la LOPDGDD: el uso de los dispositivos digitales por la persona trabajadora, su control por parte de la empresa y el devaluado derecho a la intimidad. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 145-170.



# Analysis of article 87 of the LOPDGDD: the use of digital devices by the worker, its control by the company and the devalued right to privacy

José Gustavo Quirós Hidalgo

## Abstract

The regulation of the use of digital devices by the employee at his work was a matter omitted in the labour legislation, and the generic rules about the power of control by the employer were applicable; however, the high litigation generated caused the national and community Courts to casuistically establish interpretative criteria in this specific area, not exempt from uncertainty, which clearly demanded greater legal certainty of the legal system to respond to the use of the new technologies as a consolidated socio-labor reality.

Because of that, at the end of 2018 the legislator promulgated a new regulation on data protection that came to introduce and regulate the new and so-called «digital labour rights», and one of them is the guarantee of the privacy of the worker against the regulation the use of digital devices at work and its business control. For this reason, this study analyzes the content of such right and its requirements, analyzing –with the experience of collective bargaining– the legal obligation to establish criteria on its professional or private use –the prohibition of the second is admissible–, the necessary intervention of the workers' representatives, the information to each worker and the possible control procedures by the company, all of this to guarantee the respect for fundamental rights, even though the general rule based on this new regulation, which does not stop offering serious interpretative doubts, seems to legitimize a notable interference in the privacy of the worker.

**Keywords:** new technologies; regulation of the use of digital devices at work; business control; right to privacy.

**Citation:** Quirós Hidalgo, José Gustavo. (2020). Analysis of article 87 of the LOPDGDD: the use of digital devices by the worker, its control by the company and the devalued right to privacy. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 145-170.





## Sumario

1. Del silencio legal y los criterios judiciales sobre el uso y control de las nuevas tecnologías en la empresa a su expresa regulación en la LOPDGDD
2. El artículo 87 de la LOPDGDD: requisitos legales sobre la regulación del uso y control de dispositivos digitales en el ámbito laboral como garantía del derecho a la intimidad
  - 2.1. El obligatorio establecimiento de los criterios de uso con participación de la representación de las personas trabajadoras y la información a las mismas
  - 2.2. De la prohibición total a la admisión y regulación del uso para fines particulares o ajenos a la prestación de servicios
    - 2.2.1. La prohibición del uso privado
    - 2.2.2. Reglas sobre la utilización no profesional
  - 2.3. Los controles empresariales y la debida garantía del respeto a la intimidad de la persona trabajadora
3. El artículo 87 de la LOPDGDD resulta aplicable a los criterios sobre el uso de los medios informáticos por la representación de las personas trabajadoras

Referencias bibliográficas

## 1. Del silencio legal y los criterios judiciales sobre el uso y control de las nuevas tecnologías en la empresa a su expresa regulación en la LOPDGD

El avance tecnológico ha propiciado que prácticamente en cualquier sector de actividad, empresa o puesto de trabajo resulte necesaria la utilización de los medios informáticos y las nuevas tecnologías para una más eficiente prestación de servicios, pudiendo afirmar que «se hallan insertos en el corazón del proceso productivo» (Falguera Baró, 2004, p. 281). El uso de estos dispositivos (móviles, ordenadores, portátiles, tabletas, GPS, etc.), normalmente propiedad de la empresa y conectados a la red o la intranet corporativa para la ejecución de muy variadas aplicaciones y tareas, presenta un carácter dual, por cuanto mejora el rendimiento de la persona trabajadora pero puede también afectarlo negativamente cuando su empleo se realiza con fines particulares y ajenos al trabajo –vulnerando así la obligación de buena fe, diligencia y cumplimiento de las instrucciones empresariales (arts. 5 y 20.2 Estatuto de los Trabajadores [ET])–, sin perjuicio de otras consecuencias adicionales como eventuales gastos materiales o problemas de ciberseguridad.

Lo anterior justifica el control que la empresa pueda llevar a cabo con la finalidad de comprobar su correcto uso, pero dicha facultad origina un conflicto con derechos fundamentales de la persona empleada como la intimidad, el secreto de las comunicaciones o, entre otros, la protección de datos personales, pudiendo además llegar a obtener y sistematizar abundante información –laboral o no– relativa a la persona trabajadora y susceptible de ser utilizada con sórdidas intenciones.

A tal efecto, la tradicional regulación contenida en el ordenamiento laboral resultaba a todas luces obsoleta por su carácter preinformático (Falguera Baró, 2004, p. 319). En efecto, el artículo 18 del ET, con objeto de evitar hurtos y robos, sigue contemplando el registro empresarial en las taquillas y en los efectos particulares para la protección del patrimonio empresarial y demás personas trabajadoras, debiendo ser realizado en el centro, en horas de trabajo y respetando la dignidad e intimidad de la persona trabajadora, con presencia de una persona representante u otra persona empleada; por su parte, el artículo 20.3 del ET permite adoptar las medidas oportunas de vigilancia y control con observancia igualmente de la debida dignidad de la persona trabajadora «para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales».

Ambos preceptos, con idéntica redacción desde la originaria contenida en la norma estatutaria de 1980 hasta su última refundición en 2015, establecían en definitiva un poder de control generoso y poco preciso y permanecían anclados a épocas con presencia exclusiva de taquillas, tabloneros de corcho, máquinas de escribir o teléfonos fijos, donde las nuevas tecnologías de la informática y la comunicación sonaban a ciencia ficción.

Por tal motivo, esas exiguas reglas legales se mostraban insuficientes para ofrecer regulación y soluciones seguras frente a la multitud de litigios surgidos normalmente a partir de la impugnación judicial de sanciones o despidos acordados por la empresa como consecuencia de un uso indebido detectado en un previo control –aleatorio o intencionado–, muy facilitado a su vez por las nuevas tecnologías.

Superando la amplia admisión inicial al considerar la propiedad empresarial de esos medios como elemento determinante y entendiendo aplicables las garantías previstas en el citado artículo 18 del ET, pronto los tribunales coincidieron en aplicar la doctrina constitucional de la triple proporcionalidad, valorando en cada caso si la medida de control utilizada:

[...] es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra 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 (proporcionalidad en sentido estricto)<sup>1</sup>.

Sin embargo, un criterio tan general pronto dio lugar a pronunciamientos contradictorios –especialmente entre los diversos tribunales superiores de justicia– en su aplicación a la resolución de supuestos concretos necesitados a buen seguro de una reflexión casuística adicional.

La jurisprudencia ordinaria, asumiendo la alcanzada inicialmente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>2</sup>, vino a confirmar que las garantías contempladas por el artículo 18 del ET no podían resultar analógicamente aplicables a la supervisión ejercida por la empresa sobre los medios informáticos. Al tiempo, admitió el uso privado por la persona trabajadora en atención a la expectativa de intimidad que una anterior tolerancia empresarial pudiera haber generado, pero en tales casos la licitud de las posibles y admitidas medidas de comprobación de una correcta utilización debían quedar supeditadas

<sup>1</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio, sobre la doctrina previamente recogida, entre otras, en SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo, o 37/1998, de 17 de febrero.

<sup>2</sup> Sentencias del TEDH (STEDH) de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (caso Copland).

a los requisitos de existencia de prohibición expresa o regulación de los usos admitidos, la previa información sobre la posibilidad de realizar controles y la proporcionalidad de los mismos<sup>3</sup>.

Sin embargo, el propio TS vino a matizar poco después que la mera prohibición de uso particular amparaba la realización de controles, por lo que no era necesario dar a conocer previa y expresamente su existencia o los medios a utilizar, pues en tal caso el veto «lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control»<sup>4</sup>.

Por su parte, el TC añadió dos nuevas precisiones: de un lado, para considerar que tampoco quedaba vulnerado el secreto de las comunicaciones por el control efectuado sin previo aviso sobre aquellas realizadas a través de un «canal abierto», entendiendo por tal los medios de la empresa puestos a disposición del operario para el desarrollo de su prestación, pues perdían entonces su carácter confidencial<sup>5</sup>; de otro, para afirmar que la tipificación como infracción por el convenio colectivo aplicable de la utilización de los medios digitales suponía una prohibición expresa del uso extralaboral de los mismos y que, por tal motivo, quedaba excepcionada igualmente la necesidad de una doble advertencia (de prohibición y de control) por inexistencia de expectativa alguna de intimidad<sup>6</sup>, sin que a ello obstara el incumplimiento de la información a la representación unitaria

<sup>3</sup> «Esa tolerancia empresarial conforme al uso social crea una expectativa general de confidencialidad de esos usos, expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, pues, aun cuando el trabajador tiene derecho al respeto de su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por esta. En consecuencia, cuanto debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de la buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios (con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales) e informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de la existencia de controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado una "expectativa razonable de intimidad"» (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006).

<sup>4</sup> «Lo decisivo a efectos de considerar la vulneración del derecho fundamental es que, como reitera la sentencia citada, la tolerancia de la empresa es la que crea una expectativa de confidencialidad y, por ende, la posibilidad de un exceso en el control llevado a cabo por el empleador que vulnere el derecho fundamental de la intimidad del trabajador. Pero si hay prohibición de uso personal deja de haber tolerancia y ya no existirá esa expectativa, con independencia de la información que la empresa haya podido proporcionar sobre el control y su alcance, control que, por otra parte, es inherente a la propia prestación de trabajo y a los medios que para ello se utilicen, y así está previsto legalmente» (STS de 6 de octubre de 2011, rec. 4053/2010).

<sup>5</sup> STC 241/2012, de 17 de diciembre.

<sup>6</sup> «La expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales, llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales» (STC 170/2013, de 7 de octubre).

ex artículo 64.5 f) del ET respecto de «la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo»<sup>7</sup>.

Finalmente, el TEDH, en la sentencia dictada en Gran Sala en el conocido asunto *Bărbulescu II vs. Rumanía* –sin perjuicio de otros pronunciamientos anteriores y con criterio ya acogido por el TS<sup>8</sup>–, vino a fijar los criterios para el control empresarial de los medios informáticos, a saber: transparencia, debiendo mediar información previa de la existencia de medidas de vigilancia, así como del alcance de los eventuales controles; causalidad o justificación adecuada del control; proporcionalidad, en tanto no fuera posible utilizar otros mecanismos menos intrusivos sobre los derechos de la persona trabajadora; y efectividad de la tutela dispensada en atención a las garantías ofrecidas a la persona empleada<sup>9</sup>.

Fuera de las mentadas cautelas, la empresa tendría a su disposición para acreditar un comportamiento ilícito de la persona trabajadora –a riesgo de incurrir en la ilegalidad del control– solicitar previamente al órgano judicial el «acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental» para obtener su autorización mediante auto:

[...] siempre que no existan medios de prueba alternativos y previa ponderación de los intereses afectados a través de un juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso y garantías de conservación y aportación al proceso (art. 90.4 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–)<sup>10</sup>.

En el expuesto contexto legal –prácticamente inexistente– y judicial –prácticamente interminable–, la predeterminación unilateral de una política empresarial en instrumentos internos –bajo la denominación de reglamentos, códigos de conducta, normas de uso de medios informáticos, reglas de seguridad, etc.– comenzó a adquirir protagonismo como elemento determinante de la legitimidad del uso de estas herramientas y del control patronal.

De forma similar, y al amparo de la libertad y amplitud de contenidos que la legislación reconoce a la negociación colectiva (art. 85.1 ET), los interlocutores sociales comenzaron a mostrar su interés en estas cuestiones introduciendo diversos tipos de cláusulas –normalmente acogiendo los sucesivos criterios y matizaciones de los tribunales– para evitar que el vacío regulatorio implicara tácitamente el reconocimiento del uso social y su expectativa

<sup>7</sup> Entendiendo tal omisión como carente de relevancia constitucional (STC 186/2000, de 10 de julio).

<sup>8</sup> STS de 8 de febrero de 2018 (rec. 1121/2015).

<sup>9</sup> STEDH de 5 de septiembre de 2017 (asunto *Bărbulescu II*), revocando la previa STEDH de 12 de enero de 2016 (asunto *Bărbulescu I*).

<sup>10</sup> Posibilidad muchas veces olvidada o descartada por la empresa, pero especialmente valorada por el Alto Tribunal (STS de 13 de mayo de 2014, rec. 1685/2013).

de intimidad y, en su caso y a mayores, para aportar criterios y reglas sobre su utilización, sobre su prohibición o sobre los concretos mecanismos de control (Ruiz González, 2018, pp. 301 y ss.).

Posteriormente, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, que derogaba la Directiva 95/46/CE sobre la materia, entró en vigor en nuestro país el 25 de mayo de 2018 y, en consecuencia y poco después, la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), reguló por primera vez los denominados «derechos digitales laborales», acogiendo en gran medida los criterios de la jurisprudencia nacional y comunitaria, si bien resulta patente en todos ellos «la falta de concreción normativa y el carácter meramente programático de algunas de sus previsiones» (Rodríguez Escanciano, 2019, p. 30).

Su disposición final decimotercera dio lugar al nuevo artículo 20 bis del ET, que, bajo la rúbrica de los «derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión», reconoce ya formalmente el citado derecho de la persona trabajadora a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por la empresa «en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», amén de otros como los de desconexión digital y los relacionados con la videovigilancia y la geolocalización.

La expresa remisión conduce al artículo 87 de la LOPDGDD, que garantiza la intimidad de la persona trabajadora en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empresa, pero permite el control patronal a los exclusivos efectos de comprobar el cumplimiento de las obligaciones o de garantizar la integridad de las herramientas tecnológicas, exigiendo para ello el establecimiento previo de los criterios de utilización profesionales o personales –debiendo observar «los estándares mínimos de protección de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente»–, que han de ser objeto de información a las personas trabajadoras y elaborados con participación de sus representantes, fijando en su caso con precisión los usos privados autorizados y las garantías aplicables.

Cabría discutir si hubiera sido más apropiado insertar estos artículos reguladores de los nuevos derechos digitales laborales en el ET de 2015, con carácter de ley ordinaria, en lugar de en la LOPDGDD, dada la eminente naturaleza laboral de su contenido. No obstante:

[...] se trata de un reducto –el laboral–, que transita por este maremagno de disposiciones relacionadas con los dispositivos digitales, pero que, al tratarse el derecho a la intimidad de un derecho fundamental, debe desarrollarse mediante ley orgánica (art. 81.1 [Constitución española] CE) (Fernández Orrico, 2019).

Adicionalmente, el artículo 91 de la LOPDGDD añade que «los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con [...] la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral». Por tal motivo, y como se verá, la negociación colectiva tiene un gran potencial para asumir un papel protagonista no solo como instrumento idóneo para el desarrollo de esa nueva obligación, sino también en orden a la clarificación de las múltiples dudas interpretativas que sugiere ya el precepto y a la mejora del nivel legal de protección, singularmente por cuanto hace a las garantías de la persona trabajadora en los controles empresariales.

## 2. El artículo 87 de la LOPDGDD: requisitos legales sobre la regulación del uso y control de dispositivos digitales en el ámbito laboral como garantía del derecho a la intimidad

El citado artículo 87 de la LOPDGDD trata de introducir un justo equilibrio en la triple relación existente entre el habitual uso de dispositivos digitales por la persona trabajadora, su derecho fundamental a la intimidad (arts. 18 CE y 4.2 f) y, ahora, 20 bis ET) y el de la empresa a verificar el cumplimiento por aquella de sus obligaciones y deberes laborales (art. 20.3 ET).

En esa compleja interacción, la nueva norma ha confirmado, aunque no expresamente en su tenor literal, el notable protagonismo de la negociación colectiva a la hora de delimitar los requisitos para garantizar la compatibilidad entre unos y otros, cuales son la necesidad de establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales y de especificar los usos permitidos, la participación en su fijación de la representación de las personas trabajadoras, la información previa a las personas empleadas y la protección de su intimidad en los posibles controles empresariales.

En este sentido, cabe constatar cómo la regulación convencional sobre este extremo sigue obedeciendo por lo general a los mismos patrones utilizados con anterioridad a la entrada en vigor de la LOPDGDD. En efecto, en muchos supuestos constituyen una mera renovación que no supone modificación alguna de su versión precedente<sup>11</sup>; en otros casos, guardan absoluto silencio sobre estos nuevos derechos digitales; anuncian la creación de una comisión paritaria o conceden un determinado plazo para su regulación<sup>12</sup>; o, en fin, introducen un nuevo apartado específico a tal fin pero reiteran o remiten al artículo 87 de la LOPDGDD<sup>13</sup>, omiten el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales para

<sup>11</sup> Artículo 33.C.3 del Convenio colectivo (CC) de Mercadona, SA, y Forns Valencians Forva, SAU (BOE de 18 de febrero de 2019).

<sup>12</sup> Artículo 47 del CC marco de la Unión General de Trabajadores (BOE de 2 de octubre de 2019).

<sup>13</sup> Con una redacción idéntica, artículos 72 del CC de la industria del calzado (BOE de 22 de julio de 2019) y 85 del CC estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE de 2 de octubre de 2019).

ocuparse de la desconexión, la protección de datos o el teletrabajo o, por último y si lo contemplan, no aportan una regulación precisa –tal vez debido a su ámbito sectorial–, sino más bien genérica y abstracta o atribuyen la competencia al nivel empresarial.

Sea como fuere, resulta evidente que en la negociación colectiva reciente los interlocutores sociales parecen haber optado mayoritariamente por seguir transitando la senda de la prohibición absoluta del uso privado de estos medios informáticos aportados por la empresa –incluso también de los personales para el acceso a aplicaciones de mensajería, redes sociales o cualquier finalidad ajena al trabajo–, así como por prever los controles para su verificación –no tanto sus requisitos y procedimientos ni las garantías de quien los sufre–; todo lo cual permite concluir que la intimidad de la persona trabajadora que la legislación pretendía salvaguardar queda a la postre muy diezmada por el juego de la excepción que ampara el veto a la utilización particular y que legitima la vigilancia de la empresa.

## 2.1. El obligatorio establecimiento de los criterios de uso con participación de la representación de las personas trabajadoras y la información a las mismas

El primer párrafo del artículo 87.3 de la LOPDGDD establece que «los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales» y que «en su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores». Cabe deducir, por tanto, una evidente voluntad de introducir sin ambages ni condicionamientos la obligación legal de predeterminar qué usos –profesionales o privados– pueden hacer las personas empleadas de las nuevas tecnologías puestas a su disposición para el desempeño de sus funciones. En otros términos, la norma exige con meridiana claridad, siempre y en todo caso, una regulación expresa del uso de los medios electrónicos y de los controles patronales –ya venga fijada a nivel empresarial o sectorial, siempre que sea aplicable a la unidad productiva–, lo cual permite tanto denunciar su inexistencia como cuestionar –al menos desde la óptica de la legitimidad y legalidad de la vigilancia de la empresa– la suficiencia de la mera tipificación de estas conductas como infracción laboral a partir de un genérico régimen disciplinario que no las contempla expresamente<sup>14</sup> (Quílez Moreno, 2019, p. 138).

<sup>14</sup> Al amparo de infracciones como «la realización sin el oportuno permiso de trabajos particulares durante la jornada» o «el uso de los medios, herramientas, materiales, máquinas o útiles de la empresa en beneficio propio o para fines particulares, ajenos o distintos al trabajo sin la debida autorización», incluso fuera de la jornada y del lugar de trabajo –por ejemplo, arts. 60.2 d) CC nacional de servicios de prevención ajenos (BOE de 7 de octubre de 2017), 81.7 CC general de la industria textil y de la confección (BOE de 21 de agosto de 2015), 73.8 CC de empresas de seguridad (BOE de 1 de febrero de 2018), 66.8 CC de ámbito estatal del sector de *contact center* (BOE de 12 de julio de 2012) o 49.C.3 CC de oficinas de farmacia (BOE de 8 de mayo de 2014)–. Con mayor motivo, si la pretendida asimilación lo es a conductas mucho más abstractas como el «fraude, la deslealtad y abuso de confianza en las

Por otro lado, el tenor legal exige únicamente que «en su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores», lo que no puede ser equiparado –aunque tal vez hubiera sido lo deseable– a la preceptiva negociación y aprobación por los mismos. Antes, al contrario, el supuesto encaja al menos en las consultas contempladas por el artículo 64.5 f) del ET para «todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo» y, específicamente, para la emisión de informe previo a la ejecución empresarial de cualquier medida relativa a la «implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo». Su omisión constituirá infracción grave de los derechos de información y consulta de la representación (art. 7.7 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social), pero no invalida los medios de control, salvo cuando su introducción pudiera ser considerada como una modificación sustancial de condiciones de trabajo llevada a cabo sin el preceptivo trámite de consultas (arts. 41 ET y 138.7 LRJS) (Rodríguez Escanciano, 2019, p. 192).

A partir de lo anterior, la referencia a los «representantes de los trabajadores» no debe quedar ceñida –pues no lo hace el propio precepto– al comité de empresa o delegados/as de personal si los hubiera, alcanzando también subjetivamente tanto a los/las delegados/as sindicales en virtud de la asimilación de derechos y competencias que realiza el artículo 10.3.1.º y 3.º de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical (LOLS), como incluso a las secciones sindicales, en este caso solo para las pertenecientes a sindicatos más representativos y a los que cuenten con presencia en los órganos de representación unitaria, en tanto el artículo 9.2 b) de la LOLS les atribuye el derecho a la negociación colectiva. Ante la inexistencia de representación de uno u otro tipo, parece posible y oportuna la elección de una comisión *ad hoc* a tal efecto, aplicando analógicamente la prevista por el artículo 41.4 del ET para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, porque en tal caso las personas trabajadoras así designadas están ejerciendo, aunque solo sea puntualmente, una representación en los amplios y genéricos términos del artículo 87.3 de la LOPDGDD.

Por idéntico motivo, y aun cuando lo anterior presupone considerar a la empresa como núcleo de la regulación, nada impide su recepción en convenios colectivos de ámbito superior o sectoriales, quedando atribuida en tal caso esa competencia de «participación» –convertida ahora sí en «negociación» en sentido estricto– a los sindicatos legitimados conforme a los artículos 87 y siguientes del ET.

---

gestiones encomendadas» o «entregarse a juegos, cualesquiera que sean, dentro de la jornada de trabajo» –recogidas en, entre muchos otros, CC para las cajas y entidades financieras de ahorro (BOE de 10 de abril de 2018), CC de peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE de 11 de julio de 2018), CC de ámbito estatal de gestorías administrativas (BOE de 23 de febrero de 2017), CC del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 20 de diciembre de 2016), CC del sector de empresas de publicidad (BOE de 10 de febrero de 2016) o CC de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes (BOE de 21 de noviembre de 2016)–, llega a resultar harto dudoso –por no decir descartado– el ejercicio del poder disciplinario a la luz del mentado criterio judicial que solo admitía como prohibición del uso su expresa previsión al efecto, así como porque el artículo 87 de la LOPDGDD impone la necesaria existencia de criterios de utilización de los dispositivos digitales.

En definitiva, la regulación de los criterios del uso de los dispositivos digitales puede ser realizada a nivel empresarial, a nivel de grupo o a nivel sectorial; no obstante, la tendencia parece evidenciar un mayor protagonismo del primero, en muchos casos por la remisión desde los restantes al ámbito inferior<sup>15</sup> y a buen seguro debido a la mayor «cercanía con el objeto de regulación y especialmente a la heterogeneidad» (Gimeno Díaz de Atauri, 2010, p. 305). Asimismo, y en función de la anterior alternativa en cada caso concurrente, puede ser instrumentalizada a través de la negociación de un convenio colectivo estatutario –pues el necesario carácter general de las reglas de uso impide admitir a tal fin un convenio colectivo extraestatutario por su eficacia limitada– o mediante un trámite de consultas que puede concluir con un auténtico acuerdo de empresa o, en su defecto, con una decisión unilateral por la empresa; en este sentido, solo en tal caso serían válidos los reglamentos, manuales de buenas prácticas o códigos de conducta o éticos de la organización productiva sobre tales extremos, pero no cuando hayan sido elaborados y aprobados sin la exigida «participación» de la representación de las personas trabajadoras, práctica habitual con anterioridad a la entrada en vigor de la LOPDGDD.

Por otra parte, el artículo 87.3, párrafo 3.º, de la LOPDGDD impone que «los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado»; interpretada en el contexto de todo el precepto y atendiendo a la doctrina judicial nacional y comunitaria de la que procede, dicha obligación ha de ir referida tanto a los criterios de uso como a los controles y sus garantías, como con posterioridad se reiterará.

A tal efecto, será necesario que la empresa aporte esa información con anterioridad al uso indebido que pretenda sancionar, ya sea en el contrato de trabajo, en anexo al mismo o mediante circular interna o cualquier otro medio del cual quede acreditada constancia, pues a aquella le corresponde la carga de probar, mediando litigio, que existió; y con la extensión completa, incluyendo las categorías de datos personales que pueden ser recogidos, forma y tiempo de los controles, finalidad de los mismos, categorías o grupos de personas trabajadoras a los que afecta, duración de retención de la información, su potencial utilización, las copias de seguridad que puedan realizarse con esos datos, etc. (Baz Rodríguez, 2019, p. 173).

Aun cuando cabría plantearse si la mera tipificación como infracción y la previsión de controles en el convenio colectivo aplicable permiten entender cumplida tal obligación informativa, la respuesta ha de ser negativa (Rodríguez Escanciano, 2019, pp. 190-191), pues el precepto exige con meridiana claridad un comportamiento activo, entendiendo por información, en los términos del artículo 64 del ET, la transmisión de datos por la empresa a fin de que la persona trabajadora tenga conocimiento de una cuestión determinada.

---

<sup>15</sup> Como ocurre en los artículos 32.2.19 del CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE de 19 de mayo de 2016), 48 del CC estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (BOE de 19 de diciembre de 2019) o 46 del CC de Beer&Food (BOE de 25 de junio de 2020).

## 2.2. De la prohibición total a la admisión y regulación del uso para fines particulares o ajenos a la prestación de servicios

### 2.2.1. La prohibición del uso privado

Como ha quedado expuesto, el artículo 87.3 de la LOPDGDD impone la obligatoria existencia de criterios de utilización de los dispositivos digitales, si bien omite cualquier referencia a su alcance. Por tal motivo, la primera alternativa consiste en prohibir de forma absoluta cualquier uso distinto al profesional, adecuado y responsable que justifica su puesta a disposición, pues así lo admite *sensu contrario* en su siguiente párrafo cuando alude al control empresarial cuando «haya admitido su uso con fines privados».

La licitud de tal opción, por otro lado, queda confirmada al comprobar cómo en la negociación colectiva, tanto anterior como posterior a la LOPDGDD, constituye regla de orden mayoritaria acogiendo la asimilación entre tipificación y prohibición para incluir en su régimen disciplinario conductas expresamente relacionadas con el uso particular de los medios tecnológicos<sup>16</sup>, existiendo en definitiva esos «criterios de utilización de los dispositivos digitales» que en la actualidad exige el artículo 87.3 de la LOPDGDD<sup>17</sup>.

En consecuencia, debe entenderse vetado el uso extralaboral cuando está prevista la sanción para las infracciones laborales –con independencia de su calificación como leve, grave o muy grave y de su más o menos amplia descripción–, expresadas por lo común como la realización de actividades particulares durante la jornada y la utilización de los medios informáticos, electrónicos, tecnológicos o de comunicación externa o interna (correo electrónico, intranet, internet, ordenadores de sobremesa o portátiles, teléfonos móviles, tableta, memorias extraíbles, etc.) proporcionados a la persona empleada para su uso profesional para fines inadecuados, indebidos o distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral salvo permiso expreso de la empresa o en supuestos necesarios y perentorios<sup>18</sup>;

<sup>16</sup> Por ejemplo, artículos 22.C.7 del CC de Delcom Operador Logístico, SA (BOE de 1 de agosto de 2020), 36 del CC de Noroto, SAU (BOE de 19 de agosto de 2020) o 34 del CC de la empresa Mediterránea Merch, SL, para los centros de trabajo de Alicante, Murcia y Valencia (BOE de 12 de agosto de 2020); o, en su manifestación más simple, añadiendo a las cláusulas genéricas de incumplimientos la precisión de que «a estos efectos tendrán también la consideración de herramientas los equipos informáticos», artículo 49.12 del CC de la industria azucarera (BOE de 4 de enero de 2019).

<sup>17</sup> Conforme consta, para el TC la tipificación como infracción en el convenio colectivo aplicable de la utilización privada de los medios digitales supone una prohibición expresa de ese uso extralaboral (STC 170/2013, de 7 de octubre).

<sup>18</sup> Artículos 53.4 del CC del sector de grandes almacenes (BOE de 7 de octubre de 2017), 70.22 del CC estatal del corcho (BOE de 18 de octubre de 2017), 46.3 o) del CC estatal de radiodifusión sonora comercial (BOE de 13 de diciembre de 2017), 61.3 o) del CC para el sector de prensa diaria (BOE de 28 de febrero de 2018), 99 ñ) del CC general del sector de la construcción (BOE de 26 de septiembre de 2017) o 15 del CC del Grupo AXA (BOE de 10 de octubre de 2017).

prohibición que en función del sector –singularmente, en los de atención al público o en cuantos la actividad requiere una especial atención y prevención de riesgos– puede llegar a ampliarse a la utilización durante la jornada de los dispositivos particulares de la persona trabajadora excepto urgencia o autorización<sup>19</sup>.

## 2.2.2. Reglas sobre la utilización no profesional

Frente a la primera posibilidad, la sensibilidad de la empresa con la realidad de una sociedad tremenda y constantemente conectada, la asunción de las inevitables micropausas que la persona trabajadora puede igualmente realizar sin medios tecnológicos, la existencia de puestos cuyas funciones no requieren una actividad permanente –por ejemplo, las de atención al público en los momentos en los cuales no hay clientela o personas usuarias– o, entre muchos otros motivos, la dificultad para aplicar y controlar eficazmente esa prohibición total justifican una lógica y recomendable permisividad para admitir y regular el uso privado.

En tal supuesto, el artículo 87.3, párrafo 2.º, de la LOPDGDD supedita un posible control empresarial de los dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su utilización con fines particulares a la determinación específica y precisa de los usos autorizados, citando expresamente y a modo de ejemplo –que no como necesario contenido mínimo– periodos de uso privado.

En ocasiones, el permiso viene previsto de forma tácita, al estar parcialmente despenalizado –de forma intencionada o no– ese uso privado social cuando es moderado y la tipificación de la infracción –o su calificación como leve, grave o muy grave– exige para su sanción la concurrencia de especiales circunstancias como la reiteración, el abuso, el perjuicio para la empresa o el servicio o, entre otras posibles, el empleo de un tiempo que implique dejación o abandono de funciones<sup>20</sup>; conceptos cuya labilidad introduce el problema añadido de su compleja delimitación, todo ello sin perjuicio de que pueda llegar a ser sancionado y como consecuencia añadida la persona trabajadora pueda ser objeto de restricciones en lo sucesivo si así está expresamente contemplado en los criterios reguladores. Frente a tal incertidumbre, procede destacar excepciones que, tras anunciar el máximo castigo en alguno de los anteriores supuestos, lo terminan vinculando expresa y concretamente a comportamientos contrarios a las costumbres comúnmente aceptadas como la consulta, obtención

<sup>19</sup> Artículos 53.4 del CC del sector de grandes almacenes (BOE de 7 de octubre de 2017), 55 j) del CC sectorial de ámbito estatal de la administración de loterías (BOE de 7 de diciembre de 2015) u 89.20 del CC estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 5 de junio de 2014).

<sup>20</sup> Por citar algunos ejemplos, artículos 37.12 del CC del sector de las industrias del frío industrial (BOE de 10 de octubre de 2018), 61 d) del CC estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (BOE de 19 de diciembre de 2019) o 34 del CC de la empresa Mediterránea Merch, SL, para los centros de trabajo de Alicante, Murcia y Valencia (BOE de 12 de agosto de 2020).

o difusión de material pornográfico, abuso de menores, terrorismo, participación en chats y la descarga de materiales no relacionados con la actividad de la empresa, uso particular con carácter lucrativo, en juegos de azar, sorteos, apuestas o, en fin, envío de imágenes o material ofensivo o discriminatorio<sup>21</sup>.

Sin embargo, resulta de todo punto conveniente establecer de forma precisa el alcance de ese uso privado admitido. En este sentido, y al igual que ha ocurrido en épocas recientes con otras materias, la regulación del uso de los medios tecnológicos en la empresa no solo ha ido ganando interés para los interlocutores sociales, sino que ha llegado a constituir un nuevo contenido independiente en los convenios<sup>22</sup>, contando con su propio y exclusivo artículo, capítulo o anexo<sup>23</sup>, tratando en su momento de acoger el aluvión de criterios judiciales e incluso solventando positivamente ahora su adaptación al artículo 87.3 de la LOPDGDD. Supera así su débil inclusión en el régimen disciplinario, el cual además gana relevancia porque debe ampliar su elenco de infracciones para dar cabida a cuantas deriven de la inobservancia de aquellas específicas reglas para, en definitiva, respetar el principio de legalidad y tipicidad ante una eventual sanción<sup>24</sup>.

Al descender al análisis y exposición de los términos a los que podría quedar sujeto el uso privado de los dispositivos digitales, partiendo de la experiencia negocial –que por lo común presenta una estructura similar y ligeras variaciones en cada caso concreto<sup>25</sup>–, cabe recordar que el artículo 87.3 de la LOPDGDD exige literalmente «que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados», lo que invita a evitar ambiguos e indeterminados enunciados como «no alterar el normal desarrollo del trabajo», «no poner en riesgo los sistemas de comunicaciones o el funcionamiento de la red interna» o «deberá ser responsable, moderada y

<sup>21</sup> Artículos 48.11 y 49.21 del CC estatal de estaciones de servicio (BOE de 19 de octubre de 2017), 54.3 s) del Acuerdo marco del Grupo Repsol (BOE de 4 de enero de 2018) u 86.3.17.º del CC del grupo de empresas de Acciona Energía (BOE de 21 de octubre de 2014).

<sup>22</sup> Como así reconocen los propios interlocutores al justificar la regulación e inclusión de esta materia, afirmando que son «conscientes de la importancia que el uso generalizado de las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento tiene en el ámbito laboral y de la problemática que puede derivarse de una incorrecta utilización de las mismas» –arts. 168 CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU (BOE de 13 de noviembre de 2019) o 128 CC marco del Grupo Endesa (BOE de 17 de junio de 2020)–.

<sup>23</sup> O, como posibilidad intermedia, un apartado específico pero ubicado en el régimen disciplinario al considerar la infracción de la prohibición de uso absoluta que establece como falta muy grave –art. 33 CC de Mercadona, SA, y Forns Valencians Forva, SAU (BOE de 18 de febrero de 2019)–.

<sup>24</sup> Es decir, es necesario regular el uso de los medios tecnológicos y contemplar expresamente el incumplimiento de dichas reglas como infracción; un ejemplo de lo contrario en el artículo 100 b) 6 del CC estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE de 23 de noviembre de 2018).

<sup>25</sup> Los mejores ejemplos en el CC del Grupo Vodafone España (BOE de 7 de octubre de 2016), CC Grupo Unidad Editorial (BOE de 7 de octubre de 2017), CC estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE de 23 de noviembre de 2018), CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU (BOE de 13 de noviembre de 2019) o CC marco del Grupo Endesa (BOE de 17 de junio de 2020).

mantenerse dentro de unos límites razonables, tanto en la frecuencia de su utilización como en relación con la memoria informática y recursos consumidos»<sup>26</sup>.

A partir de esa premisa, el tratamiento debe incluir un recordatorio de la condición de herramienta de trabajo y la propiedad empresarial sobre el material informático proporcionado a las personas empleadas para desempeñar más eficientemente sus funciones laborales, debiendo ser utilizado con la diligencia debida para evitar perjuicios derivados del mal uso.

Pero, más en concreto, las muy variadas y posibles reglas de uso a adoptar –cuya inobservancia puede implicar, junto a la aplicación de las correspondientes sanciones, restricciones en el posterior acceso a las herramientas– quedarán a buen seguro enunciadas a modo de delimitación negativa y excluyente, de tal forma que cualquier otro supuesto no contemplado habrá de ser valorado como utilización privada admitida, pudiendo ser las siguientes las más habituales:

- Identificación de las páginas web que no se pueden visitar, especialmente con referencia a aquellas de carácter o contenido racista, erótico, sexual o cualquier otro contrario a la dignidad y los principios morales o que supongan coste adicional o cargas económicas adicionales.
- Denegación del acceso a internet para practicar juegos de cualquier tipo o participar en sorteos.
- Enumeración de los programas o aplicaciones que no pueden ser descargadas o usadas, como pudieran ser singularmente las redes sociales, o de las alteraciones sobre la configuración de los equipos.
- Comunicación a la empresa de cualquier incidente de seguridad relacionado con las TIC.
- Determinación de la frecuencia o el tiempo que puede emplearse en los usos no prohibidos expresamente, pero realizados con fines personales.
- Envío de un determinado número de correos electrónicos personales o no profesionales en un periodo temporal de referencia, ya sea el día, la semana o el mes, o indicación de los posibles destinatarios o receptores.
- Seguimiento de cadenas o remisión de correos electrónicos masivos, en su caso también con límite cuantitativo.
- Envío de mensajes con imágenes o vídeos de carácter ofensivo, inapropiado o con contenidos discriminatorios, así como los que promuevan el acoso sexual o moral o inciten a la violencia, pudiendo la empresa incluir una rúbrica final para no asumir eventuales responsabilidades.

<sup>26</sup> Artículo 83 del CC de Iberdrola Grupo (BOE de 9 de agosto de 2017).

- Establecimiento, con la finalidad de evitar sobrecargas, de cuotas de espacio disponible para cada cuenta de correo electrónico, cuya superación determine la restricción automática de envíos y recepciones.
- Fijación de topes en los datos de consumo o en los servicios de almacenamiento *online*.
- Implantación de normas sobre la utilización de dispositivos personales en el lugar y tiempo de trabajo (*bring your own devices*, BYOD)<sup>27</sup>.
- Descarga y conservación en unidades de red y en dispositivos físicos de materiales o ficheros ajenos al trabajo y protegidos por derechos de propiedad intelectual o industrial, por lo común referidos a juegos, *software*, música, imágenes o vídeos.
- Exigencia de autorización para trasladar los dispositivos a dependencias distintas de las inicialmente designadas.
- Utilización exclusiva de los medios informáticos con la clave de usuario personal, secreta e intransferible, sin poder publicarla o compartirla, así como advertencias sobre la elección de claves o contraseñas para que sean seguras.
- Realización de los usos privados fuera del horario de trabajo o exclusión para el desempeño de una actividad profesional por cuenta propia o ajena distinta a la de la empresa.
- Confidencialidad en el tratamiento de las bases de datos a las que tenga acceso, así como de la información contenida en archivos, carpetas, discos duros u ordenadores, relativas a clientela, personas proveedoras, expedientes, personas asesoras y otras personas profesionales relacionadas con la empresa y, en general, cuantas maneje con ocasión de la relación laboral, prohibiendo su tráfico, transmisión, manipulación o extracción.
- Obligación de devolver, a la extinción del contrato, el material informático en las debidas condiciones con toda la información profesional almacenada –pudiendo retirar la personal– y de facilitar las claves de acceso al ordenador, programas, bases de datos, archivos protegidos, intranet, internet y correo electrónico.

## 2.3. Los controles empresariales y la debida garantía del respeto a la intimidad de la persona trabajadora

El artículo 87.2 de la LOPDGDD permite a la empresa «acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores», quedando por tanto

---

<sup>27</sup> Con detalle, artículo 6.2.1 del CC del Centro Farmacéutico, SL (BOE de 19 de junio de 2020).

vedado el control sobre los instrumentos propiedad de la persona trabajadora, sin que ello signifique que una utilización indebida de los mismos deba quedar impune (Rodríguez Escanciano, 2019, pp. 190 y 194)<sup>28</sup>; y lo hace exclusivamente con dos finalidades, como son la de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y la de garantizar la integridad y seguridad de dichos dispositivos, en alusión al *hardware*, al *software*, así como a la propia red o al conjunto de datos personales de la clientela, personal, personas proveedoras, etc.; en cualquier caso, actúan como causas autónomas e independientes<sup>29</sup> y con independencia del consentimiento de la persona trabajadora<sup>30</sup> (Baz Rodríguez, 2019, p. 161).

Adicionalmente, el artículo 87.3 permite también los controles cuando se haya admitido la utilización privada, y aun participando de ese idéntico objetivo de comprobar el correcto desempeño de sus cometidos, su licitud queda en este caso condicionada no solo a la previa existencia tanto de criterios precisos sobre esos usos particulares consentidos y a la información dada a la persona trabajadora, sino adicionalmente a que el acceso y vigilancia tenga lugar fuera de esos usos privados permitidos.

En definitiva, las reglas sobre el uso de los medios tecnológicos y los términos de la vigilancia patronal aparecen inexorablemente unidos, aunque por lo general en la negociación colectiva prima este último aspecto, omitiendo *de facto* el establecimiento de criterios precisos más allá de la prohibición y tipificación de los usos de carácter personal<sup>31</sup>.

Los mecanismos y los procedimientos a disposición de la empresa para efectuar estos controles son numerosos y eficaces, y vienen muy facilitados por las propias tecnologías cuyo empleo abusivo se pretende evitar, pudiendo consistir en los tradicionales sistemas de videovigilancia (en sus múltiples posibilidades), intervención de las conversaciones telefónicas mantenidas mientras se prestan servicios desde terminales de la compañía, control de acceso y localización o inspecciones en el correo electrónico, revisión de la navegación

<sup>28</sup> Con ejemplos en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 18 de junio de 2014 (rec. 280/2014) o Aragón de 18 de mayo de 2016 (rec. 300/2016).

<sup>29</sup> STS de 26 de septiembre de 2007 (rec. 966/2006).

<sup>30</sup> De ahí la evidente ilicitud de cláusulas contractuales o convencionales como la siguiente:

El empleado manifiesta que ha sido informado de las auditorías periódicas que con carácter aleatorio la empresa puede realizar sobre el uso y destino que se hace de dichas herramientas informáticas y, en consecuencia, consiente sin reserva alguna que, dichas auditorías, se lleven a cabo sobre todas las herramientas informáticas que pueda utilizar en el desarrollo de sus funciones (CC del Centro Farmacéutico, SL –BOE de 31 de julio de 2019–).

<sup>31</sup> Incluso a veces contemplando la existencia de controles sin mayor concreción –disp. adic. primera CC de ámbito estatal de Mapfre Grupo Asegurador (BOE de 21 de agosto de 2014); en similar sentido, aunque en conexión con la prohibición absoluta de uso, arts. 33.C.3 CC de Mercadona, SA, y Forns Valencians Forva, SAU (BOE de 18 de febrero de 2019) o 36 CC de Noroto, SAU (BOE de 19 de agosto de 2020)–.

y las descargas realizadas, instalación de programas espía capaces de revelar la práctica totalidad de aspectos relativos al equipo informático asignado a la persona empleada –desde los programas y aplicaciones utilizados, las páginas visitadas y el tiempo de permanencia, hasta el número de pulsaciones por minuto– o, en fin, la supervisión del uso de las redes sociales. Por lo general, los interlocutores sociales no muestran especial interés en estas cuestiones, limitándose a reconocer los controles y a ofrecer fórmulas abstractas y mínimas aclaraciones, entre las que cabe destacar –por su frecuencia– la genérica alusión a las comprobaciones oportunas y a una auditoría o –con similar imprecisión sobre los parámetros de forma, lugar y tiempo– a la monitorización remota, la indexación de la navegación o la revisión del correo electrónico.

Como cabe comprobar a la vista de la amplitud utilizada en la descripción legal y convencional de tales facultades y de las enormes facilidades para llevar a cabo el control (Reis de Araujo, 2019, pp. 203 y ss.), el ámbito de una posible intromisión en el derecho fundamental a la intimidad podría quedar notablemente ampliado (Fernández Orrico, 2019) por la posibilidad de obtener datos sensibles relativos a la esfera personal –ideología, orientación sexual, religiosa o política, aficiones, etc.– con el riesgo de un eventual uso ilegítimo, amén de en otros como la libertad de expresión e información, dignidad, secreto de las comunicaciones, protección de datos personales o libertad informática o autodeterminación informativa.

Por tal motivo, y como contrapartida, la legislación exige el establecimiento de garantías para preservar la intimidad de la persona trabajadora en el uso de los dispositivos digitales, estén o no permitidos los de carácter privado (art. 87.1 y 3 LOPDGDD); procedimiento en el cual la empresa debe ahora contar igualmente con la participación de la representación de las personas trabajadoras, pues aparece prevista de forma expresa por el artículo 87.3 de la LOPDGDD no solo para fijar los criterios de uso, sino también, como elementos inseparables que son, «los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente».

Las posibles previsiones en los criterios de uso y control, más allá de meras declaraciones sobre la necesidad de guardar en su adopción y aplicación la consideración debida a la dignidad, intimidad y demás derechos fundamentales de la persona trabajadora, pueden venir dadas por limitar la inspección a la existencia de indicios razonables de uso indebido o delito o de riesgo o perjuicio empresarial<sup>32</sup>, configurarla como medida subsidiaria si la situación «no pudiera ser aclarada mediante sistemas menos invasivos de la intimidad»<sup>33</sup>,

<sup>32</sup> Artículos 85 del CC del grupo de empresas de Acciona Energía (BOE de 21 de octubre de 2014), 15 del CC Grupo AXA (BOE de 10 de octubre de 2017), 168 del CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU (BOE de 13 de noviembre de 2019) o 131 a) del CC marco del Grupo Endesa (BOE de 17 de junio de 2020).

<sup>33</sup> Artículo 131 a) del CC marco del Grupo Endesa (BOE de 17 de junio de 2020).

ser realizada en horario laboral y en presencia de la propia persona trabajadora y de algún representante u otros testigos<sup>34</sup>, debiendo informar previamente a ambos en cada concreto supuesto, levantar acta de la actuación, etc. No obstante, en muchos casos y especialmente en los referidos al uso de internet con los diversos equipos informáticos o tecnológicos, el control solo exigirá realmente el conocimiento y la información de su existencia, pues es realizado de forma continua y remota mediante la instalación de sistemas de rastreo y registro en el servidor central o en cada dispositivo.

Con todo, y aun cuando estén preestablecidas tanto las reglas de actuación que debe observar la persona trabajadora en el manejo de las herramientas tecnológicas como el ulterior control que la empresa puede llevar a cabo y la persona trabajadora esté informada de todo ello, la garantía del derecho a la intimidad exige la concurrencia del principio de proporcionalidad –a valorar en cada caso concreto– para descartar el carácter abusivo de los controles, no en vano los criterios de utilización han de atender a «los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente» (art. 87.3, párr. 1.º, LOPDGDD) (Preciado Domènech, 2019, p. 140), de tal forma que los mismos deberán estar justificados, resultar necesarios en defecto de otra medida de prevención o de control, quedar limitados al objeto de la comprobación, ofrecer garantías adecuadas a la persona trabajadora y, en fin, no podrán provocar perjuicios superiores sobre otros bienes o valores en conflicto que los beneficios pretendidos (Baz Rodríguez, 2019, pp. 184-187).

Por último, la norma no ha distinguido entre controles ordinarios y extraordinarios para abordar aquellos supuestos puntuales fundados en indicios de incumplimientos laborales graves y que exceden del protocolo habitual de supervisión, a diferencia de cuanto hace en el artículo 89 de la LOPDGDD respecto de la videovigilancia (Rodríguez Escanciano, 2019, p. 194); tampoco entre controles defensivos e indirectos (Baz Rodríguez, 2019, pp. 163 y ss.). Así pues, cabe entender que los controles ocultos quedan proscritos, debiendo observar cualquier medida de vigilancia el régimen jurídico contemplado por el artículo 87 de la LOPDGDD; no obstante, en cierta forma constituye un debate baldío, pues –de nuevo–, existiendo al menos advertencias genéricas pero claras de prohibición de uso privado y de realización de controles y estando la persona trabajadora informada de ello, desaparece ese carácter de clandestinidad, aunque eso tampoco le atribuye automáticamente la debida proporcionalidad.

Sea como fuere, todo lo anterior pone de manifiesto un mayor interés en la preferencia de intervención posterior sobre la prevención de comportamientos no deseados a través

---

<sup>34</sup> Artículos 85 del CC del grupo de empresas de Acciona Energía (BOE de 21 de octubre de 2014), 15 del CC Grupo AXA (BOE de 10 de octubre de 2017), 168 del CC de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU (BOE de 13 de noviembre de 2019) o 131 del CC marco del Grupo Endesa (BOE de 17 de junio de 2020).

de sistemas informáticos como bloqueos, filtros o advertencias<sup>35</sup>, lo cual ninguna dificultad plantea y mayor protección ofrece a los derechos de la persona trabajadora mediante el recurso a la propia tecnología.

### 3. El artículo 87 de la LOPDGDD resulta aplicable a los criterios sobre el uso de los medios informáticos por la representación de las personas trabajadoras

Para el ejercicio de sus funciones y con la finalidad de mantener una debida comunicación con las personas trabajadoras, el artículo 81 del ET reconoce a los/las delegados/as de personal y al comité de empresa el derecho a usar un local adecuado siempre que las características de la empresa lo permitan, así como, en cualquier caso, uno o varios tabloneros de anuncios.

Por su parte, el artículo 8.1 de la LOLS atribuye igualmente a las secciones sindicales que pertenezcan a las organizaciones obreras más representativas o cuenten con miembros en la representación unitaria la prerrogativa de utilizar un tablón de anuncios situado en el centro de trabajo y en lugar que garantice un acceso adecuado a la información oportuna por sus afiliados y afiliadas y un local cuando el centro o empresa supere las 250 personas empleadas.

De nuevo el legislador, tanto en la refundición del ET de 2015 como en la LOPDGDD, parece haber permanecido en modo analógico, ignorando la realidad y las facilidades que ofrecen las nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo y renunciando a regular su expresión actual a través, fundamentalmente, del correo electrónico y de los tabloneros de anuncios virtuales en la red como medio principal de difusión de información sindical (Rodríguez Escanciano, 2019, p. 30).

A pesar de ello, la práctica diaria transita por otros derroteros y, sin perjuicio de la pervivencia y el aprovechamiento de los instrumentos físicos tradicionales, hace ya tiempo que el TC consideró las comunicaciones sindicales como parte del derecho a la libertad sindical –otorgando así el rango de fundamental por su directo encaje en el art. 28.1 CE– y reconoció la facultad de los sindicatos a utilizar el sistema informático de la empresa entendiendo que las decisiones dirigidas a impedir este uso constituyen «actos meramente negativos tendentes a obstaculizar el contenido esencial de la libertad sindical», siempre que su uso se ajuste a la adecuación de los medios, no perjudique la finalidad para la que se crearon, respete los límites y reglas establecidos a verificar en cada caso concreto y no suponga

<sup>35</sup> Como hace el artículo 83 del CC de Iberdrola Grupo (BOE de 9 de agosto de 2017).

mayores costes o un gravamen adicional para la unidad productiva, siendo por tanto lícito que la misma predetermine esas condiciones de utilización colectiva, pero sin excluirla en términos absolutos<sup>36</sup>.

En parecidos términos, el TS, partiendo de la inexistencia de una obligación legal para la creación por parte de la empresa de cuentas de correo para la representación unitaria, califica como conducta antisindical:

[...] la injustificada negativa a permitir la utilización del sistema de correo electrónico ya preexistente que pudiera haber desarrollado para el uso empresarial, cuando queda acreditado que no se perturba con ello el normal funcionamiento de su actividad, y no supone la imposición de mayores cargas, gravámenes o incremento de costes<sup>37</sup>.

Sea como fuere, y a pesar del aparente silencio, nada obsta para entender aplicable el artículo 87 de la LOPDGDD en esta sede, de tal forma que cuando el citado precepto contempla la obligación de establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales aludiría no solo a los usos estrictamente profesionales de cada persona trabajadora en su puesto y para la prestación de los servicios objeto del contrato, sino también a los de naturaleza colectiva como representante legal o sindical o como persona representada o afiliada a un sindicato –al fin y al cabo, personas trabajadoras unas y otras–, que habrán de ser considerados con tal carácter pues su íntima relación con el trabajo impide atribuirles el de personal o particular para que puedan ser, en su caso, prohibidos; en consecuencia, el contenido de los mentados criterios debe incluir también las reglas sobre el empleo de los medios tecnológicos en las funciones representativas y sindicales, observando el mismo régimen jurídico expuesto en los epígrafes precedentes.

Una vez más, pues, el contexto habilita y justifica la negociación por los interlocutores sociales de estas cuestiones, siendo muy frecuente la inclusión de cláusulas de diverso contenido y alcance en los convenios colectivos. En tal sentido, cabe advertir que los principios que las inspiran resultan totalmente opuestos a los que presiden las de la persona trabajadora singular: en primer lugar, parece atraer mayor interés, pues no resultan extraños los supuestos donde aparece ordenado en el específico capítulo relativo a las relaciones colectivas de trabajo, mientras se omite la regulación del uso individual; en segundo

<sup>36</sup> Por tanto, si en la empresa existen medios telemáticos, el titular de la empresa tendrá que consentir o tolerar su uso en ejercicio de la libertad sindical siempre que ese sea un uso razonable que en ningún caso podrá interferir u obstaculizar el tráfico empresarial (STC 281/2005, de 5 de noviembre).

<sup>37</sup> STS de 21 de febrero de 2019 (rec. 214/2017); en el mismo sentido, SSTS de 22 de junio de 2011 (rec. 153/2010), 17 de mayo de 2012 (rec. 202/2011), 17 de diciembre de 2013 (rec. 109/2012) o 14 de julio de 2016 (rec. 199/2015).

término, la premisa inicial no es la prohibición absoluta, sino su admisión<sup>38</sup>; tercero, los términos y requisitos para su ejercicio merecen el protagonismo frente al control empresarial, no pocas veces omitido para estos usos representativos; por último, es patente la imprecisión al distinguir entre representación unitaria y sindical, lo que en ocasiones conlleva un absurdo y desigual trato para una y otra.

Más en concreto, las previsiones generales y comunes pueden venir dadas por evitar el uso ajeno a la actividad sindical, no interferir o perturbar el trabajo del personal, implantarlo siempre y cuando no suponga la asunción de mayores costes o gravámenes para la empresa o, en fin, atribuir una única cuenta a cada órgano o sección sindical, debiendo la misma ser gestionada por la o las personas libremente elegidas por el sindicato y comunicadas a la dirección de la organización productiva<sup>39</sup>.

Desde un punto de vista subjetivo, pueden existir limitaciones a los sindicatos no firmantes del convenio y en centros con menos de un concreto número de personas empleadas<sup>40</sup> o –mucho más habitual– a las secciones que no cuenten con un mínimo del 10 % de representatividad o con presencia en la representación unitaria<sup>41</sup>.

Excepcionalmente, la finalidad de su empleo puede quedar restringida a supuestos tasados, como en los procesos de negociación colectiva y de elecciones sindicales, así como cuando concurren circunstancias especiales que lo justifiquen. Muy común resulta otro tipo de condicionantes como no poder utilizar para los envíos el ordenador o terminal del puesto del trabajo para hacerlo con el asignado al efecto<sup>42</sup>.

Sea como fuere, se recomienda un uso prudente, sin remisiones masivas que puedan llegar a bloquear los servidores de las empresas<sup>43</sup>, prohibiendo los envíos desde servidores

<sup>38</sup> Por ofrecer una muestra, tras tipificar el uso de las nuevas tecnologías por la persona trabajadora para fines privados como conducta sancionable, el convenio establece que «queda expresamente permitido el empleo de tales medios para los representantes legales de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones de representación» –art. 70.15 CC estatal del corcho (BOE de 14 de mayo de 2020)–.

<sup>39</sup> Por ejemplo, artículos 74 (bis) del CC de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados (BOE de 26 de octubre de 2016), 80 del CC general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE de 1 de junio de 2017), 91 del CC nacional de servicios de prevención ajenos (BOE de 7 de octubre de 2017) o 47 del CC del Grupo Asegurador Reale (BOE de 13 de junio de 2017).

<sup>40</sup> Por ejemplo, 150 –art. 51 CC para el sector de prensa diaria (BOE de 28 de febrero de 2018)–.

<sup>41</sup> Artículo 70 del CC de Zurich Insurance, PLC, Sucursal en España; Zurich Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA, Sociedad Unipersonal y Zurich Services AIE (BOE de 3 de mayo de 2016).

<sup>42</sup> Anexo IV.2 i) del CC del Grupo Unidad Editorial (BOE de 7 de octubre de 2017) o artículo 96.2 del CC marco del Grupo Endesa (BOE de 17 de junio de 2020).

<sup>43</sup> Artículo 45 del CC de ámbito estatal de gestorías administrativas (BOE de 23 de febrero de 2017).

externos no corporativos<sup>44</sup> o para ámbitos territoriales ajenos al de la representación<sup>45</sup>. En no pocas ocasiones se sustituye la transmisión de la información por un mero aviso de que la misma se encuentra disponible en la red interna de la empresa para su visualización por las personas trabajadoras destinatarias<sup>46</sup>, máxime cuando el correo electrónico solo está previsto para las comunicaciones entre los propios representantes, con sus respectivas federaciones sindicales o con la dirección de la empleadora<sup>47</sup>.

Con idéntico objetivo, se determinan los momentos oportunos para su utilización, tales como el correspondiente al crédito horario<sup>48</sup> o fuera del horario laboral mínimo y común a todas las personas trabajadoras<sup>49</sup>, topes en el tamaño de los documentos adjuntos<sup>50</sup> o, en fin, la frecuencia y número máximo de correos en atención a la representatividad ostentada por las secciones sindicales<sup>51</sup>.

Por cuanto hace a su contenido, deberá mantener un tono respetuoso, vetando comunicados insultantes o despectivos a otros sindicatos, personas afiliadas, trabajadoras, proveedoras, terceras o clientela vinculados de cualquier manera con la actividad de la empresa<sup>52</sup>. Aun cuando no sea frecuente expresarlo, cabe entender que habrá de estar relacionado –a entender en sentido amplio– con el trabajo y, sobre todo, sujeto a los mismos controles técnicos y a las cautelas legales en materia de protección de datos<sup>53</sup>.

<sup>44</sup> Artículo 47 del CC del Grupo Vodafone España (BOE de 7 de octubre de 2016).

<sup>45</sup> Artículo 91 del CC nacional de servicios de prevención ajenos (BOE de 7 de octubre de 2017).

<sup>46</sup> Artículos 74 (bis) del CC de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados (BOE de 26 de octubre de 2016) u 80 del CC general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE de 1 de junio de 2017).

<sup>47</sup> Artículo 87.2 del CC general de la industria química (BOE de 8 de agosto de 2018).

<sup>48</sup> Artículo 96.4 del CC marco del Grupo Endesa (BOE de 17 de junio de 2020).

<sup>49</sup> Denominado «periodo de coincidencia» –art. 44.5 CC del Grupo de empresas Generali España (BOE de 17 de julio de 2017)–.

<sup>50</sup> Por ejemplo, 20 megas –anexo IV.2 i) CC del Grupo Unidad Editorial (BOE de 7 de octubre de 2017)–.

<sup>51</sup> Desde el 10,00 hasta el 30 % de representatividad: 5 al mes. Desde el 30,01 hasta el 50 % de representatividad: 6 al mes. Desde el 50,01 hasta el 100 % de representatividad: 8 al mes –art. 44.5 CC del Grupo de empresas Generali España (BOE de 17 de julio de 2017)–. Hasta el 1 % de representatividad, 1 al trimestre; del 1,01 al 10 %, 1 al mes; del 10,01 al 30 %, 3 al mes; del 30,01 al 50 %, 4 al mes; del 50,01 al 70 %, 5 al mes; del 70,01 al 80 %, 6 al mes; del 80,01 al 100 %, 7 al mes –art. 43.6 CC de ámbito estatal de Mapfre Grupo Asegurador (BOE de 21 de agosto de 2014)–.

<sup>52</sup> Artículos 135.2 del CC del Grupo HC Energía (BOE de 24 de febrero de 2014) o 47 del CC del Grupo Vodafone España (BOE de 7 de octubre de 2016).

<sup>53</sup> Artículos 61 del CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 2 de enero de 2017), 62 del CC del sector de la banca (BOE de 15 de junio de 2016) o 91 del CC nacional de servicios de prevención ajenos (BOE de 7 de octubre de 2017).

Por el contrario, muy escasas son las reglas encargadas de permitir y, en su caso, perfilar los exactos términos de un posible control empresarial de las comunicaciones y del uso efectuado por la representación. En este sentido, en algunos convenios se recoge la renuncia expresa a esa facultad de vigilancia, al menos referida al acceso de las personas trabajadoras a la información facilitada por la representación de las mismas<sup>54</sup>; algo coherente con su carácter confidencial y que reserva una eventual revisión a la concurrencia de motivos excepcionales que lo justifiquen<sup>55</sup>. Por tal motivo, y en tanto corresponde a los sindicatos determinar el contenido de la información transmitida, resulta anecdótico –y al borde de la legalidad– algún ejemplo que impone la supervisión previa por la empresa de sus comunicados<sup>56</sup>.

Por último, y por si duda hubiere, el necesario servicio de mantenimiento técnico y de seguridad queda a cargo de la compañía, lo cual no debe impedir el menoscabo de los derechos sindicales<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Artículo 82.2 del CC del Grupo Parcial Cepsa (BOE de 28 de febrero de 2018).

<sup>55</sup> En tal supuesto, la causas «deberán ser notificadas previamente al comité, que obviamente asistiría a tal revisión» –anexo IV.2 i) CC del Grupo Unidad Editorial (BOE de 7 de octubre de 2017)–.

<sup>56</sup> Artículo 47 del CC del Grupo Vodafone España (BOE de 7 de octubre de 2016).

<sup>57</sup> Artículo 47 del CC del Grupo Asegurador Reale (BOE de 13 de junio de 2017).

## Referencias bibliográficas

- Baz Rodríguez, Jesús. (2019). *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*. Bosch.
- Falguera Baró, Miguel Ángel. (2004). Criterios doctrinales en relación con el uso por el trabajador de los medios informáticos empresariales para fines extraproductivos. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 15, 279-319.
- Fernández Orrico, Francisco Javier. (2019). Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 222, 31-76.
- Gimeno Díaz de Atauri, Pablo. (2010). Nuevas tecnologías, innovación y negociación colectiva. En Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización* (pp. 299-314). Cinca.
- Preciado Domènech, Carlos Hugo. (2019). *Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de los derechos digitales*. Aranzadi.
- Quílez Moreno, José María. (2019). La garantía de derechos digitales en el ámbito laboral: el nuevo art. 20 bis del Estatuto de los Trabajadores. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 217, 127-152.
- Reis de Araujo, Adriane. (2019). *El poder de control empresarial en la web 2.0 y la dignidad del trabajador: el uso laboral de los dispositivos móviles y entornos colaborativos*. Bomarzo.
- Rodríguez Escanciano, Susana. (2019). *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*. Aranzadi.
- Ruiz González, Carlota. (2018). *La incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones laborales*. Laborum.

## Análisis de la nueva regulación del trabajo a distancia

**Aránzazu de las Heras García**

*Doctora en Derecho  
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)*

### Extracto

El trabajo a distancia ha sido objeto de regulación tanto en el ámbito interno como en el ámbito comunitario e internacional, tal y como detalla el recorrido que se realiza en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Pero ha sido necesaria una pandemia para promulgar una normativa que, aunque no garantiza una mayor implantación en las empresas, sí que, al menos, resuelve alguna de las cuestiones ante las que el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores hasta el momento se mostraba insuficiente.

A través de este comentario se analizará la nueva regulación del trabajo a distancia intentando poner de relieve sus aspectos más destacados.

**Palabras clave:** domicilio; gastos; teletrabajo; trabajo a distancia; negociación colectiva.

Fecha de entrada: 26-10-2020 / Fecha de aceptación: 27-10-2020

**Cómo citar:** Heras García, Aránzazu de las. (2020). Análisis de la nueva regulación del trabajo a distancia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 171-193.



# Analysis of the new regulation of distance working

Aránzazu de las Heras García

## Abstract

Distance work has been the subject of regulation both internally and in the EU and international spheres, as detailed in the explanatory memorandum to Royal Decree-Law 28/2020, of 22 September, on distance work. But it has taken a pandemic to enact a regulation which, although it does not guarantee greater implementation in companies, at least resolves some of the issues before which article 13 of the Workers' Statute has so far proved insufficient.

This commentary will analyse the new regulation of distance work, trying to highlight its most relevant aspects.

**Keywords:** home; expenses; teleworking; distance working; collective bargaining.

**Citation:** Heras García, Aránzazu de las. (2020). Analysis of the new regulation of distance working. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 171-193.



## Sumario

1. Introducción
2. Definición y ámbito de aplicación
3. El acuerdo de trabajo a distancia
  - 3.1. Voluntariedad del trabajo a distancia
  - 3.2. Reversibilidad
  - 3.3. Modificaciones del acuerdo de trabajo a distancia
  - 3.4. Igualdad de trato y no discriminación
  - 3.5. Establecimiento del lugar de trabajo y centro de adscripción
  - 3.6. Horario de trabajo y su distribución
  - 3.7. Herramientas de trabajo
    - 3.7.1. Dotación suficiente de herramientas y su mantenimiento
    - 3.7.2. Uso y conservación de las herramientas de trabajo
    - 3.7.3. Dificultades técnicas en el desarrollo de la actividad en el domicilio
  - 3.8. Control empresarial
  - 3.9. Derecho al abono y compensación de gastos
4. Protección en materia de seguridad y salud en el trabajo
5. Las relaciones colectivas en el ámbito del teletrabajo
6. Facultades de organización, dirección y control empresarial en el trabajo a distancia
7. Limitaciones y exclusiones del RDL



## 1. Introducción

El pasado 23 de septiembre de 2020 se publicaba en el BOE el [Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre](#), de trabajo a distancia (RDL). Una norma fruto de un atropellado consenso entre patronal y sindicatos durante los meses de verano ante la búsqueda de una regulación a la improvisada relación laboral producida por la COVID-19, aunque curiosamente no va a regular el teletrabajo que ha provocado la crisis sanitaria, quedando estos supuestos al margen conforme a su [disposición transitoria tercera](#).

En el mes de marzo de 2020, muchas empresas se vieron abocadas a enviar a su personal a realizar la prestación desde sus domicilios particulares buscando mantener sus negocios y al tiempo protegerlos sanitariamente. No importaban los recursos disponibles, si eran de la empresa o de la persona trabajadora, lo importante era la continuidad de la prestación.

Este ha sido el germen del RDL, la necesidad de regular esa situación atropellada recuperando, fundamentalmente, los derechos de las personas trabajadoras que en esa improvisación podrían haberse minorado: dotar de equipos para la realización de la prestación, proteger la seguridad y salud, derecho a la desconexión digital y jornada y tiempos de descanso.

Pero no todo está normado, sino que será necesario el constante acuerdo mediante negociación colectiva, considerada como un instrumento imprescindible para completar la normativa aplicable en cada uno de los sectores específicos, estableciendo criterios propios, o bien los acuerdos individuales entre las partes.

Este RDL, aunque es llamado de trabajo a distancia, no vino solo, sino que se aprovechó la posibilidad de normar con urgencia, como en otras muchas ocasiones, para incluir otras materias no solo relativas al ámbito social, sino también de otras disciplinas.

En este comentario solo se realizará un análisis del trabajo a distancia, sin pretender efectuar un comentario exhaustivo de esta nueva normativa, sino poner de relieve sus aspectos más destacados.

## 2. Definición y ámbito de aplicación

La actual definición facilitada por el RDL intenta a través de tres conceptos ([art. 2](#)) (trabajo a distancia, teletrabajo y trabajo presencial) diferenciar las distintas situaciones que pueden

producirse en el entorno de trabajo con nociones amplias, pero intentando contemplar en todas ellas sus elementos, como ya hiciera el [Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo \(AMET\)](#), siendo decisivos tanto el lugar como el uso de las herramientas de trabajo para determinar si nos encontramos ante un supuesto u otro.

Además de las definiciones delimita el ámbito de aplicación de esta norma ([art. 1](#)) al trabajo por cuenta ajena ([art. 1.1 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)) desarrollado a distancia con carácter regular (no ocasional o coyuntural); entendido como el prestado bajo esta modalidad durante un mínimo de un 30 % de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato, en un periodo de referencia de 3 meses, salvo porcentaje o periodo de referencia diferente establecido por la negociación colectiva ([disp. adic. primera.2](#)).

Con esta delimitación temporal, la legislación ha tratado de resolver la indeterminación del término «preponderantemente» del [artículo 13 del ET](#) (interpretado por la doctrina como más del 50 %) con el de «regularidad», no solo estableciendo que sea regular, sino que además realiza un intento limitador, aunque, como se verá, no es tan claro como se habría deseado, pues nos encontraremos con diferentes casuísticas en función de las jornadas de las personas trabajadoras y sus modalidades contractuales.

Si se iguala o supera el porcentaje, se le considerará persona trabajadora a distancia y si no llega, se le considerará presencial, por lo que trabajar esporádicamente en el domicilio o 1 día a la semana en casa, o menos del 30 %, no será considerado trabajo a distancia, sino que formará parte de la flexibilidad laboral, siéndole de aplicación, en ese caso, las reglas generales; posibilidad que aprovecharán las empresas para intentar no aplicar esta norma y mantener el teletrabajo como una situación irregular. Con el agravante de que estos supuestos han quedado en el limbo normativo al ser redirigidos al [artículo 13 del ET](#), en su nueva redacción dada por el RDL, y de este se vuelve a remitir al RDL sin obtener soluciones más que considerarlos como situaciones de flexibilidad en las que será de aplicación, en su caso, lo acordado en los convenios colectivos o en los acuerdos individuales.

Además, se produce cierta indefinición en cuanto a si esos 3 meses son consecutivos o podrían considerarse a lo largo del año o duración del contrato, por ejemplo, en los supuestos de contratos de duraciones inferiores al año o incluso en los contratos fijos discontinuos.

Habría facilitado su implantación si en vez de acudir a porcentajes se hubiera recurrido a términos temporales como número de horas al trimestre, por ejemplo, y que habría sido válido para cualquier tipo de contrato y cualquier duración del mismo, con la excepción de contratos de jornada reducida, en cuyo caso se podría articular un número de horas equivalente.

Asimismo, por convenio o acuerdo colectivo se podrán establecer los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias ([art. 8.3](#)),

normalmente situaciones de discapacidad o cuidados, formación o la distancia al centro de trabajo, debiendo tener en cuenta evitar la perpetuación de roles y el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, y ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad (desarrollado reglamentariamente por el [RD 901/2020, de 13 de octubre](#)).

### 3. El acuerdo de trabajo a distancia

El acuerdo deberá constar por escrito y formalizarse con carácter previo a su aplicación, aunque no necesariamente se trate de relaciones contractuales nuevas, pues puede hacerse una vez iniciada la relación contractual e independientemente de si el acuerdo proviene de la negociación colectiva o de un acuerdo individual empresa-persona trabajadora. Su no formalización no significa que no exista dicha relación a distancia, siéndole de aplicación su normativa, además de ser sancionable conforme al [artículo 7.1 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social \(LISOS\)](#).

El acuerdo deberá incorporar un contenido mínimo obligatorio ([art. 7](#)), así como todas aquellas informaciones que se consideren pertinentes, y podrá verse ampliado por convenios o acuerdos colectivos ([disp. adic. primera.1](#)).

#### 3.1. Voluntariedad del trabajo a distancia

El trabajo a distancia será voluntario tanto para la persona trabajadora como para la empleadora, no resultando de los poderes de organización y dirección empresarial, ni de la modificación sustancial de condiciones de trabajo ([art. 41 ET](#)) (como ya recogiera la Sentencia del Tribunal Supremo –[STS](#)– de 11 de abril de 2005, [rec. 143/2004](#)).

Realizar la prestación fuera de las instalaciones de la empresa requiere del consentimiento de ambas partes contratantes al tiempo que debe ser negociado, bien por un pacto individual, bien por aplicación de convenio colectivo, tanto para su efectividad como para el retorno a la modalidad de trabajo presencial.

Todo ello, salvo que el convenio o la legislación, para determinadas circunstancias o condiciones, lo imponga (como sucede, por ejemplo, respecto a las víctimas de violencia de género o del terrorismo que tienen derecho a realizar toda o parte de su jornada a distancia o no hacerlo si este fuera el sistema establecido –[art. 37.8 ET](#)– o el caso de ejercicio del derecho a la conciliación –[art. 34.8 ET](#)–); supuestos estos en los que no estamos ante un derecho incondicionado de la persona trabajadora (la empresa puede denegar la petición, eso sí, acreditando los motivos de dicha denegación), pero sí ante un derecho preferente en el caso de que el régimen de trabajo a distancia exista y esta modalidad de prestación de servicios sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas.

La incorporación de esta fórmula de adaptación comporta el reconocimiento de un derecho de la persona trabajadora a negociar en el plano individual frente al que existe una obligación empresarial de acreditar los motivos por los que la solicitud, en su caso, puede ser denegada (entre otros de diversa índole, el más usual sería la imposibilidad técnica u organizativa de ponerla en marcha [Sentencias del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– del País Vasco 921/2020, de 14 de julio, y Galicia de 28 de enero de 2020, rec. 5346/2019]). En el caso del artículo 34.8 del ET, donde el derecho al trabajo a distancia por conciliación se configura como un derecho con dimensión constitucional que implica tanto el derecho a la igualdad y no discriminación como el mandato de protección a la familia y a la infancia (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 3/2007, de 15 de enero, o Sentencia del Juzgado de lo Social de Burgos 119/2020, de 24 de julio), existe incluso un régimen jurídico propio para la realización de ese proceso negociador con plazos y formalidades en el que se incluye entre las opciones de adaptación de jornada la prestación de su trabajo a distancia.

Este acuerdo de voluntades deberá cumplir una serie de requisitos formales (arts. 6 y 7), tanto en su inicio como en las modificaciones posteriores, estando su incumplimiento tipificado como infracción grave (art. 7.1 LISOS) sancionable con multa de 626 a 6.250 euros.

Igual que ya recogiera el artículo 13 del ET, el acuerdo podrá establecerse tanto en el contrato inicial como posteriormente, pero en todo caso se debe formalizar antes de que se inicie el trabajo a distancia y tener en cuenta los criterios predeterminados para el acceso a esta modalidad y los principios de igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación (art. 4).

También será necesario determinar el periodo de duración del acuerdo (art. 7 l). De estar determinada una duración máxima por el convenio o acuerdo colectivo, conforme a la disposición adicional primera, en el acuerdo individual podrá pactarse una duración inferior. Ambas partes, si desearan rescindir antes de estos plazos el acuerdo, cuentan con el derecho a la reversibilidad que analizaremos a continuación (arts. 5.3 y 7 g).

## 3.2. Reversibilidad

La decisión de trabajar presencialmente desde una modalidad de trabajo a distancia será reversible para ambas partes. No obstante, en el ejercicio de esta reversibilidad se otorga preferencia aplicativa a lo previsto en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo fijado en el acuerdo de trabajo a distancia (art. 5.3 y disp. adic. primera.2). Parece, por tanto, que, salvo cuando así lo habilite un acuerdo colectivo o el acuerdo individual, no se podrá imponer unilateralmente<sup>1</sup>. Por consiguiente, vistas otras importantes limitaciones que impone el

<sup>1</sup> Ya la doctrina judicial había apuntado en cierta forma esta no reversibilidad unidireccional al declarar ilícita la actuación de la empresa que pretende reducir a 1 los 2 días a la semana en que la persona trabajadora prestaba sus servicios en régimen de teletrabajo desde hacía 10 años (STSJ de Madrid 352/2020, de 21 de mayo).

RDL en cuanto a la modificación de las condiciones en que se desarrollará el trabajo a distancia, parece muy importante, especialmente para las empresas, concretar en el acuerdo los términos para el ejercicio de la reversibilidad al trabajo presencial, además de ser parte de su contenido mínimo como indica el [artículo 7 g\) del RDL](#)<sup>2</sup>.

Esta reversibilidad podrá estar delimitada en el tiempo a determinados periodos o situaciones sobrevenidas, tal y como se desprende de algunos convenios colectivos, permitiendo volver en cualquier momento<sup>3</sup> o en unos meses concretos<sup>4</sup> o condicionando la vuelta a un preaviso, por ejemplo, de 15 días<sup>5</sup>, por cuestiones organizativas. Todo ello orientado a la buena organización empresarial por las dificultades que, por ejemplo, podrían producirse en el caso de que una persona trabajadora deseara volver en un momento en el que no existiera puesto físico vacante.

### 3.3. Modificaciones del acuerdo de trabajo a distancia

Tanto a solicitud de la empresa como de la persona trabajadora se podrán modificar las condiciones pactadas en el acuerdo de trabajo a distancia formalizándose un nuevo acuerdo, en el que nuevamente operará la voluntariedad de las partes y la necesidad de ponerlo en conocimiento de la representación legal. Este nuevo acuerdo, igual que el inicial, debe formalizarse por escrito antes de su aplicación y para su elaboración deben seguirse las reglas o el procedimiento previsto en el convenio o acuerdo colectivo ([art. 8.1](#)).

Esta garantía es solo de aplicación para las condiciones del trabajo a distancia, no de otras condiciones que pudiera tener la persona trabajadora no recogidas en el acuerdo, siendo en estos supuestos de aplicación la normativa general.

El [artículo 8 del RDL](#) incide en estas modificaciones en el porcentaje de presencialidad, pero este artículo es de aplicación para cualquier modificación, siendo quizá, además de la

<sup>2</sup> La [STSJ de Madrid 352/2020, de 21 de mayo](#), recoge dos conceptos que podrían ayudar a las empresas en la reversibilidad: a) establecer el porcentaje de la jornada presencial respecto a la jornada efectiva que posibilitara que, aunque se solicite una reducción por guarda legal, no se aplique directamente sobre el trabajo presencial, sino que tenga aplicación proporcional a ambas modalidades, y b) indicar que un cambio de puesto o de equipo de trabajo posibilitaría a cualquiera de las partes dejar sin efecto el acuerdo de trabajo a distancia, debiendo suscribirse un nuevo acuerdo que se adaptara a las circunstancias del nuevo puesto.

<sup>3</sup> [Convenio colectivo general de la industria química](#) (BOE de 8 de agosto de 2018).

<sup>4</sup> [II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU, y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU](#) (BOE de 13 de noviembre de 2019) y [Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, SAU](#) (BOE de 22 de junio de 2020).

<sup>5</sup> [Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones](#) (BOE de 22 de junio de 2020).

proporción de presencialidad, los cambios de lugar de trabajo a distancia o los horarios de trabajo los que sufran más modificaciones.

En relación con las modificaciones que podrían producirse en los porcentajes de presencialidad, la ley diferencia entre las personas trabajadoras que proceden de una relación anterior de prestación presencial y las que desde el inicio realizan en su totalidad la prestación en el domicilio. Para estas últimas, la modificación de su porcentaje podría verse condicionada a la existencia de una vacante física en la organización, aunque de existir esta tendrá prioridad en su ocupación, siendo además necesario que la empresa las informe de dichas vacantes en el momento en que se produzcan ([art. 8.2](#)).

Con este artículo se protege a las personas trabajadoras que inician su prestación bajo la modalidad a distancia de origen en cuanto a que su voluntad podría verse mermada al carecer de capacidad negociadora, pues la alternativa es renunciar al trabajo, mientras que en las relaciones a distancia que surgen tras una relación presencial sí que impera la voluntad de ambas partes.

También en cuanto a las vacantes el [artículo 10 del RDL](#) establece la necesidad de que las personas trabajadoras a distancia sean informadas, de manera expresa y por escrito, de las posibilidades de ascenso que se produzcan, ya se trate de puestos de desarrollo presencial o a distancia. Este artículo podría considerarse que faculta de mejor derecho a las personas trabajadoras a distancia, al carecer los presenciales de esa comunicación expresa y por escrito. Dicha diferenciación puede provenir de presuponer que el contacto directo de las personas trabajadoras en el centro de trabajo las hace conocedoras de primera mano de las posibilidades de promoción.

### 3.4. Igualdad de trato y no discriminación

Trabajar en el domicilio no supone minoración de derechos ([art. 4](#)), y debería incluirse también de obligaciones, ni tiene por qué implicar variación de las actividades que se desempeñaban en el centro de trabajo, por lo tanto deben mantenerse inamovibles las condiciones económicas y laborales, como norma, salvo aquellas que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial.

El artículo 13.3 del ET (en su redacción anterior a la dada por el RDL) ya establecía que las personas trabajadoras a distancia tendrían los mismos derechos que las que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, pero el [artículo 4 del RDL](#) es más generoso e incluso añade que «no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional».

Del mismo modo, delimita el derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones, añadiendo (art. 4.1) el nivel y el puesto, «así como los complementos establecidos para las personas trabajadoras que solo prestan servicios de forma presencial, particularmente aquellos vinculados a las condiciones personales, los resultados de la empresa o las características del puesto de trabajo».

Se refuerza la idea de equiparar el trabajo a distancia al presencial sin suponer cambio alguno en el estatus jurídico de la persona trabajadora, particularmente por lo que se refiere a la retribución y al tiempo de trabajo, ni constituir causa justificativa por sí misma para modificar las condiciones laborales ni para extinguir la relación de trabajo, debiendo las empresas evitar cualquier discriminación.

Igualmente va unido a la protección dispensada frente a la discriminación, directa o indirecta, particularmente por razón de sexo, y la inclusión en los planes de igualdad, evitando fundamentalmente que se relegue al trabajo a distancia a las mujeres, principales beneficiarias inicialmente de esta forma de trabajo por las facilidades que dispensa de cara a la conciliación familiar.

Se recalcan además en los principios de no discriminación (art. 4.3) la prevención del acoso (art. 4.4) y, particularmente, el sexual, el laboral y el discriminatorio; y la atención, en la medida de las posibilidades, a las víctimas de violencia de género o los derechos en materia de conciliación y corresponsabilidad en cuanto a que también sean reconocidos para este colectivo, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el artículo 34.8 del ET, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar (art. 4.5).

Además de este reconocimiento de derechos incorpora una protección especial para aquellos supuestos en los que se produzcan dificultades, técnicas u otras no imputables a la persona trabajadora (art. 4.2); situación que no podrá producir perjuicio ni modificación en las condiciones pactadas, especialmente en materia de tiempo de trabajo o de retribución (art. 4.3).

Estos derechos, ya reconocidos en las normas generales, pero sobre los que se insiste aquí, son una suerte de blindaje de estas personas trabajadoras como protección previa a la posible desconexión de sus representantes legales, quienes podrían velar por sus derechos directamente si estuvieran en el centro de trabajo.

### 3.5. Establecimiento del lugar de trabajo y centro de adscripción

Aunque el artículo 2 del RDL admite tanto el domicilio como un lugar elegido por la persona trabajadora, será el domicilio el más habitual. Esta circunstancia puede derivar en que no coincida el lugar de prestación con el de la empresa, estableciéndose en otro municipio, comunidad autónoma e incluso en otro país, quedando sujeto por consiguiente a diferentes impuestos y jurisdicciones.

Aunque el RDL no nos dice nada al respecto, la empresa podría establecer unas condiciones mínimas de estos espacios en cuanto a ventilación, iluminación o espacio para garantizarse el cumplimiento de la normativa de prevención o incluso se podría establecer la necesidad de contar con un espacio en el domicilio en exclusiva para trabajar. Así, de cara a los accidentes de trabajo, podría ser conveniente no solo reflejar el lugar, tal y como determina el [artículo 7 f\) del RDL](#), sino delimitarlo incluso a una habitación del domicilio, determinante para establecer si estamos ante un accidente doméstico o laboral.

También será importante incorporar, aunque el [artículo 7 del RDL](#) nada dice al respecto, si es posible cambiar el lugar de trabajo a lo largo de la relación, por ejemplo, a una segunda residencia, y si puede realizarse en cualquier tiempo.

Aunque esta modificación del lugar podría pensarse que es un cambio menor, puede dificultar la relación en cuanto a que exista mayor dispersión (no saber separar tiempo de ocio de tiempo de trabajo al asociar la segunda residencia a periodo vacacional) o bien dificultades asociadas a la falta de servicios básicos en el territorio, como la conectividad digital o servicios para la conciliación laboral y familiar e incluso peor cobertura sanitaria que incrementa los tiempos de espera en la atención respecto a la brindada en el domicilio habitual.

Además de fijarse como contenido mínimo obligatorio en el [artículo 7 f\) del RDL](#) el lugar desde donde se realizará la prestación, también será necesario indicar el centro de trabajo de adscripción ([art. 7 e](#)). Al diferenciar entre centro de adscripción y lugar donde se desarrollará la prestación se está permitiendo que ambos espacios no coincidan, al tiempo que es necesario recordar el [artículo 1.5 del ET](#) que impide considerar el domicilio como centro de adscripción.

Especificar el centro de adscripción de la persona trabajadora no es algo baladí, pues será necesario para poder formalizar la relación jurídica con la Seguridad Social o determinar si estamos o no ante un accidente de trabajo; también, para la implantación de determinadas medidas de seguridad e higiene o de prevención de riesgos laborales; determinar la representación laboral en función del número de personas trabajadoras pertenecientes a un mismo centro de trabajo; ejercer los derechos colectivos en condiciones de igualdad; proceder correctamente al cumplimiento de las obligaciones tributarias si resultan aplicables peculiaridades en el territorio de una comunidad autónoma, o poder acogerse a mejoras de protección social allí reguladas.

### 3.6. Horario de trabajo y su distribución

El horario de trabajo ([art. 7 c](#)) y el porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia ([art. 7 d](#)), en su caso, vendrán recogidos en el acuerdo de trabajo a distancia. Además, será necesario establecer, aunque no necesariamente recogerlo en el acuerdo, si existe algún criterio en cuanto a la modificación de los días de prestación en el domicilio,

si quedan a voluntad de la persona trabajadora o son días fijos y si estos pueden cambiarse y en qué momentos. Establecer una distribución de tiempo de trabajo en los convenios colectivos puede resultar positivo para evitar prácticas abusivas en el acuerdo individual<sup>6</sup>, pero estas reglas de disponibilidad no tienen que ser iguales para todos, sino que dependerá de sus funciones, departamento, etc.

El establecimiento de un horario será útil para delimitar si nos encontramos ante un accidente de trabajo o un accidente doméstico y también para la organización de la empresa, especialmente para la comunicación y establecimiento de tareas.

En cuanto al horario, aunque la persona trabajadora tendrá derecho a flexibilizarlo ([art. 13](#)), eso no equivale a carecer de este, pues podrá venir determinado por convenio o acuerdo entre las partes respetando el marco fijado y los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso. También deberá tenerse en cuenta la posible flexibilidad emanada del [artículo 34.8 del ET](#), protector de los derechos de conciliación y corresponsabilidad.

En este horario habrá que determinar no solo la jornada, sino también si se pueden realizar horas extraordinarias<sup>7</sup>, si los periodos de disfrute de asuntos propios y vacaciones o fiestas se mantienen, si se pueden modificar los días de asistencia a la empresa, si se tiene que acudir a suplir a un compañero o compañera o bien por necesidades de la empresa, o a las reuniones.

El trabajo a distancia no queda exento del sistema de registro horario del [artículo 34.9 del ET](#), pues en este no se delimita la obligación por el lugar donde se realice la prestación. No obstante, el [artículo 14 del RDL](#) habla de «registro adecuado», debiendo registrarse el tiempo que se dedica a la actividad laboral, que en trabajos flexibles puede ocasionar registros complejos con muchos saltos por descansos o realización de otras actividades, e igualmente podría no encajar con una organización del trabajo que, sin superar los límites de jornada máximos, estuviera fundamentada principalmente en objetivos o resultados.

Será necesario, por lo tanto, habilitar los mecanismos que permitan los registros de inicio y finalización de la jornada, para evitar posibles responsabilidades administrativas y para el control del cumplimiento horario por parte de la empresa. También será de gran utilidad como medio de prueba en los posibles accidentes de trabajo.

<sup>6</sup> Vid. STSJ de Madrid 628/2020, de 8 de julio.

<sup>7</sup> Vid. STSJ de Castilla y León/Valladolid 198/2016, de 3 de febrero, que considera perfectamente posible la existencia de horas extraordinarias en el trabajo a distancia sin que ello vulnere el derecho a la intimidad de la persona trabajadora, atribuyendo su realización a la exclusiva voluntad de la persona trabajadora.

Este registro conecta con el tema de las facultades de control del trabajo a distancia y el respeto de otros derechos de las personas trabajadoras, como el derecho a la intimidad o la protección de datos; aspectos a los que también se alude en el RDL, si bien de manera muy parca y genérica (arts. 17 y 22).

Unido a esto parece necesario hablar del derecho a la desconexión digital (art. 18, que remite a los términos establecidos en el art. 88 Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales –LOPDGDD–).

La empresa podrá tomar las medidas necesarias para garantizar que la persona trabajadora cumple su jornada laboral, todo ello bajo el respeto del derecho a la intimidad<sup>8</sup>, y también para garantizar este derecho limitando el uso de las herramientas en los periodos de descanso, por ejemplo, estableciendo políticas en ese sentido (art. 18.2), apagando los servidores o programando el envío de correos electrónicos solo en determinadas franjas horarias. Estas medidas deberán establecerse previa audiencia a la representación legal.

No obstante, si se carece de un horario determinado porque se permite flexibilidad, será más difícil delimitar cuándo se está incumpliendo este derecho.

Si se estableciera una política interna en materia de desconexión digital, será de aplicación tanto para la prestación a distancia como para la prestación en la empresa, debiendo además tenerse en cuenta que no solo son necesarias instrucciones, sino también la realización de acciones formativas y políticas de sensibilización.

## 3.7. Herramientas de trabajo

### 3.7.1. Dotación suficiente de herramientas y su mantenimiento

La persona trabajadora tiene derecho a que se le faciliten los materiales para el desarrollo de la prestación (art. 11) conforme al inventario del artículo 7 a) y a su mantenimiento, tanto para que no le supongan un gasto como incluso para que actúen como un aval del cumplimiento del artículo 17 de la Ley de prevención de riesgos laborales (así como otras normas como el RD 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización) en cuanto a que se garantiza que son adecuados y adaptados a la seguridad y salud de las personas trabajadoras al utilizarlos.

---

<sup>8</sup> La empresa no puede ampararse en que el domicilio es un espacio protegido por el derecho a la intimidad para no efectuar un control sobre la prestación de trabajo por parte de la persona trabajadora en el mismo (STSJ de Castilla y León/Valladolid 198/2016, de 3 de febrero).

Además de dotarla de estas herramientas es necesario que se garantice que antes de iniciar la prestación en el domicilio, y cuando se produzcan cambios, se cuenta con los conocimientos suficientes, siendo necesaria, en muchos casos, una formación, contemplada en el [artículo 9.2 del RDL](#), en la que será fundamental todo lo relativo a la materia de prevención de riesgos laborales, pero también el conocimiento de las herramientas informáticas, debiendo garantizarse la atención precisa en caso de dificultades técnicas (arts. [4.2](#), [5.2](#) y [7 i](#)).

Este inventario del [artículo 7 a\) del RDL](#) recogerá los medios, equipos y herramientas necesarios para realizar la prestación a distancia, su vida útil y los periodos de renovación y no necesariamente será igual para todas las personas trabajadoras, pues dependerá del puesto a desempeñar e incluso podría venir determinado por el convenio o acuerdo colectivo de aplicación, pero siempre se deberán tener en cuenta los principios de igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación ([art. 4](#)).

Aunque no dice nada la norma, también podría ser importante inventariar los programas *software* que necesitarán los equipos para la realización de la prestación y valorar si no procedería también inventariar la necesidad de un seguro, una alarma o una caja de seguridad para la protección de los equipos o, para la prevención de riesgos, dotar de un extintor o un pequeño botiquín para primeros auxilios como el que suele estar disponible en las empresas, aunque como vimos al abordar la reversibilidad ([art. 5.3](#)) quizás pueda ser más interesante que en el inventario obligatorio exigido por el [artículo 7 a\) del RDL](#) figure exclusivamente el inventario básico y dejemos en un anexo distinto el resto de equipamiento para que sea más sencilla su modificación y adaptación a las nuevas situaciones que se vayan produciendo.

La persona trabajadora también podría utilizar su propio equipo; fórmula interesante como ahorro de costes para la empresa, pero que a la larga puede acarrear dificultades porque no podrá exigírsele la instalación de programas o aplicaciones ([art. 17.2](#)) y será necesario determinar a quién le corresponde reparar las averías, pérdida o deterioro de los equipos, entre otros.

### 3.7.2. Uso y conservación de las herramientas de trabajo

En el acuerdo ([art. 7 k](#)) se deberán especificar los términos en los que las personas trabajadoras podrán utilizar los equipos informáticos, especialmente si podrán hacer uso personal de los mismos e instrucciones sobre confidencialidad y protección de los datos, en cuya elaboración deberá participar la representación legal, respetando, en todo caso, los estándares mínimos de protección de la intimidad. También se deberá delimitar si se permite el uso de estas herramientas tanto por la persona trabajadora como por el resto de sus familiares o convivientes en el domicilio fuera de la jornada.

Además, sería recomendable que en el momento de la entrega de las herramientas se facilitara un manual en el que figuraran las condiciones e instrucciones de uso y conservación de equipos o útiles informáticos ([art. 21](#)).

La empresa también deberá habilitar el procedimiento para garantizar el buen funcionamiento del material aportado, no solo centrándose en el uso de programas informáticos, sino incluso cómo instalar los equipos en el domicilio, cómo realizar copias de seguridad o comprobar sistemas de antivirus; acciones que en el trabajo presencial son desempeñadas por el equipo técnico de la empresa o personal externo. En este sentido, será necesario conocer la política de protección de datos y de seguridad de la información existente en la empresa que será parte del inventario facilitado al inicio de la relación ([art. 7 j](#)), siendo además de obligado cumplimiento ([art. 20](#)).

Estas instrucciones sería recomendable que existieran en la empresa para toda la plantilla en cuanto a que el uso de los dispositivos electrónicos se realizará indistintamente del lugar en el que se realice la prestación.

### 3.7.3. Dificultades técnicas en el desarrollo de la actividad en el domicilio

Adelantándose a la posibilidad de que se produzcan necesidades técnicas en el desarrollo de la actividad en el domicilio, el [artículo 7 i](#)) establece la obligación de que exista un protocolo con los pasos a seguir, que puede consistir simplemente en informar a los equipos técnicos, que deberán atender a estas necesidades ([art. 11.2](#)), o incluso establecer modificar la jornada al momento en que esté resuelta, mantener invariable la jornada o establecer la necesidad de que en esos supuestos se realice la prestación en el centro de trabajo e incluso acudir de forma continuada a la empresa hasta que se resuelva la incidencia.

También para intentar paliar dichas necesidades, el ya referido [artículo 9 del RDL](#) reconoce el derecho a la formación. Pero, aunque se esté lo suficientemente formado, no podremos evitar que durante el tiempo en el que se realice la prestación se produzca algún incidente, caída de un servidor, de la señal de internet o la luz, que impida la realización de la prestación. Estos supuestos intenta protegerlos el RDL para que sean tratados como cuando se producen en la empresa; que no suponen ni necesidad de recuperación del tiempo ni pérdida de retribución. No obstante, si se carece de un horario fijo de prestación, la persona trabajadora podría verse obligada a realizar la prestación en el momento en el que la incidencia se encuentre resuelta.

Estas dificultades técnicas, u otras no imputables a la persona trabajadora que eventualmente pudieran producirse, no podrán perjudicar ni acarrear modificación alguna en las condiciones pactadas ([arts. 4.2 y 5.2](#)). Este derecho es más amplio que el que tiene una persona trabajadora presencial en cuanto a que sí que podría ver modificado su contrato por la falta de adaptación a las herramientas tecnológicas e incluso extinguirse su relación laboral.

### 3.8. Control empresarial

Se faculta a la empresa para adoptar las medidas necesarias para verificar el cumplimiento por parte de la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales (art. 22), para lo cual podrá implantar medios de control de la productividad (art. 7 h) que también podrán ser válidos para el cumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales, debiendo tenerse en cuenta no vulnerar su dignidad, intimidad y derecho a la protección de datos y a la desconexión digital, de acuerdo con la LOPDGDD.

Dichas medidas deberán respetar los principios de idoneidad, proporcionalidad y necesidad y proteger el derecho a la intimidad de la persona trabajadora (art. 17), como reconoce el artículo 18.1 de la Constitución española (CE) y también la doctrina jurisprudencial emanada del TS, TC e incluso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>9</sup>, y limitarse al tiempo y espacio de trabajo, es decir, no sería ampliable a todo el día o a todo el domicilio, además de ser necesario conocer la existencia de ese control y cómo se va a llevar a cabo, y así estar recogido en el acuerdo de trabajo a distancia (art. 7 h). Probablemente ya existían en la empresa medidas de control de la prestación, pero al encuentro con el trabajo a distancia se muestran insuficientes ante la falta de un control directo de la empresa.

Mientras que para el control en materia de prevención de riesgos laborales la persona trabajadora podrá acudir al domicilio (cumpliendo sus requisitos), nada se nos dice en cuanto a la verificación de las medidas en materia de protección de datos o seguridad de la información.

### 3.9. Derecho al abono y compensación de gastos

Por el hecho de realizar la prestación en el domicilio, la persona trabajadora podrá ver incrementados sus gastos (calefacción, luz, agua, etc., y, en particular, aquellos gastos que se encuentren ligados a las comunicaciones, como pudiera ser la instalación de fibra óptica o el teléfono fijo o móvil). Para paliar esto, la empresa deberá sufragar o compensar (art. 12) los vinculados al desarrollo de la actividad laboral, y para ello habrá que delimitarlos y enumerarlos en el acuerdo de trabajo a distancia (art. 7 b) estableciendo cómo se calcularán, cuáles se compensarán y en qué momento se realizará su abono, emplazando a los convenios o acuerdos colectivos la posibilidad de establecer el mecanismo para la determinación (art. 12.2).

<sup>9</sup> Destacándose las SSTC 209/1988, de 10 de noviembre, 88/1985, de 19 de julio, 144/1999, de 22 de julio, y 98/2000, de 10 de abril, así como importantes pronunciamientos en el ámbito internacional, como las Sentencias del TEDH de 12 de enero de 2016 y 5 de septiembre de 2017, caso Bărbulescu I y II, o en el ámbito nacional, fuera del ámbito constitucional, la STS 119/2018, de 8 de febrero.

Algunos convenios ya recogen esta particularidad estableciendo un fijo mensual por los gastos ocasionados en el domicilio<sup>10</sup> (consumos de agua, electricidad, calefacción o conexión wifi), siendo, a nuestro modo de ver, la mejor opción en cuanto a simplificar el modelo y no tener que analizar cada mes los recibos de consumos de cada una de las personas trabajadoras y calcular los porcentajes correspondientes a la prestación separándolos de los consumos de la propia vivienda.

Ante esta obligación podría la empresa plantearse sugerir a la persona trabajadora contratar con determinadas empresas de suministros para abaratar sus costes, limitar/penalizar por un abuso de consumo amparado en el consumo responsable e incluso incorporar entre la formación que imparte a la persona trabajadora sensibilización hacia estos temas.

Habría sido deseable, aunque discutible su importe, que se hubiera determinado una cuantía fija o porcentaje o que se estableciera el mecanismo para realizar dicha compensación, en términos similares al plus de transporte o complemento de dedicación existente en algunos convenios, pero se ha preferido dejar a la negociación colectiva o al acuerdo individual esta definición, lo que será beneficioso en cuanto a que difieren mucho las circunstancias y características de cada empresa o sector, pero puede provocar indefensión en los acuerdos individuales y acaloradas reuniones en la negociación colectiva.

Estas cuantías no han sido consideradas ni en materia fiscal ni en materia de Seguridad Social como exentas de cotización, por lo que resultan de aplicación las reglas generales en cuanto a que son una renta del trabajo, bien de naturaleza dineraria o en especie, para la persona trabajadora a distancia.

- [En materia fiscal](#)

Comenzando con el análisis de las rentas que la persona trabajadora percibe en especie, del [artículo 42.1 de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas](#) se

---

<sup>10</sup> Por ejemplo, el [Convenio colectivo de BP Oil España, SAU, para sus centros de trabajo en Madrid y Las Palmas](#) (BOE de 6 de febrero de 2018), en cuyo artículo 48 establece que:

[...] percibirán un complemento salarial de 6.407,52 euros brutos anuales, que serán abonados en partes iguales en cada una de las doce mensualidades ordinarias. Dicha cantidad compensará, aparte de la incomodidad que pudiera suponer tener la oficina en el domicilio, los gastos ordinarios de calefacción, luz, limpieza, así como cualquier otro de similar naturaleza. Desde la fecha efectiva de su abono dejará de percibir la ayuda de comida establecida en el texto del convenio. La cuantía prevista por este concepto se incrementará en cada uno de los años de vigencia del convenio en la misma cuantía prevista para la revisión del salario de dicho año.

Al mismo tiempo y por una sola vez, el empleado dispondrá como máximo de la cantidad de 1.900,00 euros para realizar todas aquellas obras de acondicionamiento en su vivienda que estime necesarias derivadas de la especialidad de la prestación de los servicios que implica el teletrabajo. Como requisito adicional, antes de iniciar las mismas deberá recabar aprobación del responsable del negocio y justificarlas con posterioridad.

desprende que no se considera renta del trabajo la cesión de uso de equipos y herramientas (ordenadores, móviles, tabletas...) que la empresa pone a disposición de la persona trabajadora para el desarrollo de su trabajo a distancia, siempre que ese uso sea exclusivamente laboral y la propiedad siga siendo de la empresa.

Por lo tanto, se debería tributar si pasan a ser propiedad de las personas trabajadoras o si se utilizan para fines particulares, siendo necesario identificar el tiempo correspondiente al uso particular y tributar por ello como renta en especie. Para facilitar su prueba, sería aconsejable instalar en los equipos electrónicos controles, bloqueos y otras aplicaciones que impidan o limiten dicho uso particular para, así, construir una prueba más eficaz, siempre que se pretenda eliminar la consecuencia tributaria de la cesión.

En caso de entregarse una renta dineraria tanto para la adquisición de los bienes como para compensar los gastos en los que se incurra por trabajar a distancia (como la conexión a internet o el consumo eléctrico), se declarará como un rendimiento del trabajo del que la empresa realizará la correspondiente retención, es decir, estará sujeto al IRPF. Este supuesto se podría asemejar a las dietas e, igual que estas, exceptuarse de gravamen.

- [En materia de Seguridad Social](#)

Se sigue una lógica muy similar a la enunciada en materia tributaria.

La base de cotización está constituida por la remuneración total, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual percibe la persona trabajadora ([art. 147.1 Ley general de la Seguridad Social](#) –LGSS–) excluyéndose las partidas en especie que se entregan en exclusiva para uso profesional.

Por otra parte, como la compensación de gastos del [artículo 12 del RDL](#) no se encuentra expresamente excluida de la base de cotización (sea salarial o extrasalarial, dineraria o en especie), conforme al [artículo 147.1 de la LGSS](#) deberá computarse a efectos del cálculo de las correspondientes cuotas.

En resumen, el hecho de que el RDL no haya configurado estos conceptos como percepciones exentas de tributar y de cotizar supondrá un coste adicional para la empresa y una reducción de la percepción neta de las personas empleadas.

## 4. Protección en materia de seguridad y salud en el trabajo

En el momento de implantar el trabajo a distancia no solo tendremos que organizar la prestación conforme a unos objetivos y tiempos, sino que debemos conocer los posibles riesgos del domicilio, tanto físicos como psíquicos, y, sobre todo, cómo realizarán

la empresa y la representación la vigilancia del cumplimiento de la normativa ([art. 15](#)) sin vulnerar el derecho a la inviolabilidad del domicilio ([art. 18.2 CE](#)).

Se limita el deber empresarial a la evaluación de la zona habilitada para la prestación de servicios, no siendo responsable la empresa de la seguridad de otras estancias (de las que sí sería responsable si hablásemos de un centro de trabajo tradicional).

Para poder hacer las comprobaciones del domicilio deberán respetarse los límites de la legislación y de los convenios colectivos siendo necesario contar con el consentimiento de la persona trabajadora; de no concederse, la actividad preventiva podrá efectuarse con base en la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada por esta, según las instrucciones del servicio de prevención.

Ante las dificultades que tal inspección podría ocasionar, en la implantación del teletrabajo por necesidades sanitarias en el [Real Decreto-Ley 8/2020](#) se aceptó ([art. 5](#)) una autoevaluación voluntaria realizada por la propia persona trabajadora; medida que podría perder la citada excepcionalidad consolidándose como una alternativa al modelo de evaluación conforme al [artículo 16.2 del RDL](#).

La evaluación de riesgos deberá poner especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.

Aunque nada se dice de que previamente a iniciar la prestación en el domicilio se realice alguna acción en materia de prevención ni tampoco cada cuánto tiempo se realizará, como hace con las herramientas tecnológicas, quizá sí que sería oportuno establecer una formación específica en esta materia e incluso ampliada a otros posibles riesgos del hogar e insistir en temas como la salud postural, la alimentación, los descansos o las comunicaciones con el resto de personas trabajadoras para prevenir el aislamiento, el estrés o los daños musculoesqueléticos.

## 5. Las relaciones colectivas en el ámbito del teletrabajo

Tras unos primeros años de incertidumbre, en la actualidad el teletrabajo es considerado por los interlocutores sociales como un medio de modernizar la organización del trabajo para hacer compatible la flexibilidad para las empresas y la seguridad para las personas trabajadoras; una modernización que habrá de cumplir unas reglas en cuya confección será importante, como se verá, su participación.

Dicha participación se realiza aun antes de implantar el trabajo a distancia, pues la empresa deberá entregar a la representación legal de las personas trabajadoras una copia del

acuerdo para su firma y posterior envío a la oficina de empleo ([art. 6.2](#)); posible elemento de control también para la Inspección de Trabajo por las limitaciones que podría encontrar de acceso a los domicilios particulares siendo necesaria una orden judicial.

Lo mismo sucederá si dicho acuerdo sufre algún tipo de modificación, trasladándose casi de forma literal las obligaciones contenidas en el [artículo 8.4 del ET](#), con lo que parece reforzarse el control en cuanto a que ese precepto se refiere a los contratos de trabajo, no siendo el acuerdo de trabajo un nuevo contrato, sino una forma de realizar la prestación.

Esta copia estará exenta de los datos personales vinculados a los derechos de protección de datos y a la intimidad ([Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo](#), de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen).

Como no podía ser de otro modo, como parte integrante de las empresas, las personas trabajadoras a distancia tienen derecho a ejercitar sus derechos colectivos en los mismos términos que las que realizan la prestación en el centro de trabajo ([art. 19](#)); siendo en esta materia relevante el centro de adscripción, motivo por el cual es necesario definirlo en el acuerdo a distancia conforme al [artículo 7 e\) del RDL](#).

Aunque las personas trabajadoras a distancia posean los mismos derechos, a nadie se le escapan las dificultades que puede encontrar la representación de las personas trabajadoras de acceso a sus representados, consecuencia de su dispersión física; los obstáculos para el ejercicio de los derechos colectivos, como el sufragio activo en las elecciones a órganos representativos o, incluso, los problemas que la coincidencia del lugar de trabajo con el domicilio privado puede producir para el ejercicio de determinadas funciones de control. Para solventar estas dificultades será preciso modificar los instrumentos de comunicación tradicionales y adaptarlos a la nueva situación, lo que intenta, no sé si con el éxito esperado, el [artículo 19 del RDL](#) actualizando el contenido del [artículo 8 de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical](#).

Para que la persona trabajadora pueda ejercer sus derechos será necesario que, además de que la empresa suministre a la representación legal los elementos para el desarrollo de la actividad representativa, estos estén adaptados a las necesidades que puedan producirse por realizarse la prestación fuera del centro de trabajo, entrando aquí en conflicto si desde el momento en que una persona realiza la prestación en el domicilio se deberán realizar estas adaptaciones por los posibles gastos que pudieran ocasionar. El [artículo 19.2 del RDL](#) especialmente se centra en la comunicación de las partes (personas trabajadoras a distancia, representantes y resto de la plantilla) proponiendo incluso la implantación de un tablón virtual; herramienta no siempre válida, porque, recordemos, no en todos los trabajos a distancia son necesarias las herramientas informáticas.

El reiterado [artículo 19 del RDL](#) también dedica uno de sus apartados (el 3) a la participación de las personas trabajadoras en las actividades que se realicen, incidiendo en el

ejercicio del derecho al voto presencial para la elección de representantes; término este último llamativo y que ya podría haber sido aprovechado para modernizar la institución permitiendo que el voto fuera tanto presencial como virtual.

Unido a los derechos relativos al abono y compensación de los gastos, planteo aquí si serían considerados como tales los desplazamientos e incluso alojamiento que pudieran necesitar una persona trabajadora a distancia para el ejercicio del derecho al voto que no tuviera reconocido el plus de transporte por ejercitar la prestación en su totalidad en el domicilio, o este artículo solo se refiere a la posibilidad de que las personas trabajadoras a distancia figuren en las listas de votantes y sean avisadas en tiempo.

Además de este [artículo 19](#), a lo largo de todo el RDL se acentúa el papel de la negociación colectiva al encuentro con el trabajo a distancia con llamadas expresas a la hora de definir los criterios de preferencia en el acceso a esta modalidad ([art. 8.3](#)) (entre otros los relacionados con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, pluriempleo o determinadas circunstancias personales o familiares, intentando evitar en todo lo posible discriminaciones por sexo en consonancia con el plan de igualdad de la empresa), el ejercicio de la reversibilidad ([art. 5.3](#)), las modificaciones del acuerdo ([art. 8.1](#)), los distintos derechos de contenido económico asociados a esta forma de prestación y organización (arts. [7 b](#)), [12.2](#) y [11.1](#)), los tiempos de flexibilidad para el respeto de los tiempos de disponibilidad obligatoria ([art. 13](#)) o el registro horario ([art. 14](#)).

La [disposición adicional primera](#) amplía los derechos de la negociación colectiva a poder reducir los porcentajes de prestación para ser considerada la relación como a distancia, delimitar qué puestos son o no teletrabajables, qué funciones son susceptibles de realizarse a distancia, ampliar el contenido mínimo del acuerdo, en qué condiciones se accederá a esta modalidad de trabajo o los tiempos máximos de trabajo a distancia, así como cuantas otras cuestiones considere necesario regular. Aceptación esta última que dota a la negociación colectiva de un poder universal al influir en cualquiera de las materias relacionadas con la relación persona trabajadora-empresa.

## 6. Facultades de organización, dirección y control empresarial en el trabajo a distancia

El último capítulo de la norma (el IV) viene a desarrollar mínimamente para el trabajo a distancia lo ya dispuesto con carácter general en el [artículo 20](#), [apartados 2 y 3](#), del ET referente a la dirección y control de la actividad laboral, siendo llamativo que, mientras que a los derechos de las personas trabajadoras les dedica siete u ocho páginas, a los de la empresa apenas les dedica dos artículos y además al final del articulado.

En estos artículos se incorporan los deberes que deben cumplir las personas trabajadoras a distancia, que nada tienen que ver con el cumplimiento horario ni el compromiso

productivo, sino que se centran en la observancia de las instrucciones en materia de protección de datos (art. 20.1), seguridad de la información (art. 20.2) y uso y conservación de los equipos o útiles informáticos (art. 21); todo ello en los términos establecidos por la empresa previa participación de la representación legal de las personas trabajadoras, en su caso.

## 7. Limitaciones y exclusiones del RDL

El acuerdo a distancia puede ser celebrado bien al inicio de la relación laboral, bien en una relación de trabajo ya existente, no encontrándonos ante una modalidad contractual ni ante una relación laboral de carácter especial, sino ante una forma de realizar la prestación válida en todas las modalidades contractuales, salvo las enumeradas en las limitaciones del artículo 3 relativas a los contratos celebrados con menores y los contratos formativos (prácticas y para la formación y el aprendizaje), en los que la norma solo admitirá el trabajo a distancia cuando se garantice un porcentaje de servicios presencial, como mínimo, del 50 % del tiempo de trabajo (modificable por negociación colectiva siempre que no se celebre con menores).

Además de estas limitaciones, nos encontramos con las siguientes exclusiones:

- Los trabajos realizados de forma esporádica o bien por debajo del umbral indicado –por ejemplo, solo 1 día a la semana–, salvo que los convenios o acuerdos colectivos fijen un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los fijados por el RDL.
- Las relaciones laborales especiales o las de las personas trabajadoras autónomas económicamente dependientes.
- El personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, que se regirá por su propia normativa (disp. adic. segunda).
- Las personas trabajadoras a distancia que se encuentren en una situación de trabajo en el domicilio a causa de la COVID-19.

El RDL hace una separación nítida entre el trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del Real Decreto-Ley 8/2020 (carácter preferente del trabajo a distancia) o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y el teletrabajo que se acuerde sin tener en cuenta esta situación.

Ambas situaciones cuentan con un régimen aplicable muy distinto: a las personas trabajadoras a distancia por la COVID-19 les seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria frente a las personas trabajadoras a distancia a las que les será de aplicación la nueva normativa. Pero esta afirmación no es del todo cierta, pues, aun quedando

fuera del ámbito de aplicación de la regulación del trabajo a distancia estos supuestos, la [disposición transitoria tercera](#) sí que prevé que las empresas cumplan con dos de las obligaciones que la ley fija para el trabajo a distancia: la dotación de los medios, equipos y herramientas necesarios para el trabajo a distancia y la compensación de estos gastos derivados de su actividad. Es decir, hace referencia, por un lado, a la necesidad de aportar medios y herramientas, y, por otro lado, la remisión a la negociación colectiva en cuanto a los gastos.

Este derecho de estas personas trabajadoras difiere del regulado en el [artículo 7 a\) y b\)](#) y en el [artículo 11](#) en cuanto a que se exime a la empresa de dotar de los elementos muebles, al tiempo que se delega a la negociación colectiva la forma de compensación de los gastos y sin existir, por el momento, ningún tipo de acción de reclamación individual ni colectiva.

Respecto a las personas trabajadoras que ya estuvieran realizando la prestación a distancia ([disp. trans. primera](#)), también será de aplicación el RDL, pero solo a partir del momento en que pierdan vigencia los convenios o acuerdos colectivos por los que se estaban rigiendo; aunque no es una regla abierta, sino que también tiene unas normas de aplicación para que en un máximo de 3 años todos los supuestos estén regulados del mismo modo. Así, pueden describirse diversas situaciones:

- Para los acuerdos o convenios en los que no se prevea un plazo de duración, esta norma resultará de aplicación íntegramente una vez transcurrido 1 año desde la publicación en el BOE del RDL (recuérdese, 23 de septiembre de 2020), salvo que las partes firmantes de estos acuerden expresamente un plazo superior, que como máximo podrá ser de 3 años.
- Para los acuerdos o convenios que prevean un plazo de duración, será de aplicación el RDL en el momento en el que el acuerdo o convenio pierda su vigencia.

Nos encontremos ante un supuesto u otro, la aplicación del RDL no podrá tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas que prestasen con carácter previo sus servicios a distancia, que se reflejarán en el acuerdo de trabajo a distancia conforme al [artículo 7 del RDL](#).

El acuerdo de trabajo a distancia deberá formalizarse en el plazo de 3 meses desde que el RDL resulte de aplicación a la relación laboral concreta. En idéntico plazo deberán efectuarse adaptaciones o modificaciones de los acuerdos de trabajo a distancia de carácter individual vigentes a la fecha de publicación del RDL, no derivados de convenios o acuerdos colectivos.



## Pérdida de importancia del centro de trabajo e incidencia sobre el inicio de la jornada

Comentario a la [Sentencia de la Audiencia Nacional 127/2019, de 31 de octubre](#)

**Juan José Fernández Domínguez**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad de León*

**Patricia Prieto Padín**

*Contratada posdoctoral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Grupo de investigación reconocido por el Gobierno Vasco IT1089-16.  
Universidad de Deusto*

### 1. Contexto legal y judicial

De conformidad con cuanto establece el [artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), «el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo». Lo escueto de la previsión legal, con la referencia al elemento locativo dado por el puesto de trabajo, deja en el aire numerosos supuestos en los cuales, o bien puede existir tiempo de trabajo sin la estricta presencia en puesto alguno dentro de la entidad, o bien desaparecer o difuminarse la importancia del centro de trabajo en favor de lugares variables y más o menos itinerantes para el desarrollo de la prestación de servicios.

A estos problemas ha otorgado especial y específica atención el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), al calor de cuanto dispone la [Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre](#), relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo; en particular, a la definición que su artículo 2.1 contiene de tiempo de trabajo, entendiéndose por tal «todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y prácticas

**Cómo citar:** Fernández Domínguez, Juan José y Prieto Padín, Patricia. (2020). Pérdida de importancia del centro de trabajo e incidencia sobre el inicio de la jornada. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 127/2019, de 31 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 195-202.

nacionales». Noción que, llevada a la oposición excluyente del concepto de descanso, ha ido creando una doctrina fértil cuyo territorio natural viene dado por el trabajo «a llamada», para, fundamentalmente, separar los periodos de inactividad de aquellos de puesta a disposición, valorándolos como verdadera prestación de servicios<sup>1</sup>.

En 2015, sin embargo, abandona ese marco referencial de doctrina ya asentada para, utilizando aquel bagaje instrumental conformado por los criterios de «permanencia», «disponibilidad» y «ejecutividad», aplicarlo al supuesto singular de los tiempos empleados en los desplazamientos entre el domicilio de la persona trabajadora y el de la clientela tanto al inicio como al final de la jornada. El pronunciamiento, que resultará emblemático ([Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2015, C-266/14, Tyco](#)), se asienta, empero, sobre unos datos relevantes muy concretos, resumidos por el Alto Tribunal que destaca la actividad de la empresa, el cierre de las oficinas a cambio de la puesta a disposición de un vehículo para desplazarse desde su domicilio al lugar de trabajo, la distancia a donde deban realizar la prestación, la disposición de teléfono móvil para mantener permanente comunicación y la escasa presencia en las oficinas de la empresa.

Estas singularidades han hecho que, a la par de irse decantando otros aspectos relacionados con el tiempo de trabajo<sup>2</sup>, también lo haga el aquí de interés<sup>3</sup>, bajo un criterio que, en

<sup>1</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de [3 de octubre de 2000, C-303/98, Simap](#); [9 de septiembre de 2003, C-151/02, Jaeger](#); [1 de diciembre de 2005, C-14/04, Dellas](#); y Autos de [11 de enero de 2007, C-437/05, Vorel](#); [4 de marzo de 2011, C-258/10, Grigore](#); o, más recientemente, [Sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2018, C-518/15, Matzak](#).

<sup>2</sup> Así se ha afirmado, por ejemplo, que no es jornada efectiva el tiempo «de toma y deje» (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia –SSTSJ– de [Andalucía/Granada de 20 de octubre de 2016, rec. 1836/2016](#); [Galicia de 23 de mayo de 2017, rec. 1135/2017](#); o [Cataluña de 11 de mayo de 2018, rec. 677/2018](#)), y que sí lo es el de solapaje entre turnos (Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS– [534/2017, de 20 de junio](#), y [902/2018, de 10 de octubre](#); o SSTSJ de [Andalucía/Sevilla de 21 de marzo de 2018, rec. 426/2018](#); [Andalucía/Málaga de 18 de julio de 2018, rec. 933/2018](#); o [Castilla-La Mancha –Sala de lo Contencioso-Administrativo– de 28 de octubre de 2019, rec. 215/2018](#)), el descanso de 30 minutos al día cuando durante su transcurso obra la posibilidad de ser requerido para incorporarse inmediatamente a las tareas (SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de [6 de marzo de 2017, rec. 103/2017](#); [27 de julio de 2018, rec. 1049/2018](#); o [23 de enero de 2020, rec. 1698/2019](#)), el de disponibilidad durante 24 horas si la persona trabajadora ha de permanecer con el móvil abierto y asume el compromiso de presentarse en 60 minutos en el lugar de trabajo ([STS de 2 de junio de 2017, rec. 163/2016](#)) o el destinado a desplazarse desde el centro a los lugares de prestación de servicio y su regreso, habiendo de ser abonado incluso como horas extraordinarias (STSJ de Baleares de [12 de enero de 2017, rec. 319/2016](#); casada, empero, al sentarse que solo el relevo marca el inicio y el final de la jornada, no pudiendo considerar como tal los desplazamientos internos desde donde se finaliza la labor hasta el edificio técnico, ex [STS 784/2019, de 19 de noviembre](#)).

<sup>3</sup> En tal sentido, por ejemplo, parece indudable que siempre habrá de ser considerado como tiempo efectivo de trabajo el que toma como punto de referencia la razón social de la empresa, aun cuando obren algunos elementos de confusión respecto al desplazamiento desde el domicilio de la persona trabajadora ([STSJ del País Vasco de 20 de febrero de 2018, rec. 162/2018](#)), así como el empleado al inicio

los dos supuestos que hasta el momento de esta sentencia habían llegado al TS<sup>4</sup>, y cuantos se conocen de los tribunales superiores de justicia<sup>5</sup>, había considerado que la protección del **caso Tyco** no dejaba de ser una excepción a la regla contenida en el **artículo 34.5 del ET**, en cuyo sentido abunda con matices el pronunciamiento comentado.

## 2. El supuesto de hecho: la configuración de un modelo para el contraste con la doctrina europea

Si una cuestión queda clara tras la lectura de la **sentencia aquí y ahora analizada** son las particularidades del supuesto fáctico, pues hasta en tres ocasiones enuncia sus vicisitudes más relevantes: en primer lugar, dentro de la enumeración de circunstancias sobre las cuales versó la discusión entre las partes, para conducir al elenco que separa los datos controvertidos de los conformes; en segundo término, en la relación de hechos probados; por último, formando parte de la selección y ordenación de los elementos relevantes para su contraste con cuantos presenta la sentencia del TJUE. De este modo cabrá seguir que:

1. El conflicto afecta al colectivo de técnicos de campo de la empresa Linde, en cuyo nombre plantea la demanda la Federación de Industria de CC. OO. En su origen, comenzaban la jornada a las 8:00 horas en la delegación territorial correspondiente, donde recogían el vehículo de la empresa y se desplazaban al domicilio de la primera persona cliente; haciéndolo después al de las demás según la planificación predeterminada por la empresa, para concluir su jornada (tras disfrutar de 1 hora para las comidas) a las 17:00 horas en la sede de la delegación. Sin embargo, y en un momento no precisado, la empresa cambia el sistema y reclama a las personas trabajadoras que comiencen su jornada a las 8:00 horas

---

y final de la prestación en las oficinas con carácter previo o tras haber finalizado las tareas (SSTSJ del País Vasco de 13 de marzo y 8 y 19 de mayo de 2018, recs. **287**, 749 y 723/2018).

<sup>4</sup> Por no concurrir una identidad de razón con lo previsto en la **sentencia Tyco**, en dos supuestos harto significativos el órgano encargado de crear jurisprudencia había negado la aplicación de cuanto venía a ser considerado, en sentido propio, como una excepción a la aplicación de la regla prevista en el **artículo 34.5 del ET**, cuya similitud con el caso abordado por la **sentencia ahora comentada** expresamente se niega: en el primero en el tiempo, resuelve negativamente sobre el derecho a percibir kilometraje y gastos de desplazamiento desde el domicilio particular hasta el de la persona usuaria de conformidad con lo previsto en el VI Convenio estatal de servicios de atención a personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (**STS de 1 de diciembre de 2015, rec. 284/2014**); en el segundo, tampoco considera tiempo de trabajo el dedicado a los desplazamientos diversos entre su domicilio y los centros de la primera y última de las personas clientes por las personas incluidas en el III Convenio colectivo de Castilla y León para la actividad de ayuda a domicilio (STS de 4 de diciembre de 2018, rec. 188/2017).

<sup>5</sup> Igual idea de excepción late en las SSTSJ de **La Rioja de 30 de abril de 2019 (rec. 61/2019)**, y Cataluña de 13 de mayo de 2019 (rec. 2376/2019).

en el domicilio de la primera persona cliente, identificada por la empresa el día anterior a través de las aplicaciones móviles, y que la concluyan a las 17:00 horas en el domicilio de la última persona cliente.

2. El colectivo de técnicos se desplaza en los vehículos dotados de GPS que le proporciona la empresa, la cual le facilita, también, un ordenador y un móvil a fin de mantener adecuada comunicación y control en el desarrollo de las tareas. El tiempo medio utilizado en el primer desplazamiento oscila entre 15 y 30 minutos, aun cuando han podido ser acreditados múltiples traslados de duración más prolongada. Además, y a pesar de las órdenes impartidas el día anterior, la empresa puede variar sobre la marcha la dirección de la primera persona cliente (y también la de las demás, aun cuando este dato solo adquiera aquí un valor secundario), con lo cual la duración del viaje puede también variar notablemente. En momento también indeterminado, la empresa concedió a los y las técnicos de campo ubicados en la delegación central la mejora consistente en poder poner fin a su jornada a las 16:40 horas en el domicilio de la última de las personas clientes, lo cual les permite llegar a su casa a las 17:00 horas, computándose esos 20 minutos como tiempo de trabajo efectivo. De otro lado, si las personas trabajadoras continúan trabajando una vez llegado el momento de poner fin a su jornada, se califica como horas extraordinarias cuanto exceda desde las 17:00 hasta que lleguen a sus domicilios respectivos.
3. Estas personas trabajadoras solo acuden a sus respectivas delegaciones territoriales entre 8 y 9 veces al año, para mantener reuniones de trabajo, actualizar sus aplicaciones, acceder a herramientas específicas u otras cuestiones similares.
4. En fin, la empresa siempre ha facturado todos los traslados a la clientela, tanto cuando las personas trabajadoras se desplazaban desde la delegación territorial, como cuando lo hacen desde sus domicilios.

### 3. Doctrina judicial

Con gran probabilidad el elemento más singular de la sentencia radica en la metodología utilizada para trasladar la [doctrina Tyco](#) al caso concreto. Alejándose parcialmente de los criterios de «permanencia» (entendido como desaparición del lugar de trabajo), «disponibilidad» (también para y durante el trayecto del desplazamiento) y «ejecutividad» (ejercicio de la actividad laboral durante la prestación), utilizados por el TJUE y el TS, prefiere una comparación entre las «circunstancias» en presencia más salientes del caso de referencia y las destacadas en el que está llamado a juzgar. El contraste hace que el pronunciamiento gane en la viveza de los detalles cuanto pierde en grado de abstracción; si se prefiere, al aferrarse a la comparación dato a dato respecto de cada pormenor, dificulta –casi– cualquier intento de aquilatar una doctrina que vaya más allá de los estrictos elementos cuyo cotejo desgrana. Así, la atención se centra en los siguientes aspectos:

1. El hecho de que, en su origen, tanto en Tyco como en Linde la jornada comenzaba en el lugar de trabajo, donde recogían y dejaban el vehículo con el cual se desplazaban a diario para atender a su clientela. En ambos casos, además, el cambio en la ejecución de la prestación lleva a que se obligue a las personas trabajadoras a iniciar y concluir la jornada en los domicilios de las personas clientes, motivo por el cual se estima que «no ha cambiado la naturaleza de estos desplazamientos porque se suprimiera la salida y llegada en las delegaciones provinciales, puesto que solo ha cambiado el punto de partida de estos desplazamientos». Añadiendo, a tal fin, un elemento de control y dirección para, por ejemplo, poder cambiar el orden de las personas clientes o anular o añadir una cita:

[...] lo cual comporta que durante la duración necesaria del trayecto, que la mayor parte de los casos no se puede reducir, estos trabajadores carecen de la posibilidad de disponer libremente de su tiempo y dedicarse a sus asuntos personales, de modo que están a disposición de sus empresarios, sin que quepa siquiera, como sucedía en Tyco, que los trabajadores puedan utilizar indebidamente los tiempos de desplazamiento, puesto que sus vehículos disponen de un GPS, que permite a la empresa controlar efectivamente, sin coste, la adecuación de dichos desplazamientos.

En el caso de Tyco tal ocurre a través de un móvil; en el de Linde, reforzando sus posibilidades al añadir la incorporación de un GPS al vehículo puesto a su disposición, así como a partir de la conexión mediante un ordenador portátil.

2. Aun cuando no media el cierre del lugar que sirve de referencia para la actividad, pues en el caso de Linde no consta la clausura de ninguna de las delegaciones territoriales, ni el traslado de la actividad y adscripción de todas las personas trabajadoras a una sede central, como ocurría en Tyco, el órgano judicial prescinde de tal factor para prestar atención decisiva al hecho de cómo, en el caso de referencia y en el analizado, las personas trabajadoras aparecen asignadas a una zona territorial que comprende la totalidad de la provincia donde trabajan o, en ocasiones, de varias provincias. Coincidencia, por tanto, en la importancia difuminada del dato locativo; más aún en el supuesto de Linde, donde se da por acreditado que la relación de los y las técnicos de campo con las delegaciones territoriales es mucho menos intensa, pues si los empleados y empleadas de Tyco acudían 1 o varias veces a la semana a las oficinas logísticas de transporte, los de Linde solo acuden entre 8 y 9 veces al año a las delegaciones territoriales para la realización de actividades de carácter instrumental.
3. El tiempo de desplazamiento medio desde el domicilio de la persona trabajadora hasta el primer domicilio de la primera persona cliente oscila entre 15 y 30 minutos, aun cuando constan probados múltiples viajes de mayor duración, lo cual también sucedía en Tyco. Elemento de similitud ante el cual pierde relieve la

eventualidad diferencial, también significada, de que en Linde concurren dos factores singulares: de un lado, abonar como extraordinario el tiempo transcurrido a partir del momento señalado para finalizar la jornada; de otro, haber venido admitiendo como tiempo de trabajo efectivo el desplazamiento de vuelta al domicilio (facultando a las personas trabajadoras para poner fin a la jornada a las 16:40 en el domicilio de la última persona de la clientela atendida, lo cual les permite llegar a su casa a las 17:00 horas), aun cuando tal beneficio únicamente haya sido reconocido a las personas trabajadoras de la delegación central; así, y acudiendo al viejo brocardo *venire contra factum proprium non valet*, considera que el hecho de haber reconocido a ciertas personas empleadas como tiempo de trabajo 20 minutos al final de la jornada:

[...] revela con más claridad, si cabe, puesto que deriva de sus propios actos, que estos tiempos de desplazamientos deben ser considerados tiempos de trabajo, ya que no hay ninguna razón para considerar tiempo de trabajo los desplazamientos al final de la jornada y no los del comienzo;

en paralelo, podría haber añadido, no cabe considerarlo tiempo de trabajo para unas personas empleadas y no para otras.

4. La actividad de la empresa discurre en los domicilios de la clientela, lo cual lleva a concluir que la misma no sería factible sin tales traslados, susceptibles de ser calificados en los dos supuestos comparados como «consustanciales» al quehacer productivo de las entidades. A tal punto es así que siempre ha cobrado tales desplazamientos a la clientela, tanto antes como después en el cambio en la ejecución de la jornada; obrando, por ende, una transformación importante: «antes de la modificación de jornada, dichos desplazamientos corrían por cuenta de la empresa, puesto que se efectuaban durante la jornada de los trabajadores, mientras que ahora corren a cuenta de los trabajadores»; por ello, no considerar que se trata de tiempo de trabajo conllevaría un «doble enriquecimiento, puesto que [la empresa] factura un tiempo que no paga a sus empleados e incrementa en actividad productiva directa el tiempo que estos empleaban anteriormente en los desplazamientos dentro de su jornada de trabajo».

A partir de tal operación de cotejo, cuyo resultado positivo no había dudado en anticipar, se responde afirmativamente al interrogante del cual partía respecto a si ese tiempo desde el que las personas trabajadoras activan las herramientas móviles proporcionadas por la empresa (entre las 7:30 y 7:45) hasta la hora en la cual deben comenzar su prestación en el domicilio de la persona cliente (a las 8:00) debe ser considerado como «tiempo de trabajo», en el sentido en el cual ha venido consolidándose en la jurisprudencia europea por contraposición al periodo de descanso, como conceptos que se excluyen entre sí, según había mantenido el TJCE de manera concluyente en los asuntos [Jaeger](#), [Dellas](#), [Vorel](#) y [Grigore](#).

## 4. Una nueva pieza en el incierto panorama sobre el comienzo de la jornada en ciertas actividades

La perspectiva diacrónica derivada de comentar una sentencia y dejar transcurrir el tiempo hasta tanto ve la luz otorga a quien interpreta la gran ventaja de poder ir aquilatando su valoración con nuevos datos capaces de enriquecer el discurso desde su versión primera.

En esta ocasión, la importancia de la doctrina comentada ha aumentado de manera significativa a partir del hecho de que su ponente resulte ser el mismo que, apenas 8 meses después, haya asumido la ponencia de otro pronunciamiento con gran similitud que emana del TS ([STS de 7 de julio de 2020, rec. 208/2018](#)). A sus resultados, cabrá comprobar cómo la construcción metodológica, e incluso párrafos enteros de esta sentencia, ha pasado a formar parte de la doctrina jurisdiccional en construcción sobre uno de los aspectos más polémicos en la actualidad que derivan de la profunda reordenación del factor tiempo de trabajo.

La decantación por cuándo comienza o finaliza la jornada seguirá presentando flancos abiertos a la controversia en situaciones de muy diversa naturaleza y entidad. A variantes sobre cuestiones tradicionales se irán añadiendo otras nuevas provenientes de nuevas formas de organizar la actividad productiva; entre ellas, cuantas ponen en relación tales datos con la desaparición o pérdida de importancia del lugar de trabajo.

Con este pronunciamiento, así como –en particular– a partir de la línea de continuidad evidente que supone la sentencia del TS referida, bien cabrá sostener que queda convenientemente aquilatado el patrón dado por la pérdida de protagonismo (incluso desaparición física) del lugar de trabajo, que en un pasado sirvió para determinar la jornada al comenzar y terminar en su sede. A partir del cambio de modelo, sin embargo, quienes tienen por cometido acercar los servicios que la empresa ofrece en el mercado a los domicilios de la clientela van a encontrar en el vehículo y los medios que la empresa pone a su servicio el nuevo dato de conexión con quien les emplea, sin aquel marco estable y tradicional de referencia.

Las condiciones bajo las cuales se concede tal medio de transporte (no será lo mismo si se dota de un GPS, como en esta ocasión, que permite un control total de su movimiento por la empresa, que, por el contrario, si se confiere como mejora voluntaria, incluyendo el uso particular por la persona empleada), la libertad de movimiento con el mismo o el control de la prestación a través de medios electrónicos como móviles y ordenadores portátiles (cuya intensidad podrá llevar a apreciar una mayor o menor tecnoddependencia), el dato de si ese tiempo es o no facturado a quien es cliente o compensado de alguna manera a la persona trabajadora, son, entre otras, circunstancias a ponderar en cada ocasión.

De ahí el gran dilema percibido desde la [sentencia Tyco](#): de un lado, el intento de llevar el comienzo de la jornada al momento en el cual la persona trabajadora abandona su domicilio para dirigirse al de la persona cliente, así como finalizarla cuando se llega al lugar proveniente de la última actividad desarrollada por cuenta de la empresa; de otro, la

localización del inicio y fin siempre en el domicilio de la persona cliente. Relativismo, por tanto, como producto de la decantación que en cada ocasión cabrá seguir de los hechos declarados probados por el órgano judicial.

Convendrá no olvidar, frente a tal resultado a un conflicto dado, la vía profiláctica que tantas veces podría evitarlo. Acudir, como invita el [artículo 34.1 del ET](#), a la negociación colectiva (en su caso, al pacto en el contrato de trabajo) que, respetando cuanto dispone el artículo 2.1 de la [directiva](#), proporcione solución específica a estos tiempos de inicio y fin de jornada.

# Retorno a la presencialidad en el empleo público: potestad de autoorganización versus tutela de la seguridad y salud

Comentario al **Auto 119/2020, de 3 de junio, del Juzgado de lo  
Contencioso-Administrativo número 2 de Murcia**

**Susana Rodríguez Escanciano**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

**Henar Álvarez Cuesta**

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

## 1. Marco jurídico

La implantación progresiva de la Administración electrónica ha posibilitado que la presencia física de muchas personas empleadas públicas en las sedes gubernativas no resulte tan imprescindible como antaño a la hora de dispensar servicios de interés general. Las nuevas tecnologías digitales permiten tanto una realización eficaz de la tarea profesional desde la distancia, como un control suficientemente preciso de su correcto desarrollo en la satisfacción de las demandas de la ciudadanía. Esta ruptura del modelo territorial de oficina pública de la mano de los adelantos informáticos encuentra manifestación señera en el teletrabajo, que ha experimentado un crecimiento exponencial en los últimos meses y lo va a seguir haciendo, pues la situación de emergencia sanitaria derivada de la propagación de la COVID-19 no solo ha exigido el confinamiento domiciliario como canal óptimo para evitar contagios, sino que aconseja mantener medidas de distanciamiento social *ad futurum* ante posibles rebotes de transmisión comunitaria.

El **auto analizado** se enmarca precisamente en la situación provocada por el coronavirus en el ámbito económico y social y cómo el recurso al teletrabajo ha sido una solución

**Cómo citar:** Rodríguez Escanciano, Susana y Álvarez Cuesta, Henar. (2020). Retorno a la presencialidad en el empleo público: potestad de autoorganización versus tutela de la seguridad y salud. Comentario al Auto 119/2020, de 3 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Murcia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 203-211.

de emergencia tanto para el empleo privado como para el público, permitiendo mantener en parte la actividad y proteger la salud y seguridad de las personas empleadas con el fin último de conseguir frenar la progresión de la pandemia y evitar el colapso del sistema hospitalario.

El [Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo](#), en su preámbulo ya advertía cómo:

[...] con el fin de ejecutar las medidas de contención previstas por la normativa aplicable, garantizando al mismo tiempo la continuidad de la actividad empresarial y las relaciones laborales, se priorizarán los sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiéndose facilitar las medidas oportunas para hacerlo posible. Para ello, se facilitan los trámites previstos por la normativa aplicable.

Bajo tal premisa, su [artículo 5](#) señala el carácter preferente del trabajo remoto en aquellos cometidos no esenciales con los objetivos prioritarios de garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria, «si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado»; conceptos que impiden una negativa caprichosa o cómoda de la persona empleadora.

Adquieren, pues, rango preferente las razones epidemiológicas, olvidando quien legisla de urgencia el principio de voluntariedad bilateral exigido por el [artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores](#) (que requiere pacto escrito) y también por el [Acuerdo marco europeo de 2002](#), signado por las partes sociales a nivel comunitario (CES, UNICE, UEAPME y CEEP). Es más, el teletrabajo a domicilio va a ser prioritario incluso frente a la cesación temporal o reducción de la actividad, esto es, frente al recurso a los ERTE, derivados de una doble circunstancia, bien de fuerza mayor ([art. 22 RDL 8/2020](#)), bien de causas objetivas, esto es, «económicas, técnicas, organizativas y de producción» ([art. 23 RDL 8/2020](#)). En fin, en el afán de facilitar el tránsito hacia el teletrabajo en entornos antes inexplorados, quien legisla de urgencia entiende cumplida la obligación empresarial de efectuar la evaluación de riesgos del [artículo 16 de la Ley de prevención de riesgos laborales](#), con carácter provisional, a través de una autoevaluación realizada de forma voluntaria por la persona trabajadora; circunstancia que tornará en papel mojado la tarea de identificar los agentes nucleares de los posibles detrimentos físicos, psíquicos y ergonómicos y sus nocivos efectos para el bienestar de las personas afectadas.

La duración de esta apuesta por teletrabajo domiciliario, justificada en razones de salud pública, desborda la duración inicial del estado de alarma llegando hasta el 21 de septiembre, pues el [artículo 15 del Real Decreto-Ley 15/2020](#) ha prorrogado su extensión temporal, con una deficiente técnica legislativa, a «los 2 meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista en el párrafo primero de la disposición final décima del Real Decreto-Ley 8/2020, modificada por la disposición final 1.17 del Real Decreto-Ley 11/2020», que ya establecía

1 mes más a la finalización del estado de alarma, de manera que ahora se suman 3 meses adicionales al elenco de las prórrogas decretadas por el Ejecutivo<sup>1</sup>. Es más, el Real Decreto-Ley 15/2020 deja la puerta abierta a sucesivos aplazamientos por parte del Gobierno de la continuidad del trabajo a distancia a domicilio en atención a las circunstancias; concepto este último vago e impreciso, que da sobradas muestras de un excesivo intervencionismo sobre las relaciones laborales.

De este modo, el [artículo 3 de la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo](#), para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, así como [igual precepto de la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo](#), para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, siguen considerando preferente mantener los medios no presenciales de actividad productiva («siempre que sea posible, se fomentará la continuidad del teletrabajo para aquellos trabajadores que puedan realizar su actividad laboral a distancia»). Por su parte, la [Orden SND/458/2020, de 30 de mayo](#), para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, aun cuando mantiene la preferencia, añade que:

[...] las empresas podrán elaborar protocolos de reincorporación presencial a la actividad laboral, siempre de acuerdo con la normativa laboral y de prevención de riesgos laborales, que deberán incluir recomendaciones sobre el uso de los equipos de protección adecuados al nivel de riesgo, la descripción de las medidas de seguridad a aplicar, la regulación de la vuelta al trabajo con horario escalonado para el personal, siempre que esto sea posible, así como la conciliación de la vida laboral y familiar (art. 3.3).

En fin, el [artículo 7.1 e\) del Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio](#), prevé *sine die* «la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible». Y la nueva regulación del trabajo a distancia llevada a cabo por el [Real Decreto-Ley 28/2020](#) y en el ámbito analizado por el artículo 47 bis introducido por el [Real Decreto-Ley 29/2020](#) en el Estatuto Básico del Empleado Público no hace sino consolidar dicha tendencia.

<sup>1</sup> Cabe dejar constancia de seis: en primer lugar, [hasta el día 12 de abril \(por Resolución del Congreso de los Diputados de 25 de marzo de 2020\)](#); en segundo término, [hasta el 26 de abril \(por Resolución del Congreso de los Diputados de 9 de abril de 2020\)](#); en tercer lugar, [hasta el 10 de mayo \(por Resolución del Congreso de los Diputados de 22 de abril de 2020\)](#); en cuarto lugar, [hasta el 24 de mayo \(por Resolución del Congreso de los Diputados de 6 de mayo de 2020\)](#); en quinto lugar, [hasta el 7 de junio \(por Resolución del Congreso de los Diputados de 20 de mayo de 2020\)](#); en sexto término, [hasta el 21 de junio \(por Resolución del Congreso de los Diputados de 3 de junio de 2020\)](#).

De nuevo, los mencionados artículos condicionan la continuidad en la deslocalización en la prestación de servicios a la posibilidad efectiva de la misma y a su indeterminado «fomento» o «potenciación», tal y como sucede en el supuesto analizado en el [auto comentado](#), el cual ha de valorar la necesidad de volver a la actividad presencial al servicio de la ciudadanía en una Administración pública para proporcionar un servicio más eficaz a las personas usuarias o mantener el teletrabajo en favor de la protección de las personas empleadas públicas.

## 2. Supuesto de hecho

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Murcia conoce de una medida cautelar solicitada por un sindicato de forma urgente e inaudita parte y referida a la impugnación de una [Orden de 2 de mayo de 2020 de la Consejería de la Presidencia y Hacienda de la Región de Murcia](#) por la que se establecía el procedimiento y las medidas organizativas para la recuperación gradual de la actividad administrativa presencial en la prestación de servicios públicos en el ámbito de la Administración pública de la Región de Murcia (BORM núm. 102 de 5 de mayo).

El sindicato pretende, mediante la medida cautelar solicitada:

[que quienes] habían venido prestando hasta la fecha sus servicios profesionales en la modalidad de teletrabajo a raíz de la declaración del estado de alarma puedan continuar haciéndolo, sin obligación de acudir presencialmente a sus centros de trabajo, hasta tanto así lo establezca el Ministerio de Sanidad en las sucesivas normas que dicte regulando las fases de desescalada a causa de la epidemia de COVID-19.

La medida cautelar solicitada se fundamenta, para la organización demandante, en el riesgo de contagio existente y la posibilidad de expansión de la epidemia. La urgencia deviene de la entrada en vigor de la reincorporación, que se produce al día siguiente de la fase 1 del Plan para la transición hacia la nueva normalidad, y los perjuicios de imposible o difícil reparación alegados derivan de la posibilidad de contagio y propagación de la enfermedad respecto al personal de la Administración. En cambio, no menciona si la orden impugnada ha sido objeto de negociación con las organizaciones sindicales representativas de las personas empleadas públicas o se ha dictado sin tal circunstancia.

El juzgado decide dar trámite de audiencia a la parte demandada, que manifiesta su oposición a la suspensión cautelar solicitada alegando incompetencia de jurisdicción; la falta de legitimación activa; la presunción de legalidad y la ejecutividad de los actos administrativos; apariencia de buen derecho de la actuación administrativa; la perturbación de los intereses generales; y, en fin, que la adopción de la medida agotaría la pretensión del recurso así como la sentencia que pudiera dictarse, pues a través de aquella se pretende resolver el fondo del asunto dejando vacío de contenido tanto el litigio como el fallo definitivo.

### 3. Claves de la posición judicial

Las medidas cautelares demandadas encuentran su razón de ser en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recaiga un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso, tal y como recoge el [Auto del Tribunal Supremo \(ATS\), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de abril de 2017 \(rec. 202/2017\)](#). Con ellas se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como dice expresamente el [artículo 129 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa \(LJCA\)](#), y garantizar la efectividad de la sentencia, esto es, busca evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 218/1994, de 18 de julio).

En particular, como reconoce el [auto comentado](#), en el proceso administrativo la suspensión cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a las personas particulares ante los tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el [artículo 106.1 de la Constitución española \(CE\)](#).

En todo caso, la decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando conjuntamente las circunstancias del caso, como señala el [ATS de 12 de marzo de 2014 \(rec. 379/2013\)](#), según la justificación ofrecida en el momento de su solicitud, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración de conformidad con la [LJCA](#) y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, con mayor detalle, los condicionantes exigidos pueden ser resumidos atendiendo a los siguientes parámetros:

- a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar, en tanto «la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que estos sean de difícil o imposible reparación» a tenor de lo manifestado en el [ATS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de junio de 1997 \(rec. 1297/1991\)](#). El interesado en obtener la suspensión, en el caso analizado, el sindicato, tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

A la hora de analizar la justificación ofrecida, el Juzgado de Murcia entiende que la parte recurrente alega pero no acredita, aun por indicios, los daños y perjuicios irreparables o de difícil o imposible reparación que la ejecución de la resolución recurrida podría acarrear para el sindicato recurrente o las personas afiliadas; careciendo las alegaciones vertidas de la consistencia suficiente, por su carácter genérico e inconcreto, como para convencer de la irreparabilidad de los perjuicios que se alegan.

- b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad, tal y como reconoce el auto analizado, que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso, pero la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo, habida cuenta de que «el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal» (STC 148/1993, de 29 de abril). En este punto, el [auto](#) estima que, dada la vigencia temporal de la resolución recurrida, la suspensión hasta la firmeza de la sentencia, que en su momento se dicte, equivaldría a la estimación del recurso, obteniéndose por vía de medida cautelar lo pretendido con aquel.
- c) El *periculum in mora* descrito por el [artículo 130.1 de la LJCA](#) como riesgo para la efectividad del proceso, respecto al cual el juzgado no hace un análisis exhaustivo.
- d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia; como ejemplo, el ATS de 3 de junio de 1997 (rec. 293/2020) considera cómo:

[...] al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego.

Por consiguiente, deben sopesarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada.

Cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, solo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto.

En este punto, el juzgado considera que, en la ponderación de los intereses en conflicto, debe prevalecer el interés público sobre el particular de la parte recurrente.

- e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar. La LJCA no hace expresa referencia a este criterio, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la Ley de enjuiciamiento civil que sí alude a este postulado en el artículo 728. Según el TS en sus Autos de 22 de noviembre de 1993 (rec. 420/1990) o 29 de septiembre de 2016 (rec. 4871/2016):

[...] esta doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio art. 24 CE [...], porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.

A la hora de valorar este requisito, el Juzgado de Murcia no aprecia la concurrencia de los presupuestos para su aplicación, al entender que hacerlo supondría entrar a conocer del fondo del asunto.

En virtud del análisis efectuado de las condiciones habilitantes para la concesión de la medida cautelar, el auto acaba por denegarla, lo cual supuso la reincorporación del personal de la Administración a sus puestos de trabajo de conformidad con lo previsto en la orden impugnada.

En cambio, en idéntico supuesto, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Toledo de 20 de mayo de 2020 (rec. 114/2020) otorga la medida cautelar solicitada al considerar cómo:

[...] en primer lugar, en cuanto al *periculum in mora*, como se ha indicado por la jurisprudencia debe atenderse a dos parámetros, la irreparabilidad del perjuicio que ocasionaría la ejecución de la resolución y la imposibilidad de ejecutar la sentencia que, hipotéticamente, pudiera anular el acto impugnado. La falta de adopción de la medida cautelar en tanto se tramita el procedimiento supondría causar perjuicios de imposible o difícil reparación derivados de la posibilidad de contagio y propagación de la enfermedad respecto al personal de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos que

pueden prestar servicios de forma telemática. Por otro lado, la anulación, en su caso de la resolución, podría conllevar la imposibilidad de ejecutar la sentencia y ello porque nos encontramos ante medidas que son objeto de actualización permanente en función del modo en el que se desarrolle la pandemia. En fin, respecto de la ponderación de los intereses en conflicto, se entiende que la evitación de propagación del virus y el derecho a la protección a la salud que pueden verse afectados por el riesgo de contagio han de primar en el caso presente frente a la reincorporación presencial de aquellos sin afectación *a priori* del trabajo desempeñado. En consecuencia, sin prejuzgar la cuestión de fondo, se acordará inaudita parte la medida cautelar solicitada, por concurrir las circunstancias excepcionales legalmente previstas, por ser urgente e inaplazable su adopción y prevalente la protección de la salud, consagrada en el artículo 43.1 de la Constitución teniendo en cuenta los intereses en conflicto.

No obstante, la medida concedida en este caso fue alzada por falta de jurisdicción, al entender competente, en virtud de lo dispuesto en el [artículo 2 e\) de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#), al orden jurisdiccional social por el [Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Toledo de 20 de mayo de 2020 \(rec. 114/2020\)](#); no en vano se trata de una decisión administrativa, pero adoptada en materia de seguridad y salud.

#### 4. Trascendencia de la doctrina asentada y posibilidad de que se consolide en el futuro

El [auto aquí comentado](#) entra a resolver un conflicto entre dos intereses en presencia fundamentales para un Estado social y democrático: garantizar la protección de la salud de las personas empleadas públicas recurriendo al teletrabajo ante el temor al contagio de la COVID-19, frente a proporcionar un servicio público a la ciudadanía más eficaz, cercano y presencial, superando la brecha digital abierta en determinados territorios y para determinados colectivos. La dificultad de la decisión viene dada, en este caso, por la importancia de ambos extremos, las difíciles circunstancias que han marcado la actualidad en los últimos meses donde el escenario se muestra harto convulso ante una pandemia de dimensiones desproporcionadas con preocupantes rebrotes; así como la imposible valoración de unos mecanismos de contagio inciertos y cambiantes en el momento de dictarse las resoluciones judiciales.

Aun cuando a la luz del [auto comentado](#) prevalece el interés público-administrativo en la organización del trabajo, no cabe olvidar que el reingreso siempre ha de realizarse con todas las garantías de seguridad y salud exigiendo adaptaciones técnicas y logísticas de calado: ofrecimiento de reconocimientos médicos y test de seroprevalencia que permitan la trazabilidad de los resultados, dotación de geles desinfectantes, redistribución de espacios para evitar acercamientos entre personas empleadas, colocación de mamparas y separaciones

para eliminar contactos, acondicionamiento de los vestuarios y aseos, rotaciones y horarios diferenciados para controlar excesos de aforos, citas previas, dotación de equipos de protección individual para un nuevo riesgo, implementación de mecanismos de desinfección, atención especial a colectivos vulnerables (personas de más de 50 años, embarazadas o quienes padecen algún tipo de enfermedad crónica o inmunodeficiencia), etc. Por tanto, únicamente cabría considerar el *ius resistentiae* por parte de la persona asalariada en aquellos casos en los que exista una verdadera causa justificativa suficiente, esto es, que no se garantice una adecuada política preventiva capaz de evitar la infección de las personas empleadas públicas y de las usuarias de los servicios.

## Telemática y pruebas procesales

### Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 de junio de 2020 (rec. 397/2020)

**María de los Reyes Martínez Barroso**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

**Diego Megino Fernández**

*Profesor contratado doctor (acreditado) de Derecho  
del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Burgos*

#### 1. Las dificultades probatorias de la vulneración de los derechos fundamentales. A propósito de la discriminación por razón de matrimonio y la distribución de la carga de la prueba

La prevalencia de los derechos fundamentales de la persona trabajadora y las especiales dificultades probatorias de su vulneración constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, hoy recogida en los artículos 96.1 y 181.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS). Una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación, corresponderá a la persona demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, «suficientemente probada», de las medidas adoptadas (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– 236/2016, de 18 de marzo). En el caso de autos, existen indicios de discriminación de la parte actora por razón de su cambio de estado civil, a la vista de los hechos probados en la instancia, por lo cual correspondería a la empleadora aportar una justificación objetiva y razonable de la decisión extintiva adoptada y de su proporcionalidad. La trabajadora denuncia infracción de los artículos 55.5, 4.1 c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores; y artículos 14, 32 y 10.2 de la Constitución española, en relación con el artículo 11.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, argumentando que la decisión de poner fin a la relación laboral se produce inmediatamente después del conocimiento por la dirección de la empresa de su decisión de contraer matrimonio, sin que exista ninguna circunstancia vinculada con el trabajo o con la empresa que justifique la finalización de dicha relación

**Cómo citar:** Martínez Barroso, María de los Reyes y Megino Fernández, Diego. (2020). Telemática y pruebas procesales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 de junio de 2020 (rec. 397/2020). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 212-218.

laboral. Se produce una clara discriminación «por contraer matrimonio». No obstante, la razón de incluir este comentario en el presente monográfico deriva de que la parte actora discute el relato fáctico de la sentencia de instancia, al amparo del [artículo 193 b\) de la LRJS](#) (revisión de los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas), denegando el órgano judicial dicha revisión por estar fundada en supuestos correos electrónicos o sistemas de comunicación similares, que se considera que «no es medio de prueba hábil» a los efectos del referido [artículo 193 b\) de la LRJS](#).

## 2. Breve referencia al supuesto de hecho objeto de comentario

La trabajadora fue contratada en abril de 2018 por la entidad demandada (asociación Clúster Alimentario de Galicia) en virtud de un contrato de trabajo temporal por obra o servicio determinado para prestar servicios como técnica de proyectos europeos a tiempo completo. Una vez que comunica su intención de contraer matrimonio y de disfrutar de 15 días de licencia matrimonial, consecutivos al periodo de vacaciones, se le notifica su cese por fin de contrato (finalización de la obra o servicio). Resulta significativo que 1 día antes de su cese, a la actora se le hubiera confirmado que su porcentaje mensual de asignación al proyecto era del 100 % hasta el 28 de febrero de 2022. La entidad demandada comunicó a la red LinkedIn tras la finalización de su contrato que la actora ya no era trabajadora de la entidad; esto es, comunicó a terceros una decisión discriminatoria. En la sentencia de instancia se estimó en parte la demanda, declarando la improcedencia del despido, con el consiguiente pronunciamiento de condena. Posteriormente se recurre en suplicación al amparo del [artículo 193 b\) y c\) de la LRJS](#), interesando la trabajadora que se revoque la sentencia de instancia y se estime la demanda presentada declarando la nulidad del despido, con condena a la inmediata readmisión con abono de salarios desde el despido e indemnización por daños morales (15.000 €), teniendo en cuenta el contexto en el que se produjo la decisión extintiva. Esto es, en fechas próximas a que la trabajadora contrajera matrimonio (y con discriminación por tal motivo); contexto en el que la sala considera razonable entender que la pérdida de su empleo perturbase la tranquilidad con la que podía esperar desarrollar su cambio de estado civil, acrecentando el consiguiente daño moral y avalando la razonabilidad y proporcionalidad de la cuantía indemnizatoria.

## 3. Claves de la posición judicial a propósito del «medio de prueba hábil a efectos revisorios»

No puede olvidarse que nuestro sistema procesal atribuye al juzgador o juzgadora de instancia la apreciación de los elementos de convicción (concepto más amplio que el de medios de prueba) para fijar una verdad procesal que sea lo más próxima posible a la real, para lo cual ha de valorar, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la practicada en autos,

conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el [artículo 97.2 de la LRJS](#). Ello implica, atendiendo a la especial naturaleza del recurso de suplicación, que el tribunal superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, sino realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida en la medida en que le sea pedido y solo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas con base en concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en autos patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable y sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error de aquel juzgador o juzgadora cuya facultad de apreciación no puede ser desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada ([Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1988, de 2 de abril](#)).

La sala disecciona con acierto las premisas que los tribunales han venido exigiendo para acoger una revisión de hechos en aplicación del [artículo 193 b\) de la LRJS](#):

- 1.º Que tal revisión se funde en una prueba hábil, estando restringida la misma a la documental y la pericial, no incluyendo dentro de tal clase los informes de personas investigadoras privadas, ni los medios de reproducción de la palabra, de la imagen o del sonido. Tampoco se ha admitido la alegación de prueba negativa, es decir, la consistente en afirmar que los hechos que quien juzga estima probados no lo han sido suficientemente, salvo en el caso de que se haya infringido la regla constitucional de mínima actividad probatoria.
- 2.º Que la prueba alegada revele un error de quien juzga, de modo palmario o evidente, sin necesidad de conjeturas, ni hipótesis o razonamientos.
- 3.º Tal revisión ha de tener trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS de [16 de abril de 2014, rec. 261/2013](#), y [20 de mayo de 2014, rec. 276/2013](#)), matizando el TS que:

[...] pese a que sea exigencia de toda variación fáctica que la misma determine el cambio de sentido en la parte dispositiva, en ocasiones, cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido –eso sí– el requisito de tener indubitado soporte documental ([STS 642/2018, de 14 de junio](#)).

- 4.º La modificación propuesta no ha de contener valoraciones jurídicas predeterminantes del fallo. Esto es, no solo debe cumplir la exigencia positiva de ser relevante a los efectos de la litis, sino también la negativa de no comportar valoraciones jurídicas, pues estas no tienen cabida entre los hechos declarados probados y, de constar, se deben tener por no puestas, siendo así que las calificaciones

jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva –y adecuada– ubicación en la fundamentación jurídica.

- 5.º Por último, se exigen determinados requisitos formales en la interposición del recurso de acuerdo con el [artículo 196.2 y 3 de la LRJS](#). Por un lado, que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, proponiendo en su caso una redacción alternativa de los hechos probados; y, por otro, que se precise a través de qué concreto medio de prueba hábil a efectos de suplicación se pretende esa revisión (sintetizando la doctrina de la sala, por todas, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia –SSTSJ– de Galicia de [16 de septiembre de 2015, rec. 1353/2014](#), o [12 de junio de 2015, rec. 4364/2013](#)).

En el pronunciamiento objeto de comentario interesa, entre otras, la modificación del hecho probado decimoséptimo, introduciendo en el mismo el siguiente inciso final: «En esta comunicación la empresa hace constar a la red social que la extinción del contrato se produjo el 9 de junio de 2019», denegando la revisión por estar fundada en supuestos correos electrónicos o sistemas de comunicación similares, estimando la sala que no constituyen medios de prueba hábiles a efectos revisorios. Considera la sala que un correo electrónico no es un medio de prueba de los referenciados en el [artículo 193 b\) de la LRJS](#), pues:

[...] por su naturaleza, no constituyen documentos fehacientes dotados de la eficacia y valor probatorio al que se refiere el artículo 326 de la Ley de enjuiciamiento civil y, por lo tanto, no constituyen un instrumento hábil a los efectos de alterar los hechos probados de la sentencia de instancia, sino la expresión escrita de las declaraciones de un tercero, que no pierden este carácter, de manifestación personal, por el hecho de haberse plasmado por escrito (en el mismo sentido, [STSJ de Galicia de 28 de marzo de 2019, rec. 2467/2018](#)).

La sala, al igual que en pronunciamientos anteriores (STSJ de Galicia de [27 de junio de 2019, rec. 1285/2019](#), con cita de la precedente de [26 de junio de 2018, rec. 1011/2018](#)), rechaza la condición de prueba documental, señalando que el correo electrónico es un medio de prueba que se correspondería con la recogida en los [artículos 382 a 384 de la Ley de enjuiciamiento civil \(LEC\)](#) («De la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso») y que, por lo tanto, no constituye prueba documental en sentido estricto. Incluso si se tuviese por documental la impresión del correo electrónico que obra en el soporte informático correspondiente, no determinaría por sí misma la existencia de un error patente o manifiesto del magistrado o magistrada de instancia al valorar la prueba, pues no se trata de una prueba autónoma, sino de la transcripción o impresión de una prueba que en origen obra en soporte informático (ordenador, tableta, teléfono...) y que, como tal, tiene unas reglas propias para su práctica en la vista. Tampoco considera la sala que pueda ser conceptuado como un documento electrónico o informático (prueba documental), ya que no tiene encaje en la

[Ley 59/2003, de 19 de diciembre](#), de firma electrónica, que exige, precisamente, dicha firma electrónica para valorarlo como prueba documental. En este punto refiere la sala que el [artículo 3.8](#) de dicha norma es claro cuando señala que el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental –circunstancia que no concurre en el correo aportado– y en el resto de los supuestos tendrá el valor y la eficacia jurídica que le corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación aplicable. Por último, se inadmite otra revisión que pretende fundarse en lo que parecen ser impresiones de páginas web en las que obran determinadas manifestaciones y fotografías, por los mismos motivos que en el caso del correo electrónico y «porque de las mismas no se extrae ningún error patente o manifiesto» en la valoración de la prueba.

#### 4. Trascendencia de la doctrina establecida al objeto de considerar el correo electrónico como medio de prueba útil. Su consideración o no como prueba documental

La hipótesis que da origen a este breve comentario es la de si, superados los problemas relativos a los derechos fundamentales en juego (básicamente, secreto de las comunicaciones e intimidad), los correos electrónicos que se aportan al proceso laboral como medios de prueba pretendidamente válidos son, en último término, veraces. Siendo muy diversas las hipótesis que pueden presentarse en la práctica, habrá de estarse siempre a la valoración que de las circunstancias concurrentes *ad casum* efectúen los tribunales. Con todo, desde el punto de vista de la estrategia procesal, no puede desconocerse que la elección de la fórmula concreta de presentación o aportación de una prueba digital será capital a la hora de acreditar (con suficientes visos de seguridad y fiabilidad) los hechos o la información que pueda estar almacenada en cualquier tipo de soporte digital. Cometer un error en la fase de preparación de la prueba puede marcar definitivamente el éxito o el fracaso en un proceso judicial.

En la práctica, todos los correos electrónicos que se presentan al proceso únicamente en soporte papel (o, en su caso, documento electrónico) son perfectamente manipulables y falsificables, de tal manera que puede sostenerse que los únicos correos electrónicos y archivos adjuntos que no podrían ser objeto de manipulación y falsificación (y que, por tanto, estarían dotados de las exigencias de integridad y autenticidad a efectos probatorios) serían aquellos respaldados por el mecanismo de la firma electrónica o por una prueba pericial informática que garantice su veracidad, que a su vez exigiría el acceso al ordenador, tableta o medio tecnológico utilizado para enviar el correo y los documentos o archivos adjuntos, o, por último, por la testifical que estuviera presente al tiempo del envío de los correos electrónicos y que por eso pudiera declarar sobre los mismos y su contenido ([Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona de 20 de marzo de 2017 –rec. 62/2015–](#), descartando el valor probatorio de determinados correos electrónicos).

El TS, en sus Sentencias de [16 de junio de 2011 \(rec. 3983/2010\)](#) y [26 de noviembre de 2012 \(rec. 786/2012\)](#), consideró que los medios probatorios enumerados en el [artículo 299.2 de la LEC](#) (medios audiovisuales y soportes electrónicos) tienen naturaleza autónoma (no constituyen prueba documental), por lo que carecen de eficacia revisora casacional. No obstante, posteriormente, la [STS 843/2018, de 18 de septiembre](#), estimó una pretensión revisora casacional basada en un correo electrónico. En otros pronunciamientos (SSTS de [29 de enero de 2019, rec. 12/2018](#), y [12 de febrero de 2013, rec. 254/2011](#)) no se cuestiona la idoneidad de los correos electrónicos para sustentar una pretensión revisora casacional, aunque finalmente desestiman la solicitud. Tal es lo ocurrido en la reciente [STS 706/2020, de 23 de julio](#), en la que el tribunal examina detenidamente la naturaleza de dichos correos electrónicos, a partir de la distinción entre medios y fuentes de prueba. Así, considera que la LEC sanciona el carácter de *numerus apertus* de las fuentes de prueba, si bien los medios de prueba únicamente pueden ser los regulados en la LEC, por lo cual la controversia radica en determinar si la concisa regulación de estos instrumentos acreditativos (arts. [299.2](#) y [382 a 384 LEC](#)) «configura unos medios de prueba autónomos, es decir, unos complejos normativos completos, o si dichas normas no constituyen medios de prueba independientes sino que deben ponerse en relación con la prueba documental». A juicio del TS, la LEC no regula dos medios de prueba nuevos, sino únicamente unas fuentes de prueba, a través de una regulación brevísima:

[...] que se limita a establecer las peculiaridades de estas fuentes de prueba porque, a diferencia de los documentos escritos, no basta con dar traslado de estas pruebas a la parte contraria, sino que normalmente es preciso proceder al visionado del vídeo, a la escucha del audio o al examen del instrumento de archivo. Pero los medios de prueba son los enumerados en el art. 299.1 de la LEC, los cuales constituyen un *numerus clausus*.

De hecho, dicho concepto amplio de documento, comprensivo de los electrónicos, es el que impera en el resto del ordenamiento jurídico, con el que tiene que resultar coherente la interpretación de la LEC. Considera el Alto Tribunal que el avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación), pues si no se postula un concepto amplio de prueba documental, no limitado a los documentos escritos (cuyo uso resultará exiguo), llegará un momento en el que la revisión fáctica casacional quedará vaciada de contenido. Ello no supone que todo correo electrónico acredite el error fáctico de instancia, sino que (al igual que sucede con los documentos privados) «será necesario valorar si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique; si ha sido autenticado, en su caso; y si goza de literosuficiencia».

Como puede fácilmente intuirse, constituye esta una cuestión de la máxima importancia práctica, pues la acreditación de la integridad o autenticidad de los correos electrónicos y de cualquier otro medio electrónico de producción, almacenamiento y transmisión de datos

no resulta una cuestión menor si lo que se pretende es que los mismos desplieguen eficacia probatoria en el proceso judicial. Por tanto, cuando la integridad o autenticidad de los correos electrónicos presentados al proceso judicial como medio de prueba pueda verse comprometida (por ejemplo, porque se impugnen o se prevea que la parte contraria los va a cuestionar en el pleito), quien los aporte deberá aplicar un especial refuerzo probatorio, que a buen seguro habrá de pasar por el recurso a una pericial informática.

En definitiva, dado que la valoración de los correos electrónicos (u otros documentos digitales de similares características) como eficaces medios de prueba ha de llevarse a cabo por el órgano jurisdiccional competente conforme a los criterios de la sana crítica ([art. 384.3 LEC](#)), será el citado órgano jurisdiccional el que, con ocasión del conjunto de la prueba practicada, deberá otorgar o no veracidad a los aportados como medio acreditativo en el pleito de que se trate. Por lo tanto, si del conjunto de la prueba practicada dicho órgano no alberga dudas acerca de la integridad o autenticidad de los correos electrónicos propuestos, acabará concediéndoles valor probatorio (en todo o en parte) en el caso concreto.

# La implantación de una herramienta informática como posible modificación sustancial de las condiciones de trabajo

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 339/2020, de 14 de mayo](#)

**Francisco Xabiere Gómez García**

*Investigador FSE/JCyL de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

## 1. Marco normativo

La posibilidad de la dirección de la empresa de modificar las condiciones de trabajo ya aparecía en nuestro ordenamiento jurídico en el Estatuto de los Trabajadores del año 1980, eso sí, siempre que existiesen probadas razones técnicas, organizativas o productivas, añadiéndose en 1994 unas causas económicas que *de facto* ya estaban siendo aceptadas. Sin embargo, su concepción en el tiempo sí que ha variado sustancialmente, pasando de ser una mera posibilidad ante una situación anómala en la empresa a convertirse en un mecanismo para favorecer su flexibilidad interna ante un entorno económico en permanente cambio.

De esta forma, se ha abandonado ya la intervención de la autoridad laboral frente al rechazo de la decisión empresarial por parte de la representación legal de las personas trabajadoras y, asimismo, la supeditación de la medida a la mejora de la situación de la empresa a través de una organización más adecuada de sus recursos para favorecer así su posición competitiva en el mercado o, al menos, que ofrezca una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. No quiere esto decir que ya no se deba acreditar la causa justificativa que actúa como factor determinante de la modificación, sin embargo, el [artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) dispone que basta con que esté relacionada con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, por lo que, a diferencia de las causas o razones justificativas de los despidos económicos de los artículos 51 y 52 del ET, no se exige la existencia de crisis empresarial –Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 3130/2005, de 17 de mayo–.

**Cómo citar:** Gómez García, Francisco Xabiere. (2020). La implantación de una herramienta informática como posible modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 339/2020, de 14 de mayo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 219-224.

Este [artículo 41 del ET](#) incluye una lista ejemplificativa y no exhaustiva de materias a las que podrían afectar las modificaciones sustanciales, y se encuentran entre ellas tanto el sistema de remuneración y cuantía salarial como el sistema de trabajo y rendimiento. Precisamente, la plasmación de este listado, a pesar de las sucesivas modificaciones operadas en este precepto, ha contribuido a dificultar la delimitación inequívoca de la noción dogmática de modificación sustancial. Así, aunque el encabezamiento del artículo alude claramente a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, son manifiestos los conflictos interpretativos sobre si no es la propia condición objeto de la misma la que puede convertir en sustancial la modificación.

En definitiva, el parecer más generalizado considera que para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá que acudir a criterios empíricos de casuismo, ponderando tanto la materia sobre la que incida como sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones a las personas trabajadoras afectadas –[STS 3095/2006, de 26 de abril](#)–. Por lo tanto, aquellas que no alcancen dicha condición serán consideradas como simples modificaciones accidentales, las cuales constituyen una manifestación del poder de dirección y del *ius variandi* empresarial –[STS 2328/2007, de 28 de febrero](#)– y, por ende, sin cabida en el [artículo 41 del ET](#).

En cualquier caso, la facultad de modificación sustancial es un derecho potestativo de la empresa salvo para aquellas condiciones pactadas en convenio colectivo estatutario, para las cuales habría que acudir al procedimiento del [artículo 82.3 del ET](#), incluso aunque las modificaciones fueran de escasa importancia –[STS 573/2017, de 29 de junio](#)–. Por el contrario, se admite la inaplicación de pacto extraestatutario; acción que la [Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2015](#) ve justificada para atender fines constitucionalmente legítimos como el mantenimiento del puesto de trabajo ([art. 35.1 Constitución española](#) –CE–), el ejercicio de la libertad de empresa y la defensa de la productividad ([art. 38 CE](#)) y la política orientada al pleno empleo ([art. 40 CE](#)).

Por otro lado, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo tendrán carácter individual o colectivo, lo que se resolverá en función de un criterio únicamente cuantitativo. Así, se considera de carácter individual la modificación que, en el periodo de 90 días, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas, que para ese mismo periodo de referencia señalado debe afectar al menos a: 10 personas trabajadoras, en las empresas que ocupen menos de 100; el 10 % del número de personas trabajadoras de la empresa, en aquellas que ocupen entre 100 y 300; o 30 personas trabajadoras, en las empresas que ocupen más de 300.

La importancia de identificar el carácter de la modificación sustancial reside en que será diferente el procedimiento exigido para su implementación según se trate de uno u otro. En el supuesto de una decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, esta deberá ser notificada por la empresa a la persona trabajadora afectada y

a su representación legal con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad, mientras que en la de carácter colectivo, salvo que se hubiera establecido por la negociación colectiva otro procedimiento específico, la decisión deberá ir precedida de un periodo de consultas con la representación legal de las personas trabajadoras, de duración no superior a 15 días, donde se tratarán las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para las personas trabajadoras afectadas.

## 2. Síntesis del supuesto de hecho

La [STS 339/2020, de 14 de mayo](#), examina el recurso de casación interpuesto por una confederación sindical contra el fallo de la Audiencia Nacional ante una demanda de conflicto colectivo en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de carácter colectivo, por parte de una empresa de teleservicios (gestión de ventas y cobros, atención al cliente, soporte técnico, etc.) al implantar esta un nuevo programa informático, llamado PR-32, cuya finalidad es administrar el procedimiento de gestión del desempeño, el cual se relaciona con el sistema de retribución variable. La multinacional cuenta con centros de trabajo en varias provincias españolas, y el conflicto colectivo afecta a todos ellos, mientras que sus relaciones laborales se rigen por el Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de *contact center* (antes *telemarketing*), el cual nada establece sobre posibles sistemas de retribución variable.

Con anterioridad a la introducción del programa PR-32, la empresa ya contaba con un modelo de gestión del desempeño ligado al sistema de retribución variable, cuya aplicación informática contenía información sobre los rangos de medidas máximas y mínimas de los objetivos necesarios para cobrar incentivos y sobre el rendimiento individual respecto de los mismos, además del resumen mensual (individual, por equipo y por servicio/departamento) en función de dichos objetivos, los cuales eran establecidos unilateralmente por la empresa y podían cambiar mensualmente, así como el peso de cada uno para el cálculo de la retribución variable.

De este modo, los objetivos no se consideraban aceptados por la persona trabajadora ni se estimaban de obligado cumplimiento, siendo destinado el conjunto de los datos recogidos únicamente al derecho al cobro de los incentivos. Si bien la empresa había intentado establecer, como condicionante para el devengo del derecho al incentivo, la validación de los objetivos en la herramienta, una demanda de conflicto colectivo, promovida por la misma confederación sindical ahora recurrente, terminó con un acuerdo en conciliación donde se desechó esa supeditación.

Cuando la empresa notifica a la plantilla el nuevo modelo de gestión del rendimiento individual, explica que se articula a través de cinco fases: determinación de objetivos; evaluación de

estos; revisión del desempeño (resultados y planes de acción para su mejora); ejecución de los planes de desarrollo individual (PDI); y acciones de reconocimiento y correctoras, si procede. Se declara que el cumplimiento de este procedimiento será obligatorio para todas las personas empleadas implicadas en el modelo de gestión del desempeño; misma obligatoriedad que tienen los objetivos comunicados, pues su incumplimiento podrá conllevar consecuencias disciplinarias. Respecto de los planes de acción, se establece que deberán ser debidamente registrados en la herramienta informática o, de lo contrario, la empresa también podrá adoptar las medidas disciplinarias oportunas.

Con posterioridad a la presentación de la demanda aquí tratada, otros tres sindicatos promovieron sendos procedimientos de mediación, consiguiendo que la empresa eliminase el régimen sancionador dentro del procedimiento de gestión del desempeño, si bien se recuerda que «las normas internas de la empresa son de obligado cumplimiento».

### 3. Claves del fallo

La cuestión litigiosa reside en resolver si la implantación del PR-32 no constituye una modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo, como ya sentenció la Audiencia Nacional, o si por el contrario lo es, como sostiene la confederación sindical recurrente, lo que además resultaría en la declaración de nulidad de la medida al no haber seguido la empresa, para su introducción, el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo previsto en el [artículo 41.4 del ET](#).

En primer lugar, el órgano de instancia confirma que no se ha acreditado que la representación legal de las personas trabajadoras, desde que la empresa les comunicó el documento que contiene el PR-32, ejerciese su derecho a emitir un informe previo a la ejecución por parte de esta del cambio de sistema de gestión, en virtud del [artículo 64.5 del ET](#). A continuación, tras valorar ese mismo documento y realizar una comparativa con la situación previamente existente en la empresa, considera que se trata de una mera herramienta informática y que no se desprende una alteración relevante respecto del mecanismo previo para la gestión y el devengo de esa retribución variable. Igualmente con los PDI, donde constata que ya existían con anterioridad, concluyendo que la nueva aplicación informática simplemente homogeneizó su gestión y contenido, facilitando de esta manera una mayor transparencia y un mejor control para las personas trabajadoras afectadas.

La [sentencia objeto de este comentario](#) convalida estas afirmaciones y desestima el recurso de casación. Sin embargo, de los hechos probados quizá se pueda desprender que la nueva herramienta informática tal vez vaya más allá de normalizar la gestión y facilitar la transparencia del proceso, pues, antes de su puesta en marcha, los datos se orientaban exclusivamente al cobro de incentivos, divulgando los objetivos a superar pero sin que se consideraran aceptados por la persona, mientras que con el PR-32 se introducen, para

quienes no cumplan dichos objetivos establecidos por la empresa, unos PDI de obligado cumplimiento. De hecho, es la propia herramienta informática la que identifica automáticamente los agentes y los indicadores para los que, debido al nivel alcanzado, se debería establecer un PDI (hecho tercero, 6.º).

En este sentido, a diferencia de otros casos similares donde la parte salarial variable ligada a la consecución de objetivos está pactada de forma individual –[STS 682/2019, de 2 de octubre](#)–, aquí el derecho al cobro de incentivos en el sistema previo estaba orientado al conjunto de la plantilla, sin que existiese ningún tipo de pacto individual de incentivos con cualquier persona trabajadora. En consecuencia, la implantación de un nuevo sistema donde el incumplimiento de los objetivos establecidos para generar el derecho al cobro de una parte variable del salario conlleva asumir un PDI, de duración inicial de 6 semanas, posiblemente pueda significar que, de forma solapada, se estarían aceptando los objetivos empresariales y el cumplimiento de estos, y, por lo tanto, trascendiendo de un mero sistema de retribución variable a una genuina base de datos del desempeño individual.

De aceptarse esta tesis, se estaría no ya ante una modificación en el sistema de remuneración y cuantía salarial, sino en el propio sistema de trabajo y rendimiento, la cual difícilmente podría no ser considerada como sustancial, al afectar a una materia preferente, ser una medida con alcance temporal indefinido y sin eventuales compensaciones para las personas trabajadoras afectadas (que incluso podrían afrontar consecuencias disciplinarias), debiendo por consiguiente haberse declarado la nulidad de la medida impugnada al no haberse celebrado el periodo de consultas del [artículo 41.4 del ET](#).

## 4. Trascendencia hacia el futuro

En el inestable mundo económico actual se ha vuelto cada vez más común, especialmente entre las grandes empresas, la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, siendo la retribución variable el foco principal de actuación, ya que permite fomentar el rendimiento personal de cada trabajador y trabajadora al ligar parte de su salario a objetivos específicos de la empresa. Por ser la remuneración un elemento central de las relaciones laborales y una materia incluida en el listado del [artículo 41.4 del ET](#), estos cambios suelen comportar una conflictividad que no es infrecuente que tenga cierto recorrido por nuestros tribunales –por todas, [SSTS 849/2019, de 5 de diciembre](#), y [1016/2018, de 4 de diciembre](#)–.

Esta situación es más proclive cuando la consecución, o no, de los objetivos para la retribución variable se hace acompañar de todo un sistema de evaluación del desempeño, donde la necesidad de valorar aspectos objetivos y subjetivos, tanto a nivel individual como en unidades o departamentos concretos, hace que las fórmulas y procedimientos de cálculo vayan aumentando en complejidad; motivo por el cual se está empezando a recurrir de

forma creciente a modernos programas informáticos, la mayoría de las veces desarrollados en países con un marco de relaciones laborales distinto al nuestro, cuando no cuasi antagónico. Estos programas cada vez tienen mayores funcionalidades e ingentes capacidades para manejar grandes cantidades de datos, proponiendo alternativas para una gestión de los recursos humanos más productiva desde el punto de vista de la empresa.

Supuestos como el presentado en la [STS 339/2020, de 14 de mayo](#), muestran cómo un programa informático destinado a un cometido principal concreto puede finalmente ayudar a trascender la fina línea que separa una modificación accidental de una sustancial, debido a lo cual desde la óptica de quienes actúan como operadores jurídicos obliga a prestar más atención a todos los aspectos que pueden verse alterados entre la situación precedente y la nueva, mientras que desde el punto de vista de las empresas tal vez aconseje que, al menos cuando se superen los límites de las modificaciones individuales, se apueste por un proceso de consultas con la representación legal de las personas trabajadoras, en línea con la más moderna gestión democrática empresarial.

## Los imprecisos contornos del derecho al honor

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Civil\) 83/2020, de 5 de febrero](#)

**Natalia Ordóñez Pascua**

*Profesora ayudante doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

**Cristina González Vidales**

*Contratada predoctoral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

### 1. Límites en el ejercicio del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

La importancia que quien legisla ha querido otorgar a la protección del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen implica el despliegue de un régimen de garantías extraordinario que posibilita recabar su tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad –[art. 53.2 Constitución española](#) (CE)–. El problema surge cuando es preciso coheronar la protección de estos derechos con otros –también de carácter fundamental– a los que el ordenamiento jurídico reviste de similar valor, como es el de la libertad de expresión y de difusión de información.

Este hecho cobra –si cabe– mayor relevancia en el momento actual, marcado en todas las facetas y aspectos de las relaciones sociales por las nuevas tecnologías, y en el que la difusión de la información se lleva a cabo de forma más rápida y extensa que la proporcionada por los medios tradicionales.

La resolución de esta colisión –frecuente– entre las libertades de expresión e información y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen precisará de la ponderación de los bienes tutelados, teniendo que analizar cada una de las circunstancias concurrentes, de forma tal que cada caso necesitará de un examen particularizado sin que quepa la aplicación automática de reglas generales.

**Cómo citar:** Ordóñez Pascua, Natalia y González Vidales, Cristina. (2020). Los imprecisos contornos del derecho al honor. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 83/2020, de 5 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 225-231.

No obstante, existen ciertas pautas creadas al amparo jurisprudencial que no cabe desconocer: serán inadmisibles los insultos o las calificaciones claramente difamatorias (Sentencias del Tribunal Constitucional –SSTC– [204/2001, de 15 de octubre](#); [20/2002, de 28 de enero](#); [181/2006, de 19 de junio](#); o [9/2007, de 15 de enero](#)); el cargo u ocupación de la persona afectada será un factor a analizar, por cuanto la exposición pública por razón de profesión supone soportar un grado mayor de crítica o de afectación de la intimidad superior al de cuantas trabajan anónimamente ([STC 101/2003, de 2 de junio](#)); las expresiones o informaciones habrán de contrastarse con los usos sociales del momento, de modo que la expresión utilizada tenga carácter atentatorio del honor o la intimidad en el momento enjuiciado; y, por último, no se desvelarán innecesariamente aspectos de la vida privada o de la intimidad que carezcan de relevancia para la información ([SSTC 185/2002, de 14 de octubre](#), o [127/2003, de 30 de junio](#)).

Sin embargo, más allá de estos aspectos de carácter subjetivo, el TC ha destacado el carácter prevalente de la libertad de información por su capacidad para formar una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático ([SSTC 21/2000, de 31 de enero](#); [9/2007, de 15 de enero](#); y [235/2007, de 7 de noviembre](#)), sin que ello suponga la ausencia de ponderación de otros factores como la presunción de inocencia ([STC 219/1992, de 3 de diciembre](#)) que supongan la primacía de la intimidad, honor o propia imagen sobre las libertades de expresión o, en particular, de información ([SSTC 112/2000, de 5 de mayo](#); [158/2003, de 15 de septiembre](#); o [69/2006, de 13 de marzo](#)).

## 2. Antecedentes de hecho y pretensiones del demandante

La cuestión controvertida tiene cabida en los artículos [18.1](#) y [20.1 a\) y d\)](#) de la CE; preceptos en los que encuentran abrigo el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones a través de cualquier medio de comunicación o reproducción y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz; derechos cuyo ejercicio encuentra su límite en lo preceptuado en el [artículo 20.4](#) de la norma suprema, según el cual es preciso respetar los derechos fundamentales previstos en el [título I de la CE](#) y cuantos establezcan las leyes que los desarrollan que, por cuanto aquí importa, son los recogidos en la [Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo](#), de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La presencia de estos conceptos jurídicos indeterminados supone superior dificultad en orden a aquilatar el hecho lesivo siendo necesaria la intervención judicial en la resolución del caso ([SSTC 297/2000, de 11 de diciembre](#), y [180/1999, de 11 de octubre](#)).

La [sentencia analizada](#) viene a poner fin al camino iniciado por el demandante –magistrado en A Coruña– en el 2016 contra un medio de prensa escrita –*La Voz de Galicia*– y un representante sindical poseedor de un blog personal –dirigente sindical del ramo de la Administración de justicia–, con la pretensión de obtener la declaración de la intromisión ilegítima

en su honor personal y profesional a causa de la publicación años atrás de una serie de noticias, de cuyo contenido se hizo eco el blog de internet del demandado.

Los hechos que suscitan esta demanda se produjeron entre los años 2002, 2003 y 2004, y consistieron en la publicación, divulgación y conservación en internet de varias noticias relacionadas con un expediente disciplinario abierto contra el demandante por acoso moral y que fue objeto de sanción, anulada años después y cuyos títulos rezaban: «Funcionarios de justicia de A Coruña se manifestaron contra un juez al que acusan de acoso moral», de 3 de octubre de 2002; «El juez coruñés investigado por acoso se enfrenta a una multa de 6.000 €», de 17 de diciembre de 2003; «CC. OO. estudia querrellarse contra el juez por vía penal», de 17 de abril de 2004, en estas dos últimas noticias se incluía la imagen gráfica del demandante.

El supuesto llega al Tribunal Supremo (TS) tras su desestimación en primera instancia y por la Audiencia Provincial, en ambos casos por entender el ejercicio legítimo de los demandados del derecho a la libertad de información, ya que se trataba de una información de relevancia pública y de probada existencia.

El magistrado, sin embargo, ve lesionados sus derechos al honor e intimidad por cuanto han sido divulgadas unas noticias que ensombrecen su reputación y que a la postre no han sido rectificadas, ligando su imagen a la mencionada información; hecho que cobra mayor gravedad por el actual uso generalizado de internet el cual permite intensificar la difusión y perpetuar las noticias en la red. Entiende, así, que existe una inadecuada ponderación entre daño personal causado y la tasación de elementos esenciales como son la necesidad de la veracidad de la noticia, el contraste informativo, la calidad de los datos aportados y el derecho al olvido; pretendiendo el resarcimiento mediante –además de unas cantidades indemnizatorias– la rectificación del contenido de las informaciones por los mismos medios en los que fueron difundidas para lograr la «restitución» del daño causado.

### 3. Ponderación de derechos fundamentales: claves de la posición judicial

El TS conviene en desestimar –de nuevo– las pretensiones del actor, sustentando su razonamiento en cuestiones reiterativas de aquellas, fruto de las instancias precedentes, y cuyo contenido es preciso analizar de forma sintética.

La primera cuestión objeto de tratamiento versa sobre el derecho a la veracidad de la información, reconocido en el [artículo 20.1 d\)](#) de nuestro texto constitucional, que despliega sus efectos tanto hacia la recepción de contenidos como a la emisión de los mismos y que encuentra amparo en las garantías constitucionales antes mencionadas. Sin embargo, en el supuesto enjuiciado, la cuestión trasciende de la mera veracidad de la información; no se trata de determinar si el contenido es o no cierto, ya que en ningún caso el demandante refiere que la información sea falsa, sino del propio ejercicio del derecho a informar.

El Alto Tribunal, acertadamente, otorga primacía al derecho a informar por cuanto los demandados se han limitado a reflejar una situación concreta que se está produciendo y este acto no supone la vulneración de ningún derecho de una tercera persona en tanto en la noticia no se aprecian hechos subjetivos de ninguna índole ni emisión de juicios de valor sobre la figura del demandante, sino que la información consiste en la mera descripción de unos hechos que están sucediendo en un momento determinado. El hecho de que existan acontecimientos posteriores relacionados con la noticia en cuestión no supone que los pasados no hayan ocurrido de la manera descrita. No cabe, por tanto, restitución alguna, ya que la absolución del demandante –tras una primera resolución sancionatoria– no influye en modo alguno en la veracidad de los hechos.

Este es el caso del titular periodístico «Funcionarios de justicia de A Coruña se manifestaron contra un juez al que acusan de acoso moral», que no desciende a llevar a cabo valoración alguna de la situación acontecida, o del que anuncia la intención del sindicato bajo el titular «CC. OO. estudia querellarse contra el juez por vía penal». En ambos casos se ejerce un derecho de información de carácter objetivo y descriptivo, dando a la información un tratamiento veraz sin que exista descalificación personal alguna. Así, el TS concluye que la información emitida por el periódico es cierta y, además, es considerada de interés informativo al ser el actor una figura de relevancia pública y este tipo de informaciones –veraces y de interés público– encuentran amparo en las libertades de expresión e información.

Cuestión distinta es la emisión de la imagen del magistrado junto al texto de la información, constituyendo otro caso de ponderación de derechos fundamentales entre la intimidad personal, familiar y la propia imagen y la libertad de información de un medio de comunicación, si bien en el supuesto enjuiciado el TS deja al margen esta cuestión por entender que es irrelevante en un proceso no sustanciado en la protección del derecho a la propia imagen. En todo caso, un pequeño apunte en este sentido supone traer a colación la Sentencia del TS (STS) (Sala de lo Civil) 91/2017, de 15 de febrero, en la cual no se cuestiona la veracidad de la información emitida por un medio, sino la forma de obtención de la fotografía –lícita o ilícitamente– y si vulnera o no en tal sentido el derecho a la intimidad y a la propia imagen, concluyendo la sentencia que:

[...] el ejercicio [...] del derecho a la libertad de información no legitima la publicación no consentida de la imagen [...], en un ámbito ajeno a aquel en el que sucedieron los hechos, pues no fue tomada en el lugar de los hechos con ocasión del suceso (lo que, de alguna forma, entroncaría con la narración, en este caso gráfica, de los hechos en el ejercicio de la libertad de información).

Por cuanto hace al pretendido ejercicio del derecho al olvido digital, no cabe desconocer la dificultad que este hecho entraña; no en vano, nuestro ordenamiento entiende, en virtud del principio de responsabilidad civil por culpa, que todos aquellos perjuicios ilegítimos ocasionados por la difusión ausente de consentimiento o de manera ilegítima de los datos personales, ya sea por culpa o negligencia, deberán ser reparados, constituyendo

la indemnización la opción más extendida en aquellos casos en los que se produce un daño en el honor e intimidad de la persona afectada –como el caso objeto de comentario–, cuando la difusión de datos personales o información se lleva a cabo de manera inexacta o no pertinente.

Como figura jurídica, el «derecho al olvido» presenta similitudes con la ya antigua fórmula de la cancelación de antecedentes penales, según la cual, transcurrido un determinado periodo de tiempo, se «borran» aquellos hechos negativos del pasado de una persona cuyo conocimiento puede suponer hipotecar tanto su presente como condicionar su futuro, reconociendo las normas de manera implícita un derecho a equivocarse y empezar de nuevo. En el actual panorama digital donde las técnicas permiten un mayor y mejor control sobre las personas y sus datos personales, debería ser posible reforzar la guarda de este derecho; sin embargo, paradójicamente, es más complejo ejercer con eficacia los derechos de cancelación en el contexto tecnológico por cuanto combina la perfecta memoria digital con el efecto multiplicador de la información ejercido por los motores de búsqueda que operan en internet.

La pretensión del magistrado en este sentido supone la exigencia de retirar la información de la hemeroteca del periódico y del blog del representante sindical, por cuanto entiende que no se han hecho eco ni dado publicidad a actos posteriores –concretamente la anulación de la sanción impuesta– y, por tanto, existe inexactitud en los datos aportados. Es aquí donde entran en juego los conceptos de «calidad de los datos» y el «derecho al olvido en internet».

Respecto de la «calidad de los datos» cabe concluir que los contenidos en la información son ciertos y que a la postre no se hayan sustituido no los hace en modo alguno inveraces, por cuanto en ellos en ningún momento se afirma la existencia de sanción contra el magistrado; por lo tanto, no es procedente referir la anulación de la sanción impuesta en su día.

Mayor complejidad presenta hacer efectivo el «derecho al olvido en internet», por cuanto si bien la retirada de la información corresponde a los demandados, las referencias al demandante continúan activas en los motores de búsqueda de internet. La sentencia afirma que se ha producido la retirada del blog del representante sindical del enlace a la información, así como la eliminación del contenido de la hemeroteca digital del periódico; acciones para las cuales están legitimados los demandados sin poder llegar más allá respecto a esta cuestión.

Sin embargo, eliminar el «rastros» del magistrado de la red implica la necesidad de una acción del propio interesado en este sentido. Los motores de búsqueda de internet –Google, Baidu, Bing, Yahoo, Yandex, Ask...– están constituidos por sistemas informáticos que analizan datos en la web y generan resultados a partir de una palabra clave, ordenando los resultados con base en la importancia que un algoritmo les otorga. Pese a que la información no está activa, para hacer efectiva la retirada de los datos del actor

del motor de búsqueda es preciso contactar con quien ostente la propiedad del sitio web que haya publicado la información. La acción, así, debería ejercitarse contra una tercera posible persona demandada donde se aloja la web que referencia los datos. Por tanto, en este supuesto no estaría justificada una declaración sobre la vulneración del derecho de protección de datos en tanto no ha sido solicitada previamente la cancelación, haciendo, de nuevo, prevaler la libertad de prensa sobre los datos personales (STS, Sala de lo Civil, 397/2019, de 5 de julio).

#### 4. Trascendencia de la decisión judicial: más allá del caso concreto

La [sentencia del Alto Tribunal](#) plantea un interesante examen respecto de las relaciones producidas al hilo del ejercicio del derecho fundamental al honor y las libertades fundamentales de expresión e información en un marcado escenario tecnológico.

El caso concreto objeto de comentario muestra la dificultad para trazar los límites entre el derecho al honor y la libertad de expresión e información, cuando los hechos –ciertos y veraces– contenidos en una información son además de interés público. Así, la correcta ponderación de la posible lesión al honor deberá tener en consideración los valores y las normas sociales vigentes en cada momento, disponiendo los órganos judiciales de un margen de apreciación para cada caso concreto (SSTC [185/1989, de 13 de noviembre](#); [180/1999, de 11 de octubre](#); [112/2000, de 5 de mayo](#); o [49/2001, de 26 de febrero](#)).

Por cuanto hace al derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos y la libertad de comunicar información veraz, *a priori* cuentan con el mismo grado de protección que el derecho al honor, sin que pueda suponer su vulneración un tratamiento peyorativo. Ahora bien, los límites de ambos conceptos jurídicos –derecho al honor y la libertad de información– deberán ser fijados en torno a la veracidad de los hechos divulgados, es decir, solo se protegerán aquellas informaciones que se basen en hechos ciertos (SSTC [76/2002, de 8 de abril](#); [158/2003, de 15 de septiembre](#); [54/2004, de 15 de abril](#); [53/2006, de 27 de febrero](#); y [139/2007, de 4 de junio](#)).

El problema surge cuando se conjugan en una misma noticia los hechos acontecidos con opiniones vertidas sobre los mismos, estableciendo en este punto la doctrina el momento en el cual debe separarse la opinión de la información, y solamente en el supuesto de no poder proceder a esta diferenciación cabrá recurrir al denominado «elemento preponderante», correspondiendo al tribunal valorar si del texto se desprende un mayor interés informativo o valorativo; así, en el supuesto de atender exclusivamente a un interés meramente valorativo, sería posible apreciar una vulneración del derecho al honor (SSTC [105/1990, de 6 de junio](#); [172/1990, de 12 de noviembre](#); [297/2000, de 1 de diciembre](#); y [278/2005, de 7 de noviembre](#)).

Por otra parte, la libertad de comunicación de información prevalecería frente al derecho al honor, a fin de garantizar «la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático» (SSTC [134/1999, de 15 de julio](#), o [154/1999, de 14 de septiembre](#)). La relación de preferencia se refuerza –como es el caso– cuando esta es ejercida por profesionales de la información a través de la institución de la prensa (SSTC [105/1990, de 6 de junio](#); [154/1999, de 14 de septiembre](#); [52/2002, de 25 de febrero](#); y [29/2009, de 26 de enero](#)) y atinente a cuestiones relativas al interés general y público, «en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales», debiendo diferenciarse de la pura curiosidad ajena que no encuentra amparo en este derecho (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [1991/51, Observer y Guardian](#); [2004/36, Plon, Von Hannover y Alemania](#); SSTC [143/1999, de 22 de julio](#); [115/2000, de 5 de mayo](#); y [127/2003, de 30 de junio](#)).

Finalmente, cabe hacer referencia a la alusión al novísimo derecho al «olvido digital» en relación con la libertad de información y el derecho a la intimidad, concretamente con la conservación de datos en internet y noticias en la hemeroteca web de diarios y revistas digitales y la tensión o conflicto entre sendos derechos.

Por un lado, el TS ha precisado que el derecho a la protección de datos, al ser su objeto más amplio que el del derecho fundamental a la intimidad, extiende su protección a cualquier tipo de dato personal íntimo o no, cuando de este se pueda desprender la identidad de la persona, así este otorga a la persona interesada el control de sus datos personales, pudiendo ejercitar el derecho aun cuando no exista vulneración del derecho a la intimidad (STS, Sala de lo Civil, [483/2020, de 22 de septiembre](#)).

De otro, el TS es consciente del enorme esfuerzo que supone anonimizar las hemerotecas haciendo parte a las personas interesadas en el proceso de adopción de medidas destinadas a eliminarlas (STS, Sala de lo Civil, [397/2019, de 5 de julio](#)). Así, el ejercicio del mentado derecho supone tener en cuenta varias cuestiones: la primera, que quien lo solicite deberá ser persona anónima, ya que «el interés en formarse una opinión fundada sobre asuntos con trascendencia para el funcionamiento de una sociedad democrática» prima sobre el derecho al olvido (STS, Sala de lo Civil, [545/2015, de 15 de octubre](#); o Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de [13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, caso Google](#)); la segunda, los datos a eliminar no pueden ser de interés histórico (SSTS, Sala de lo Civil, [545/2015, de 15 de octubre](#), o [210/2016, de 5 de abril](#)); la tercera, la publicación tiene que causar un daño desproporcionado a las personas afectadas, debiendo darse dos elementos simultáneamente: existencia de un daño y que este sea desproporcionado (SSTS, Sala de lo Civil, [545/2015, de 15 de octubre](#), o [210/2016, de 5 de abril](#)) y que los datos estén indexados, esto es, susceptibles de ser encontrados a través tanto de motores de búsqueda en internet como en la propia hemeroteca (SSTS, Sala de lo Civil, [545/2015, de 15 de octubre](#), o [210/2016, de 5 de abril](#)).



## El teletrabajo en la Administración General del Estado: desafíos, beneficios y oportunidades

**Elena Tordesillas Escudero**

*Jefa del Servicio de Retribuciones del  
Servicio Público de Empleo Estatal*

**Guillermo Díaz Martínez**

*Técnico del Servicio de Gestión de Recursos Humanos del  
Servicio Público de Empleo Estatal*

Este trabajo ha obtenido un accésit del **Premio Estudios Financieros 2020** en la modalidad de **Recursos Humanos**.

El jurado ha estado compuesto por: don Manuel Fernández Ríos, doña Eva Cifre Gallego, don Antonio Ortega Parra, doña Vanesa Pérez Torres, don José Ramos López, don Alfredo Rodríguez Muñoz y doña Raquel Sanz Valle.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

### Extracto

El teletrabajo o trabajo a distancia ha significado una auténtica revolución a la hora de gestionar recursos humanos en el siglo XXI. El desdibujamiento del concepto de «centro de trabajo» que ha traído la incorporación masiva de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) no debe ser obviado por organizaciones como las Administraciones públicas, prestadoras de un gran volumen de servicios públicos y empleadoras principales en nuestro país, más en un contexto en el que la llegada de la COVID-19 ha significado la no asistencia del personal empleado público a sus centros de trabajo. El presente estudio pretende realizar un análisis del teletrabajo en la Administración General del Estado, partiendo de la situación regulatoria actual para posteriormente incidir en los posibles desafíos, beneficios y oportunidades para su implantación generalizada.

**Palabras clave:** teletrabajo; Administración General del Estado; personal empleado público.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

**Cómo citar:** Tordesillas Escudero, Elena y Díaz Martínez, Guillermo. (2020). El teletrabajo en la Administración General del Estado: desafíos, beneficios y oportunidades. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 233-258.



# Teleworking in Spanish Central Administration: challenges, benefits and opportunities

Elena Tordesillas Escudero

Guillermo Díaz Martínez

## Abstract

Teleworking or remote work has signified a real revolution when it comes to managing human resources in the 21st century. The blurred concept of «place of working», created by the use of new technologies, cannot be denied by organizations such as Public Administrations. They provide a huge volume of public services and primary employees in our country, even more in a context where the COVID-19 has allowed the absence of public employees to their workplace. This essay pretends to make an analysis of teleworking in Spanish Central Administration, based on the current situation and then it explains the possible challenges, benefits and opportunities for its general implementation.

**Keywords:** teleworking; Spanish Central Administration; public employees.

**Citation:** Tordesillas Escudero, Elena y Díaz Martínez, Guillermo. (2020). Teleworking in Spanish Central Administration: challenges, benefits and opportunities. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 233-258.





## Sumario

1. Introducción
2. Marco jurídico del teletrabajo en la AGE y estado de la cuestión
  - 2.1. El marco básico: la Orden APU/1981/2006
  - 2.2. Los avances normativos desde 2006 hasta 2020
  - 2.3. La situación actual hasta la llegada de la COVID-19. Experiencias
3. Desafíos que supone la implantación del teletrabajo en la AGE
  - 3.1. El desafío de la adopción generalizada del teletrabajo
  - 3.2. El desafío del cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene y control en el teletrabajo
  - 3.3. El desafío del control del teletrabajo y el derecho a la desconexión digital
  - 3.4. El desafío de la brecha digital en el teletrabajo
4. Efectos beneficiosos del teletrabajo
  - 4.1. Conciliación con la vida familiar
  - 4.2. Desarrollo sostenible y medioambiente
  - 4.3. Posibles repercusiones en la España vaciada
5. Conclusiones: una oportunidad para la regulación del teletrabajo en la AGE

Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

En primer lugar, el origen del teletrabajo se remonta a los años setenta tras la crisis del petróleo, término que fue acuñado por el físico Jack Nilles, quien, teniendo en cuenta la escasez de esta energía no renovable, afirmó que «si uno de cada siete trabajadores urbanos no tuviera que desplazarse a su sitio de trabajo, Estados Unidos no tendría la necesidad de importar petróleo» (Pérez Sánchez, 2010). Atendiendo a su significado, se pueden encontrar varias definiciones: desde la que realiza la Real Academia Española, como «trabajo que se realiza desde un lugar fuera de la empresa utilizando las redes de telecomunicación para cumplir con las cargas laborales asignadas»; hasta la que establece el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que lo concreta en:

[...] una particular forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que se persigue, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar (Selma Lajarín, 2015).

En la actualidad, la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 ha obligado al mercado laboral a reinventarse y buscar nuevas formas de desarrollar las actividades profesionales, en aras de fomentar el confinamiento y evitar la expansión del virus. Ante esta situación, las empresas que llevan a cabo funciones susceptibles de ejecutarse fuera del lugar habitual de trabajo y a través de medios telemáticos se han visto envueltas en una carrera contrarreloj para encontrar la manera de asignar este tipo de trabajo. En el ámbito privado, en el año 2019, esta modalidad solo es llevada a cabo por un 3 % de las personas trabajadoras en España, a la cola de lo que sucede en el ámbito europeo con tasas del 25 % en países como Suecia o Reino Unido, pese a que el 27 % de empresas españolas tiene voluntad de implantarlo (Zuil, 2019).

Asimismo, cabe destacar la importancia del impacto que pueda tener el teletrabajo del personal público en el desarrollo laboral, económico y social en el país, ya que algo más de medio millón de personas trabajan actualmente para la Administración del Estado (Portillo Caurce, 2020). En total, la población ocupada en España en el último trimestre de 2019 está representada por 19.966.900 personas, según el informe elaborado por la Subdirección General de Estadística y Análisis Sociolaboral (Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020). Con estos datos podemos afirmar que en torno al 2,5 % de la población empleada en este país pertenece a la Administración estatal.

Ante esta situación y con estos datos, la Administración General del Estado (AGE) debe prepararse para los cambios sociales y situaciones sobrevenidas que puedan tener lugar, sin dejar de prestar el servicio público para el que está encomendada y salvaguardando a su vez los derechos de las personas empleadas públicas. Por ello, es importante llevar a cabo un análisis de la normativa que se ha desarrollado en torno al teletrabajo y localizar las carencias que existen en este ámbito, para saber con qué garantías puede desarrollar la Administración estatal algunas actividades y dictar instrucciones que obliguen a su personal.

Inevitablemente, un personal público envejecido, al igual que lo está la sociedad, y las limitaciones en los recursos provocan que la AGE se encuentre ante una serie de obstáculos que es necesario sortear para que pueda fructificar esta modalidad de trabajo. Además, no solo una situación de crisis es el único argumento para fomentar el teletrabajo, sino que también está vinculado, presumiblemente, a una serie de efectos beneficiosos para todos los agentes implicados en el mercado laboral, incluyendo también nuestro medioambiente.

## 2. Marco jurídico del teletrabajo en la AGE y estado de la cuestión

### 2.1. El marco básico: la Orden APU/1981/2006

La reforma del artículo 13 del 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), en el que desde 2012 se reconoce la figura del teletrabajo, no ha encontrado su correspondencia en el ámbito público.

Así, mientras que en el citado artículo se pueden observar unas reglas básicas (no obligatoriedad de que el trabajo sea en el domicilio de la persona que teletrabaja, pudiendo elegirse otro lugar, igualdad de derechos con las personas trabajadoras presenciales u obligatoriedad de cumplir con las prescripciones en materia de prevención de riesgos laborales) a partir de las cuales se deben construir estas nuevas relaciones laborales, en la AGE este «esqueleto básico» brilla por su ausencia.

Esta ausencia de una regulación general, fundamentada primero en el fracaso del Real Decreto de teletrabajo en la AGE del año 2007 y después en la inactividad de los sucesivos Gobiernos hasta la fecha, hace que el marco jurídico del teletrabajo en la Administración estatal esté compuesto únicamente por iniciativas aisladas de determinados ministerios u organismos públicos, a diferencia de la extensa y sistemática regulación que existe en un buen número de comunidades autónomas.

Centrándonos en la AGE, ante las ausencias anteriormente expuestas, debemos citar la única norma que hace un amago de regular el teletrabajo de forma sistémica y homogénea

y que hoy constituye el marco jurídico en el que debe apoyarse cualquier plan de teletrabajo en la Administración estatal. Así, el primer paso y único hasta la fecha a nivel general, insistimos, se dio con la aprobación y publicación de la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales.

La citada orden ministerial, partiendo de la habilitación que suponen el Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo de 2002 y el Plan Concilia de 2005, se propone como objetivo posibilitar la puesta en marcha de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales u organismos públicos, eso sí, siempre bajo el requisito de voluntariedad en la prestación de servicios mediante esta modalidad (Villalba Sánchez, 2017, p. 221).

En cuanto a la definición del término que la orden ofrece, es necesario hacer un recorrido por sus notas básicas. En primer lugar, la orden establece que la prestación mediante teletrabajo únicamente será válida en parte de la jornada laboral, desterrando sobre el momento los conceptos de oficina 100 % digital que la regulación que se hace en el artículo 13 del ET no impide y que la Estrategia TIC de 2015 pone como línea de acción en materia de modernización de la AGE. En segundo lugar, el teletrabajo debe realizarse desde el propio domicilio de la persona empleada pública, lo que supone limitar el trabajo a una de sus modalidades: el denominado «teletrabajo a domicilio» (Sierra Benítez, 2011, p. 130). En último lugar, el teletrabajo deberá hacerse en el marco de la política de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas empleadas públicas, lo que no se limita al adecuado equilibrio entre responsabilidades familiares y laborales de las mismas, sino que amplía el abanico al derecho a equilibrar el tiempo de trabajo con circunstancias tales como el libre desarrollo de la personalidad o el adecuado disfrute del ocio y tiempo libre. Sin embargo, probablemente por la fecha de la norma, no se manejó un concepto más amplio del marco justificador del teletrabajo, ya que, en la actualidad, parece indudable aludir, además de a la conciliación, a circunstancias tales como el alivio del medioambiente producido por la reducción del número de desplazamientos o incluso a los ahorros en materia patrimonial que este puede suponer para la AGE, al no tener que disponer del mismo espacio si una parte importante de la plantilla presta servicios fuera de la oficina.

Continuando con el análisis de la norma, si hablamos del contenido de los programas piloto que la misma habilita a desarrollar, nos encontramos con condicionantes de la participación de personas empleadas públicas que son dignos de mención. Así, se prohíbe la inclusión de aquellos puestos que requieran contactos personales frecuentes o atención directa al público, lo que parece, en el primero de los casos, un concepto indeterminado, más aún cuando la propia definición de teletrabajo que analizábamos anteriormente ya habla de la necesidad de que el teletrabajo sea parcial (Villalba Sánchez, 2017, p. 221). Por otro lado, se establece como requisito para participar en los programas piloto el tener conocimientos suficientes en ofimática, entendidos estos como «los mínimos para iniciar y mantener las comunicaciones telemáticas imprescindibles para el cumplimiento de las tareas y los objetivos encomendados» (Ministerio de Administraciones Públicas, 2006).

Así, puede existir un cierto riesgo de favorecer la brecha digital entre personas empleadas públicas en vez de intentar limitarla mediante la oferta de la formación necesaria en la materia. Más aún cuando la formación, conforme al texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, constituye un deber, pero también un derecho de las personas empleadas públicas. No olvidemos, al hilo de lo expuesto, que la plantilla de la AGE es una plantilla envejecida, pues conforme a los datos extraídos del Boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones públicas, a julio de 2019 (Ministerio de Política Territorial y Función Pública, 2019), un 60,63 % del personal al servicio de ministerios, organismos autónomos y agencias estatales tiene más de 50 años, siendo especialmente flagrante la cifra en el caso de los organismos autónomos, al alcanzar el 72,78 %. Sin ánimo de generalizaciones, las cifras nos dicen que existe una probabilidad grande de que un buen número de efectivos, fruto de su edad, no cuente con competencias digitales necesarias para el teletrabajo, lo que hace que el establecimiento del requisito de «conocimientos suficientes en ofimática» pueda poner en peligro su participación en estos programas. Es más, en los resultados de la investigación sobre los programas piloto llevados a cabo en el Ministerio de Administraciones Públicas entre 2005 y 2007 se observa que únicamente un 20 % de las personas participantes en los mismos tenía más de 50 años (Álvarez Ruiz *et al.*, 2007, p. 59), lo que puede deberse a esta limitación o a una autopercepción de falta de capacidades digitales para el teletrabajo que favorece la ausencia de garantía de formación en este punto, además de la preferencia, en última instancia, por aquellas personas candidatas con cargas familiares o problemas de conciliación objetivos (Ministerio de Administraciones Públicas, 2006).

Por último, la Orden de 2006 se refiere a la no aplicación de la entonces vigente instrucción de jornada y horarios de 2005, pasando a determinarse el horario contenido en el propio programa de teletrabajo.

## 2.2. Los avances normativos desde 2006 hasta 2020

Una vez analizada la Orden de 2006, los siguientes avances jurídicos en la regulación del teletrabajo en la AGE se dan en el año 2007. Por un lado, encontramos la disposición final sexta de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, la cual dispone un mandato a los entonces Ministerios de Administraciones Públicas, Economía y Hacienda, de Industria, Turismo y Comercio y de Trabajo y Asuntos Sociales para que antes del 1 de marzo de 2008 elaborasen una regulación de la figura.

Así, sobre esta base se elabora el malogrado proyecto de real decreto por el que se regula el teletrabajo en la AGE. El citado proyecto fue sometido al Consejo Económico y Social en marzo de 2007, que mediante el Dictamen 4/2007 hizo ver ciertas deficiencias en

el proyecto tales como la falta de congruencia en las ventajas enunciadas o la falta de una aproximación estimativa de la repercusión de la medida en el gasto público, además de reflejarse que el momento de someter a consulta el proyecto debía ser uno posterior al de efectuar la negociación y consulta con los interlocutores sociales (Córdova Garrido, 2007).

Una vez subsanadas las deficiencias anteriormente citadas y pese al anuncio por el entonces ministro Jordi Sevilla de su aprobación en Consejo de Ministros en la primavera-verano de aquel ya lejano 2007, el real decreto jamás fue aprobado, dejando a la Orden de 2006 como única referencia en la materia a nivel de la AGE.

El siguiente hito hay que situarlo ya en la siguiente década, toda vez que al amparo del informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) de 2012, así como en las recomendaciones del Consejo sobre el Programa Nacional de Reformas de España de 2012, se recomienda la regulación del trabajo a distancia en las Administraciones públicas. Así, mientras que en un buen número de autonomías la asunción de esta regulación estaba finalizada o en fase final de elaboración –valgan los ejemplos del decreto castellanoleonés de teletrabajo de 2012, el decreto vasco del mismo año o los balear, gallego, castellanomanchego y riojano de 2013 (Villalba Sánchez, 2017, pp. 223-224)–, en la AGE únicamente podemos citar el Plan de Transformación Digital de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos 2015-2020, conocido como «Estrategia TIC», que en su segunda línea de acción aboga por desarrollar el puesto de trabajo digital. Conforme a este objetivo, la Estrategia TIC propone:

[...] que por parte de la Administración se provea tanto de los medios materiales necesarios para el desarrollo de este objetivo mediante la aplicación de nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, como de un marco que establezca las condiciones que permitan establecer en su caso las nuevas modalidades de jornada, que impliquen una mayor flexibilidad en los horarios de trabajo, posibilitando en última instancia que los empleados y empleadas de una organización puedan desarrollar total o parcialmente su jornada laboral desde un lugar distinto al de su centro de trabajo (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2015, p. 31),

abogando por medidas concretas tales como la provisión de medios electrónicos adecuados, el establecimiento de un marco de especialidades de la jornada, establecimiento de objetivos y seguimiento del desempeño o la necesidad de elaboración de una guía o manual de implantación de puesto de trabajo digital en la AGE.

Como se puede observar, la gran innovación de las propuestas de la Estrategia TIC, seguramente influenciadas por la nueva regulación del teletrabajo en el ET, es que ya se reconoce un concepto de teletrabajo que se puede desarrollar fuera del domicilio, al hablar de «un lugar distinto al centro de trabajo», así como su necesaria vinculación a la otra gran cuestión aún por regular en la normativa estatal: la evaluación del desempeño. Sin embargo,

el resto de las cuestiones ya se encontraban en la regulación preexistente, toda vez que la necesidad de elaboración de una guía o manual se cumplió en ese septiembre de 2006, con la publicación del Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado, estableciéndose en ese manual la necesidad de que fuese la propia Administración la que proporcionase al personal público los medios necesarios para el teletrabajo.

## 2.3. La situación actual hasta la llegada de la COVID-19. Experiencias

Con este marco normativo llegamos al momento actual, donde la ausencia de legislación o lo raquítico de la misma han llevado a dos consecuencias fundamentalmente: por una parte, la ausencia de regulación en la gran mayoría de ministerios y organismos vinculados o dependientes, destacando entre los pocos planes de teletrabajo existentes los del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, la Dirección General de Tráfico (DGT) o la Agencia Estatal de Cooperación Internacional al Desarrollo (AECID), así como el proyecto piloto de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), paralizado por falta de negociación con los sindicatos (Del Val, 2020).

Por otra parte, esta situación deriva en la «libertad» que siguen aquellos que lo regulan, pues del análisis de las normas que regulan el teletrabajo en la DGT, la AEMPS, así como la propuesta de norma que va a aprobar próximamente el Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), podemos extraer una serie de consecuencias en este sentido.

## 3. Desafíos que supone la implantación del teletrabajo en la AGE

Sin ninguna duda, no es posible hablar de teletrabajo en la AGE a nivel generalizado sin detenernos un tiempo en los desafíos que la adopción de esta modalidad de trabajo puede implicar.

### 3.1. El desafío de la adopción generalizada del teletrabajo

En primer lugar, tenemos que plantearnos el desafío más genérico que existe en este campo, reto que no es otro que el pasar de unos cuantos proyectos piloto en determinados ministerios u organismos públicos al de tener a una parte importante de la plantilla pública trabajando a distancia, por lo menos algún día de su jornada semanal.

En este punto, hay que recordar que según las cifras manejadas por los sindicatos en encuestas como la realizada por CSIF y ARHOE en 2018 a un total de 8.400 personas trabajadoras públicas de la AGE, un 85 % de las encuestadas se acogería a esta modalidad de trabajo de tener esta opción (Olías, 2018). Esto significa que, si hacemos una proyección con todas las cautelas posibles, por supuesto, estaríamos partiendo de una disposición muy favorable del conjunto de personas empleadas públicas de la AGE hacia la medida.

Esta previsión de incorporación cuasi masiva de la que habría que partir lleva a plantear una cuestión, teniendo en cuenta esas potenciales cifras de disposición al mismo, ¿es factible implantar el teletrabajo generalizado en la AGE?

La realidad hace que hoy respondamos rotundamente a una cuestión a la que hace unos meses habría que responder por lo menos de forma prudente, cuando no con muchas reservas. Y es que el estado de alarma provocado por la crisis de la COVID-19 y las sucesivas resoluciones del secretario general de la Función Pública y las diferentes subsecretarías de los departamentos han articulado la posibilidad del teletrabajo a unos niveles jamás vistos en la AGE. Así, según los datos proporcionados por la Dirección General de la Función Pública a los agentes sociales, a 3 de abril de 2020 un 66,8 % de las personas empleadas públicas en activo se encontraba prestando servicios bajo la modalidad del trabajo a distancia (Del Val, 2020). Si acudimos a datos pormenorizados, hay que destacar casos como el del Ministerio de Igualdad, que cuenta con el 100 % de su personal teletrabajando o el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, el cual afirma que, de una plantilla de 463 efectivos, a principios de 2020 únicamente teletrabajan en torno a 20 personas, es decir, ni siquiera un 5 % de los mismos, pasando ese porcentaje al 76 % a finales de abril de 2020 (353 efectivos trabajando a distancia). No obstante, si bien la mayoría de los datos apoyan la factibilidad de la implantación generalizada –y rápida– del teletrabajo en la AGE, la situación es diferente en otros organismos, como, por ejemplo, ocurre en las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, donde según los datos proporcionados por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones únicamente un 6 % estaría trabajando de forma presencial y un 26 % tendría licencias para teletrabajar, lo que llevaría a que un 70 % de los efectivos no puedan trabajar en ninguna modalidad durante la actual situación extraordinaria (Pérez, 2020).

En definitiva, parece que, pese a las disfunciones de una implantación rápida e improvisada del teletrabajo en la AGE, los datos nos dicen que en una situación ordinaria es perfectamente posible su implantación a gran escala.

### 3.2. El desafío del cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene y control en el teletrabajo

Si bien parece que las conclusiones del epígrafe anterior son positivas, no debemos quedarnos en el reto que supone la implantación generalizada del teletrabajo como tal, sino que

tenemos que preguntarnos en qué condiciones debe darse este en una situación ordinaria. Y es que, de la lectura de las resoluciones de los organismos que ya tenían implantada esta modalidad, observamos que hay una clara traslación de la empresa a la persona trabajadora en lo que se refiere a las medidas de seguridad e higiene. El Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado de 2006 dispone, por su parte, que «deberá de verificarse si el domicilio desde donde vaya a realizarse el teletrabajo cumple con los requisitos de protección de la salud y la seguridad profesional», detallando en su anexo I dos tipos de actuaciones que permitirían cumplir con lo establecido en la actual normativa europea de prevención y la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL). Partiendo del hecho de que la normativa española y europea de prevención debe conjugarse con la protección al máximo nivel normativo de la inviolabilidad del domicilio, como reconoce el artículo 18.2 de la Constitución española (CE) de 1978, el Manual de 2006 ofrece dos posibilidades. La primera consiste en que, tras haber recibido un curso de formación por parte del servicio de prevención, el efectivo debe comprobar de forma autónoma su puesto de trabajo y adoptar las medidas preventivas adecuadas, si bien podrá contactar con el servicio de prevención para resolver las dudas que tenga. Por otro lado, la alternativa consiste en que el trabajador o la trabajadora autorice al servicio de prevención a que evalúe el puesto de trabajo presencialmente y adopte las medidas preventivas adecuadas.

Analizando las pocas instrucciones vigentes en esta materia, hay que decir que, mientras que instrucciones como la de la AEMPS hablan de la obligación de la persona que teletrabaja de ofrecer un entorno «adecuado» de trabajo sin ofrecer más detalles, las de la DGT o el CIEMAT imponen como requisito la firma de una declaración responsable de la persona que se acoge a estos programas, declaración en la que deberá responder si cumple o no las medidas que el servicio de prevención le propone a nivel general.

Así, parece que el principal reto que se enfrenta en esta materia no es otro que ofrecer las máximas garantías en materia de seguridad e higiene a la persona trabajadora que opta por la modalidad de trabajo a distancia. La traslación *de facto* a esta de la responsabilidad de cumplir con las normas de seguridad e higiene que la normativa impone parece difícil de conciliar con el deber que el artículo 14.1 de la LPRL impone a la empresa y, en concreto, a las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio. El citado artículo descarga también sobre la empresa no solo la obligación de realizar la acción preventiva, sino también el deber de encargarse de adoptar cuantas medidas sean necesarias para corregir las situaciones de incumplimiento que salgan a la luz al evaluar posibles riesgos, lo que no parece que se prevea expresamente en las normas analizadas, cuando es la persona trabajadora la que provee la mayoría de los bienes que forman el puesto de trabajo.

Por tanto, parece que la forma de afrontar el desafío que supone esta cuestión debe centrarse en dar a los servicios de prevención un papel protagonista en la evaluación de riesgos de los diferentes puestos de trabajo. Y es que, por mucho que exista una obligación de formación al efectivo para que posteriormente se autoevalúe, ni la formación, pues

recordemos que para formar parte de los servicios de prevención en la AGE se exige una formación reglada con un número determinado de horas, ni la *expertise* acumulada con el desarrollo especializado y constante de esas tareas hacen comparable la intervención principal del servicio de prevención con la del propio trabajador o trabajadora.

Siendo conscientes de la imposibilidad de imponer a la persona trabajadora, directa o indirectamente, la obligación de permitir la entrada al lugar de prestación de servicios mediante teletrabajo, ya que estaríamos ante un posible supuesto de vulneración del derecho constitucional recogido en el artículo 18.2 de nuestra carta magna, siempre podría acudir a esa autoevaluación, eso sí, ofreciéndole al menos la formación básica preventiva en prevención de riesgos laborales. No obstante, esta alternativa debería ser únicamente utilizada en casos de negativa del trabajador o trabajadora al acceso al domicilio, debiendo asumirse por regla general la opción consistente en la visita al lugar de prestación de servicios de los efectivos especializados en materia de seguridad y salud, por lo menos con carácter previo al inicio de la prestación de servicios y también de forma periódica una vez iniciada, con tal de hacer un seguimiento. Por último, también debería darse a la propia persona trabajadora la posibilidad de ser ella misma la que solicitase la presencia de los servicios de prevención.

Es indudable que asumir estas tareas y no delegarlas, por tanto, en el efectivo, como se hace en la actualidad, representa un incremento exponencial en la carga de los efectivos de los diferentes servicios de prevención en la AGE; efectivos que muchas veces son insuficientes para las tareas actuales, por lo que toda medida de implantación del teletrabajo debe ir seguida del refuerzo del personal cualificado para garantizar que la Administración no abdique de las funciones que la normativa de prevención de riesgos laborales le impone.

### 3.3. El desafío del control del teletrabajo y el derecho a la desconexión digital

El tercer desafío al que se enfrenta la potencial implantación del teletrabajo en la AGE no es otro que el trabajo insuficiente y el exceso de trabajo, es decir, cómo controlar con garantías que se cumple la jornada y horarios habituales, así como, en su caso, los objetivos determinados, y cómo garantizar que una herramienta que tiene como objetivo permitir la conciliación personal, laboral y familiar no acabe dificultando estas por el fácil acceso al puesto de trabajo, al estar situado a unos metros del lugar donde se realizan las actividades anteriores.

Comenzando por el control del teletrabajo, tenemos que citar, en primer lugar, la situación actual. Y es que hoy, a falta de una regulación unitaria de la dirección por objetivos y la evaluación del desempeño en la AGE, el principal sistema de control del personal público es la realización de la jornada laboral indicada.

El punto tercero de la Orden APU/1981/2006 dispone que los criterios generales sobre jornada y horarios (hoy contenidos en la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos) no se aplicarán a las personas que participen en los programas piloto que regula la citada orden.

En este punto, las instrucciones de teletrabajo que venimos citando (DGT, AEMPS y CIEMAT) coinciden en establecer como deber del trabajador o trabajadora el compromiso de estar localizable y conectado durante el horario de presencia obligatoria, declarando la posibilidad de la Administración de efectuar controles de verificación de tiempos de conexión en los casos que estime oportunos, eso sí, con respeto a lo establecido en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, que en su artículo 87 dispone que: «El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos».

No obstante, resulta positivo observar como en todos los casos, además del control horario y pese a la inexistencia de una regulación estatal armonizada, las diferentes instrucciones de teletrabajo ligan el mantenimiento de la participación del efectivo en el programa de trabajo a distancia al cumplimiento de unos objetivos previamente acordados entre persona trabajadora y Administración a través de su superior jerárquico. Esta última medida es un claro avance en el debate existente entre presencialismo y profesionalidad (Del Castillo Rey, 2019), yendo más allá del recurso del control horario y avanzando hacia modelos innovadores que tienen su núcleo en la confianza en el efectivo público y en su corresponsabilidad en la consecución de objetivos de la organización en que se enmarca.

Por todo ello, la forma de afrontar el reto que supone el control del trabajo que realiza aquel empleado o empleada que se acoge a la modalidad de trabajo a distancia debe pasar necesariamente por un adecuado equilibrio entre las tradicionales medidas de control horario, partiendo de la flexibilidad que ha de implicar esta modalidad de trabajo, y las medidas de control orientadas a verificar el adecuado rendimiento y productividad a través de la implantación de sistemas de dirección por objetivos y evaluación del desempeño, dejando a un lado el concepto de «debate de futuro» que siempre han llevado consigo estos dos conceptos en la Función Pública estatal (Almonacid Lamelas, 2020).

Ni que decir tiene que, igual que existe un peligro a que el trabajador o la trabajadora no llegue al nivel de rendimiento que se le exige, así como que no cumpla con la obligación de respetar la jornada y horarios establecidos, existe un peligro a que los trabajadores y las trabajadoras a distancia estén más expuestos a que los medios tecnológicos se utilicen para contactos a deshora por parte de sus superiores jerárquicos.

La aprobación de la Ley orgánica 3/2018 supuso un hito al regular por primera vez en nuestro país el derecho a la desconexión digital en su artículo 88:

Los trabajadores y los 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.

En particular, dice además la norma que «se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas».

El EBEP, como consecuencia de la anterior norma, reconoce como derecho individual de las personas empleadas públicas el derecho:

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.

Por tanto, si bien partimos de la necesaria concienciación que ha de existir entre el personal público y, en especial, de aquellos efectivos con funciones directivas en cuanto al respeto a este derecho, parece necesario establecer mecanismos complementarios que garanticen el mismo en el teletrabajo, pues no es conveniente hacer descansar únicamente sobre la responsabilidad del propio superior jerárquico o de cualquier otro compañero o compañera el cumplimiento de este derecho garantizado en las anteriores normas con rango de ley. Así, además de la referencia en este sentido que debe existir en toda regulación del teletrabajo en la AGE que se precie, se deben reforzar los mecanismos de control por parte tanto de las inspecciones de servicios de los departamentos ministeriales y organismos públicos, como en el ámbito normativo, incorporando al EBEP o, en su defecto, a la regulación del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, una falta o infracción en este sentido. Solo así podrá completarse un sistema de garantías que permita a la persona que teletrabaja encontrar protección en aquellas situaciones de abuso que se puedan producir, debiendo vigilarse también las eventuales represalias consistentes en revocar el acuerdo de teletrabajo que permite el trabajo a distancia.

### 3.4. El desafío de la brecha digital en el teletrabajo

Por último, cabe abordar un desafío que quizás no tenga la entidad de los anteriores, pero del que se debe también dejar constancia en estas líneas: la brecha digital. El concepto, que

podemos definir como «la desigual capacidad para acceder y utilizar las TIC» (Andreasson, 2013), es, sin duda, un reto que debe afrontar la AGE en la regulación del teletrabajo. Así, informes como el realizado por el sindicato UGT en el año 2019 sobre los datos aportados por las diferentes Administraciones públicas de nuestro país nos indican que a partir del segmento de 55 años en adelante se produce un descenso claro en el acceso y uso de internet. Además, esta situación de desigualdad se produce en términos de género, toda vez que las mujeres tienen mayor riesgo de incurrir en este concepto que los hombres, siendo especialmente flagrante el caso a partir de mujeres de 55 años y en competencias como «instalar *software* o aplicaciones (*apps*)», «usar funciones avanzadas en hojas de cálculo» o «copiar o mover ficheros o carpetas», donde hay diferencias de hasta 11 puntos en lo que se refiere a la posesión o no de esas competencias en función de si se es hombre o mujer.

Centrándonos en la edad y el sexo como factores, por ser estos considerados «aceleradores» de la existencia de brecha digital (Varela Ferrío, 2019, p. 34) –estos datos deben tenerse en cuenta de forma conjunta con los que ofrece el Boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones públicas de julio de 2019 (Ministerio de Política Territorial y Función Pública, 2019), ya que según este un 60,63 % del personal al servicio de ministerios, organismos autónomos y agencias estatales tiene más de 50 años, siendo especialmente flagrante la cifra en el caso de los organismos autónomos, al alcanzar el 72,78 %–, encontraremos que efectivamente existe la posibilidad de la existencia de brecha digital a la hora de implantar estos programas, más aún entre el 30 % de mujeres que prestan servicios en el denominado sector público estatal.

Este cierto riesgo de favorecer la brecha digital entre efectivos públicos se puede vislumbrar también en las instrucciones que establecen programas de teletrabajo que venimos analizando, pues en todas ellas se exige acreditar conocimientos suficientes en materia informática y ofimática para poder formar parte de los programas de teletrabajo, disponiéndose en alguna de ellas, como la del CIEMAT, la existencia de cursos de formación tecnológica en materia de teletrabajo que deberán ser cursados y superados.

Así, sin ánimo de generalizaciones, las cifras nos dicen que existe una probabilidad grande de que un buen número de efectivos, fruto de su edad, no cuente con competencias digitales necesarias para el teletrabajo, lo que hace que el establecimiento del requisito de «conocimientos suficientes en ofimática» pueda poner en peligro su participación en estos programas. Es más, en los resultados de la investigación sobre los programas piloto llevados a cabo en el Ministerio de Administraciones Públicas entre 2005 y 2007 se observa que únicamente un 20 % de las personas participantes en los mismos tenía más de 50 años (Álvarez Ruiz *et al.*, 2007, p. 59), lo que puede deberse a esta limitación o a una auto-percepción de falta de capacidades digitales para el teletrabajo que favorece la ausencia de garantía de formación en este punto, además de la preferencia, en última instancia, por aquellos candidatos o candidatas con cargas familiares o problemas de conciliación objetivos (Ministerio de Administraciones Públicas, 2006).

Por tanto, sobre la base del derecho y deber a la formación que el EBEP establece, la regulación del teletrabajo en la AGE deberá ofrecer las garantías adecuadas para que ni la edad ni el género sean circunstancias excluyentes a la hora de participar en estos programas. Así, sin perjuicio de la exigencia de un nivel mínimo de conocimientos informáticos y ofimáticos a todas aquellas personas empleadas públicas interesadas en trabajar a distancia, se deberá regular la oferta de la formación necesaria en la materia.

## 4. Efectos beneficiosos del teletrabajo

En primer lugar, cabe destacar la importancia del impacto que pueda tener el teletrabajo en el desarrollo laboral, económico y social en el país, ya que algo más de medio millón de personas trabajan actualmente para la Administración del Estado (Portillo Caurce, 2020). En total, la población ocupada en España en el último trimestre de 2019 está representada por 19.966.900 personas, según el informe elaborado por la Subdirección General de Estadística y Análisis Sociolaboral (Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020). Con estos datos podemos afirmar que en torno al 2,5 % de la población empleada en este país pertenece a la Administración estatal.

Por otra parte, cabe mencionar la relevancia que ha ido cobrando en los últimos años la Agenda 2030 como compromiso global, no solo de España, de mirar hacia un futuro en el que se avance en relación con los 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS). La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible fue firmada en 2015 por los jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros de Naciones Unidas. Representa el compromiso internacional para hacer frente a los retos sociales, económicos y medioambientales de la globalización, poniendo en el centro a las personas, el planeta, la prosperidad y la paz, bajo el lema de «no dejar a nadie atrás». Como es lógico, estos fenómenos marcan un cambio en nuestra era, cuyos efectos nos repercuten a todos y, por tanto, todos los niveles de la sociedad estamos implicados en evolucionar por caminos más limpios, solidarios y cohesionados para lograr la conservación del planeta y de nuestra vida. En España, ha cobrado tal importancia de un tiempo a esta parte que en la última legislatura estatal ha tenido lugar la creación del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, con una Secretaría de Estado para la Agenda 2030, de la cual depende la Dirección General de Políticas Palanca para el Cumplimiento de la Agenda 2030.

En ese sentido, se han considerado varios puntos clave vinculados al teletrabajo y que, potencialmente, pueden contribuir a la consecución de algunos de esos 17 ODS, ya que esta modalidad de empleo puede tener impacto en los siguientes ámbitos:

### 4.1. Conciliación con la vida familiar

En el plano laboral, la conciliación con la vida personal y familiar se erige como uno de los pilares para todos los trabajadores y trabajadoras. En el seno de esa conciliación, cabe

destacar la importancia que tiene que esta se desarrolle en igualdad dentro de las familias; una apuesta que es un deber para todos los Estados que se definan como sociales, democráticos y de derecho. En relación con este punto, destaca el ODS número 5 cuya propuesta es «alcanzar la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas». Enmarcando este objetivo dentro de la esfera jurídica de España, la CE recoge en su artículo 14 ese derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación, sin olvidar que el artículo 1.1 la sitúa como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y que el artículo 9.2 obliga y vincula a todos los poderes públicos para lograr que esa igualdad sea real y efectiva.

En lo que se refiere a la esfera de la Administración estatal, es necesario analizar qué tipo de normativa promueve esa igualdad en la conciliación entre el personal al servicio de la AGE. Según el artículo 14 j) del EBEP, el personal público tiene derecho a «la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral», y, en ese sentido, se establece también el derecho a una serie de permisos en el capítulo V del citado estatuto. Cabe destacar aquí la importante novedad introducida recientemente por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en el que se modifica tanto la designación como el contenido del permiso de paternidad, pasando a denominarse «permiso para el progenitor distinto de la madre biológica» y ampliándose la duración del permiso de 4 a 8 semanas a partir del 1 de abril de 2019, 12 semanas a partir del 1 de enero de 2020 y que será de 16 semanas a partir del 1 de enero de 2021. De este modo, se equipara la duración de este permiso con el de la madre biológica y aparece en el preámbulo la palabra «corresponsabilidad» como elemento clave para alcanzar la igualdad dentro de la vida personal, familiar y laboral, principal meta de esta normativa en defensa de la consecución de un objetivo de igualdad plena, en la línea de lo que marca la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Sin embargo, es necesario valorar cómo se acoge el personal a una medida de teletrabajo para una mejor conciliación, ya que una investigación sobre su apertura en la AGE puso de manifiesto que, ante la voluntariedad de las personas participantes, el 70,2 % fueron mujeres (Álvarez Ruiz, 2012, p. 85), lo que refleja una desigualdad en la solicitud de esta medida y que desde la Administración se debería evitar en aras del equilibrio y la corresponsabilidad entre géneros que se pretende.

Por otra parte, también en la conciliación influiría, sin lugar a duda, la posible flexibilización del horario laboral fruto del teletrabajo, ya que esta plantea una serie de importantes ventajas (UE Studio, s. f.): permite una mejor gestión y optimización del tiempo para los empleados y las empleadas, reduce el absentismo y el presentismo, y facilita la retención del talento. Con esta premisa, el personal que realice el teletrabajo puede compaginar su vida personal con la profesional, adaptando sus horarios según sus necesidades, sin que esa flexibilidad suponga horarios indeterminados o el no poder realizar un descanso. La apuesta por un horario presencial flexible en la AGE se puso de manifiesto en la Resolución de 28

de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. En ella, el artículo 3.2 fija un horario obligatorio de 9:00 a 14:30 horas, y el resto de jornada hasta llegar a las 37,5 horas semanales se puede completar de manera flexible entre las 7:00 y las 18:00 horas de lunes a jueves y hasta las 15:30 los viernes, con otro tipo de precisiones para el personal que desempeñe otras jornadas –de mañana y tarde, o solo de tarde– (Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública). No obstante, cabe reseñar que dicha flexibilidad no está establecida de manera taxativa para el teletrabajo, ya que en el apartado tercero de la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales, se dispone que «el programa piloto determinará, en cada caso, la jornada y horario aplicable a los empleados públicos que participen en el mismo», por lo que deja abierta la posibilidad de implantar cualquier jornada u horario que difiera de los criterios generales dictados por la Secretaría General de Función Pública.

A su vez, y no menos importante, la flexibilidad horaria parece tener un impacto positivo en la productividad, que se define como el complemento «destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo», según el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública. La productividad de la Administración pública es un marcador cada vez más relevante, ya que el Estado ha sido el que ha gestionado el 42 % del PIB durante los últimos 20 años, según señala uno de los recientes estudios del BBVA (Malagón Arroyo, 2018). Por ello, si quien disfruta la flexibilidad horaria puede ver aumentada su satisfacción (Pérez Rubio y Robina Ramírez, 2002), cabe la posibilidad de que sea una persona más productiva, ya que la relación existente entre ambas variables es muy estrecha, por lo que el teletrabajo podría generar una serie de beneficios en cadena en la vida personal de los empleados y empleadas que merece la pena valorar y que, además, tendrían impacto positivo también para la parte empleadora.

## 4.2. Desarrollo sostenible y medioambiente

En la CE, el artículo 45.1 dispone que: «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo». Igualmente, los puntos 2 y 3 establecen que los poderes públicos velarán por ello y sanciones para quienes violen lo dispuesto en este artículo, respectivamente. Pese a no tratarse de un derecho fundamental con el nivel máximo de protección, el hecho de encontrarse en el capítulo III del título I de la CE, donde se regulan los «principios rectores de la política social y económica», lo configura como una auténtica previsión que obliga al legislador a no tener una actitud abstencionista y no como una norma sin contenido, según señaló el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 7 de febrero de 1984.

De esta forma, la normativa sobre la cuestión medioambiental ha ido evolucionando y ha tenido impacto en diversos sectores como las aguas, biodiversidad, cambio climático, energías renovables o transportes. Dentro de todo ello, en 2013 entra en vigor la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, como una norma imprescindible para la protección del medioambiente. Como no podía ser de otra manera, esa protección debe tener lugar desde el respeto a la cuestión medioambiental dentro de los diversos ámbitos políticos del país, especialmente aquellos que tienen que ver con la evolución económica, tal y como se pone de manifiesto en distintos ODS:

- Número 8: Fomentar el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos.
- Número 11: Conseguir que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.
- Número 13: Tomar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.

En mayor o menor medida, acudir a un centro de trabajo supone un traslado por parte del personal desde sus hogares hasta el lugar donde deben desempeñar sus tareas. Este desplazamiento, en la mayoría de los casos, genera un impacto sobre el medioambiente, puesto que las personas que pueden desplazarse a pie o a través de medios de transporte de contaminación cero, como la bicicleta, no son muchas. Tanto es así, que en 2019 la Encuesta de población activa puso de manifiesto que unas 630.000 cambian de provincia para ir a su trabajo (Jorrín y Escudero, 2020), lo que sin duda nos revela que hablamos de distancias largas para lo que es un trayecto laboral y que provoca gran contaminación atmosférica. Del mismo modo, el Instituto de Estadística de la Comunidad de Madrid llevó a cabo un estudio sobre el lugar de residencia de trabajadores y trabajadoras, así como el lugar al que se desplazaban en el año 2016, demostrando que solo el 51 % trabajaba en su municipio de residencia (Instituto de Estadística de la Comunidad de Madrid, 2017), por lo que la otra mitad de personas inevitablemente se desplaza cada día por la comunidad autónoma para cubrir su jornada laboral.

Por ello, el teletrabajo podría evitar muchos desplazamientos, y esto a su vez reducir la contaminación atmosférica. Como ejemplo de ello es la situación de COVID-19 en España, que supuso el confinamiento y que en muchos casos implicó la implantación del teletrabajo en casi todos los sectores donde esto ha sido posible, conllevando una reducción drástica de los niveles de contaminación a más de la mitad, en las 80 ciudades más pobladas de España (Planelles, 2020), por lo que esta medida generalizada podría extrapolarse al efecto que tendría la implantación del teletrabajo en la AGE, cuyo impacto sería menor por la cantidad de personal a la que afectaría, pero no deja de ser un proyecto que contribuye con la mejora de la contaminación ambiental. De este modo, se consiguen ciudades más limpias y sostenibles.

Asimismo, en pro de lo que predica el ODS número 8, la reducción de estos traslados laborales diarios también tendría un impacto en el ahorro de los hogares en el gasto medio en transporte, especialmente privado, que es el más caro y el más contaminante. Además, el tiempo que tardamos en ir al trabajo también supone un coste económico para cualquier trabajador o trabajadora. Un informe de La Caixa de 2018 estimó que ese tiempo que perdemos está valorado entre 7 y casi 13 euros diarios, dependiendo del tipo de transporte; si encima el medio utilizado no es el coche individual, hallaron una media de 97 minutos por desplazamiento (BusUp, 2018).

### 4.3. Posibles repercusiones en la España vaciada

Con el fenómeno de la globalización, cada vez más la población joven sale de su lugar de origen para ir a medianas o grandes metrópolis en busca de trabajos de mayor cualificación (Escudero, Hernández *et al.*, 2019), por lo que paliar los efectos de la despoblación de los municipios más pequeños supone un desafío para el siglo XXI, tanto es así que en 2020 el Ministerio para la Transición Ecológica (desde 2018) incluye en su denominación «y el Reto Demográfico». De este modo, nos encontramos ante una situación que afecta de manera transversal a diferentes ODS, entre los que destacan:

- Número 8: Fomentar el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos.
- Número 10: Reducir las desigualdades entre países y dentro de ellos.
- Número 11: Conseguir que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.

Ante estos objetivos, y para cumplir también con el lema que propugna la Agenda 2030 de «no dejar a nadie atrás», el teletrabajo podría presentarse como una alternativa sostenible e inclusiva al abandono de los pueblos con menor población de España, ya que la despoblación rural durante el siglo XXI ha supuesto la pérdida de más del 25 % de su censo en casi un tercio de los municipios (Stratego, 2018), aunque el padrón de España haya crecido un 15,37 %. Del mismo modo, cabe destacar que ya hay más de 300 ayuntamientos donde no vive ninguna persona joven menor de 20 años, dato que pone de relieve que las zonas rurales, en algunas ocasiones, no ofrecen opciones de empleo a la altura de las necesidades de su ciudadanía, cada vez más especializada y con competencias en estudios superiores. Esto se refleja también en el aumento de matriculaciones universitarias desde la democracia en España hasta la actualidad, que ha llegado a exceder el millón y medio de personas matriculadas en el curso 2018-2019 (Fernández Hernández, 2020).

Por ello, las grandes ciudades acaban absorbiendo a funcionarios y funcionarias que no ven la posibilidad de continuar en sus lugares de origen, donde además tampoco pueden

conciliar. Así se expuso en un estudio realizado por *El Confidencial*, en el cual se muestra que la ciudad de Madrid es cada vez más receptora de población, no solo del campo, sino también de las regiones más ricas (Escudero, Jorrín *et al.*, 2019). La demanda de trabajo en la capital del país provoca que muchas personas se desplacen desde sus lugares de origen para cubrir los puestos ofertados, dejando así sus ciudades natales, porque el trabajo exige no solo un desplazamiento inicial, sino también una instalación permanente en un lugar cercano a donde se trabaja físicamente. Por ello, el teletrabajo podría presentarse como una solución a este éxodo, ya que la deslocalización del trabajo podría fomentar la permanencia en los lugares de origen de los empleados o empleadas.

Pese a todos los obstáculos, algunas personas jóvenes comienzan a ver futuro en los pueblos y optan por quedarse, pero las alternativas laborales son reducidas y se limitan a las actividades que engloban el sector primario o, gracias al acceso a internet, pueden dedicarse a las compras y ventas *online* (Conde Suárez, 2019). Esta situación pone de manifiesto que la tecnología puede ser una solución al éxodo rural, siempre y cuando la parte empleadora apueste por opciones de trabajo más limpias, dentro de lo cual el teletrabajo podría encontrar su lugar, ya que se trata de una modalidad sencilla y asumible, siempre que el tipo de tarea lo permita. Así nacen las iniciativas de *coworking* rural (Nur, s. f.), esto es, un movimiento que se basa en el desarrollo de espacios laborales en zonas rurales, combinando la infraestructura tecnológica con la naturaleza, en un clima de colaboración y apuesta por una mayor calidad de vida. En algunos casos, han sido los propios ayuntamientos (Sánchez Galán, 2020) los promotores del proyecto para que puedan teletrabajar sus ciudadanos y ciudadanas, optando por invertir en la reforma de edificios públicos para ponerlos al servicio del *coworking*.

## 5. Conclusiones: una oportunidad para la regulación del teletrabajo en la AGE

A pesar de los desafíos que su incorporación a nivel generalizado supone, tal y como hemos podido observar en el epígrafe 3 de este documento, los beneficios que el trabajo a distancia ofrece (epígrafe 4) y la necesidad de estar preparados ante situaciones extremas como la que estamos viviendo actualmente con la crisis de salud pública provocada por la COVID-19 hacen de la situación presente una oportunidad para que se proceda de forma inmediata a la regulación generalizada del trabajo a nivel de la AGE.

Teniendo en cuenta las informaciones de los últimos días, en las que se ha confirmado que la Secretaría General de Función Pública y la representación del personal público van a poner en marcha un grupo de trabajo destinado a esta cuestión, así como aprovechando el momento inicial en el que se encuentra la tramitación de una potencial Ley de Función Pública de la AGE, no se podía poner punto final al presente trabajo sin al menos proponer la siguiente regulación normativa.

En primer lugar, la futura Ley de Función Pública de la AGE debe modificar el texto del Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP) en lo que se refiere a los derechos del personal público. En concreto, sería razonable modificar el artículo 14 de este texto legal a fin de que incluyese el derecho del personal público a realizar su trabajo a distancia, siempre, eso sí, en los términos regulados en la legislación específica.

Además, un buen complemento a esta regulación puede ser la incorporación en la nueva Ley de Función Pública de la AGE de un artículo similar al artículo 13 del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET)<sup>1</sup>.

Con esta regulación se pretendería asegurar en una norma legal cuestiones tales como que el lugar de prestación de servicios a distancia pueda ser el domicilio o el lugar libremente elegido por el empleado o empleada, el aseguramiento de los derechos a una protección en materia de seguridad y salud conforme a lo establecido en la LPRL y su normativa de desarrollo o la igualdad de derechos a nivel retributivo, sindical o de promoción profesional.

Por último, sería aconsejable la inclusión de un tipo específico en el artículo 95.2 del EBEP o bien en los artículos 7 y 8 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, con tal de poder sancionar con claridad aquellas conductas en las cuales se vulnera el derecho a la intimidad en el uso de dispositivos informáticos y especialmente el derecho a la desconexión digital, reconocido como derecho individual de la persona empleada pública por el artículo 14, letra j) bis, del EBEP.

En segundo lugar, parece necesario establecer un marco del teletrabajo en la AGE a través de una resolución del secretario general de Función Pública. En la misma, deberían constar una serie de extremos que a nuestro juicio serían los siguientes:

- La prestación de servicios deberá realizarse en el lugar libremente escogido por la persona que teletrabaja, no solo en su domicilio, debiendo comunicar la persona empleada pública un eventual cambio de la localización de este, a fin de que la Administración procure una adecuada protección en materia de seguridad e higiene.
- En lo referido a seguridad e higiene del puesto de trabajo, deberá establecerse el deber de comprobar el cumplimiento de las condiciones en materia de prevención de riesgos laborales que deberá recaer de forma prioritaria sobre la Administración, realizándose las actividades pertinentes por el servicio de prevención. Únicamente en el caso de que la persona empleada pública se acoja al derecho constitucional de inviolabilidad del domicilio recogido en la CE de 1978 o que el

<sup>1</sup> En el momento de publicación de este trabajo, ya se ha producido la incorporación al Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP), de un nuevo artículo, el 47 bis, que se refiere al teletrabajo, tras el Acuerdo Administración-Sindicatos de 21 de septiembre de 2020.

propio servicio de prevención considere inviable el desplazamiento por necesidades del servicio se podrá facultar al trabajador o trabajadora a distancia para que evalúe él o ella misma el cumplimiento de las prescripciones de la Ley 31/1995, previa formación adecuada en la materia.

- Continuando con los medios con los que se presta el trabajo a distancia, por regla general deberá ser la Administración la que provea a la persona empleada pública de los útiles informáticos necesarios, salvo la conexión a internet. No obstante, podrá establecerse, excepcionalmente, que esta adquiera estos medios cuando sea imposible su provisión directa por parte de la Administración, compensándose su adquisición con algún tipo de ayuda o subvención en el marco de la acción social del ministerio u organismo público.
- Respecto del horario de trabajo de las personas bajo la modalidad de trabajo a distancia, parece razonable que a estas no se les aplique, como ya se venía haciendo en los programas piloto, la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, dejándose a voluntad de los acuerdos de teletrabajo entre Administración y trabajador o trabajadora esta circunstancia. No obstante, se deberán establecer mecanismos de control esporádicos de tiempos de conexión, así como el establecimiento y seguimiento de objetivos a cumplir o tareas concretas a realizar de forma periódica. También se podría optar por un modelo de transición consistente en la realización *online* de fichajes del personal público, adecuadamente combinados con las técnicas de control mediante cumplimiento de objetivos que se enunciaban anteriormente. Por último, el derecho a la desconexión digital de la persona trabajadora debe constar expresamente en todos los acuerdos de teletrabajo, conforme a lo establecido en el artículo 14, letra j) bis, del EBEP, haciendo una referencia expresa a la posibilidad de sancionarse disciplinariamente aquellas conductas que lo infrinjan, pues debe asumirse a toda costa el hecho de que el acceso a los medios de trabajo las 24 horas del día no debe significar en ningún caso la disponibilidad para el trabajo por un periodo superior al horario establecido.
- Con el fin de no incidir en la brecha digital entre personas empleadas públicas, se establecerá la posibilidad de excluir de los programas de teletrabajo a aquellas que no cuenten con las competencias digitales necesarias para poder llevar a cabo el trabajo a distancia de forma autónoma únicamente en el supuesto en que, cumplida por la Administración su obligación de ofrecer las acciones formativas necesarias para dotarlas de la competencia digital necesaria, no hayan realizado con aprovechamiento estas.
- En aras de promover el principio de reparto equilibrado de las responsabilidades familiares en el marco de la conciliación de la vida laboral, personal y familiar promovido por la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se deberá velar por que la cantidad de efectivos que presten

servicios bajo la modalidad de trabajo a distancia sea acorde al criterio de paridad o al de representación equilibrada, siempre teniendo en cuenta la distribución por sexos de los efectivos en los distintos ámbitos que autoricen el teletrabajo.

Por último, todas las demás cuestiones deberán regularse mediante un acuerdo de teletrabajo suscrito por la Administración y el trabajador o trabajadora a distancia, de tal forma que la seguridad jurídica sea el marco que envuelva en todo momento la prestación de servicios bajo esta modalidad.

En definitiva, valgan estas últimas líneas para resaltar la necesidad de que la AGE deje de estar a la cola en ciertos campos a la hora de abordar los desafíos que presenta la gestión de los recursos humanos en el siglo XXI. El uso predominante de las TIC y su aprovechamiento máximo por las personas empleadas públicas, el establecimiento de sistemas objetivos, transparentes e innovadores de medición de la productividad o la apuesta central por el recurso humano como aquel que más valor añadido puede otorgar a la prestación de servicios públicos han de ser una constante en la gestión de recursos humanos de la AGE, más aún en un contexto cada vez más complejo y donde las exigencias ciudadanas de *accountability* se han incrementado exponencialmente.

## Referencias bibliográficas

- Almonacid Lamelas, Víctor. (2020). El teletrabajo en la Administración: horas eficientes versus horas de sillón (II). [http://capitalhumano.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAEAFWOMQvDIBSEf02d1Uib5Q2IUjp0dC8an-XR1BeiCeTf1yyB3nAcx\\_Fx1YcCF-GHuvjR8gBqz7Si86H1FCNYJ5s6afroIBXnQpxBSy2IUmeROaKzN1hyxEQZ4z6htDWW2yaE5MeCAGpZ54\\_0Ogi1XXhSqfBodn3fef6etPkB7PNYHJkAAAA=WKE](http://capitalhumano.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAEAFWOMQvDIBSEf02d1Uib5Q2IUjp0dC8an-XR1BeiCeTf1yyB3nAcx_Fx1YcCF-GHuvjR8gBqz7Si86H1FCNYJ5s6afroIBXnQpxBSy2IUmeROaKzN1hyxEQZ4z6htDWW2yaE5MeCAGpZ54_0Ogi1XXhSqfBodn3fef6etPkB7PNYHJkAAAA=WKE).
- Álvarez Ruiz, Antón. (2012). La introducción del teletrabajo en la Administración General del Estado. Mejoras profesionales y personales. *Sociología del Trabajo*, 75, 73-92.
- Álvarez Ruiz, Antón; González-Quijano Enciso, José Enrique y López Vázquez, Belén. (2007). *El desarrollo del teletrabajo en la Administración General del Estado. Estudio de las ventajas profesionales y personales para la Función Pública*.
- Andreasson, Kim J. (2013). Redefining the digital divide: A report from The Economist Intelligence Unit. *The Economist*. <https://www.teraconsultants.fr/wp-content/uploads/2019/11/2013-Nov-Redefining-the-digital-divide-The-Economist-Intelligence-Unit-vl.pdf>.
- BusUp. (9 de octubre de 2018). ¿Cuánto me cuesta ir al trabajo en coche todos los días? <https://www.busup.com/blog/cuanto-cuesta-ir-trabajo-coche/>.
- Castillo Rey, Manel del. (21 de agosto de 2019). El registro de control horario: ¿presencialismo o profesionalidad? *El Periódico de Catalunya*. <https://www.elperiodico.com/es/opinion/20190821/presencialismo-o-profesionalidad-articulo-opinion-manel-del-castillo-control-horario-7601136>.
- Conde Suárez, Raúl. (18 de mayo de 2019). Cuando los jóvenes dejan la ciudad por el

- pueblo. *El Mundo*. <https://www.elmundo.es/espana/2019/05/18/5cdf0a53fc6c8326458b45d0.html>.
- Córdova Garrido, Soledad. (2007). Dictamen sobre el proyecto de real decreto por el que se regula el teletrabajo en la Administración General del Estado. Consejo Económico y Social. <http://www.ces.es/documents/DIC/2007/03>.
- Escudero, Jesús; Hernández, Antonio; Jorrín, Javier G.; López Learte, Pablo; Martín, Laura; Narváez, Pablo; Rodríguez, Luis y Zuil, María. (27 de septiembre de 2019). Éxodo. El éxodo urbano de España: la nueva despoblación del siglo XXI. *El Confidencial*. [https://www.elconfidencial.com/economia/2019-09-27/exodo-urbano-espana-migraciones-provincias\\_2240119/](https://www.elconfidencial.com/economia/2019-09-27/exodo-urbano-espana-migraciones-provincias_2240119/).
- Escudero, Jesús; Jorrín, Javier G. y Zuil, María. (27 de septiembre de 2019). La metropolización de Madrid vacía las provincias ricas de España. *El Confidencial*. [https://www.elconfidencial.com/economia/2019-09-27/exodo-urbano-espana-llegadas-madrid-ciudades\\_2240155/](https://www.elconfidencial.com/economia/2019-09-27/exodo-urbano-espana-llegadas-madrid-ciudades_2240155/).
- Fernández Hernández, Rosa María. (12 de agosto de 2020). Número de estudiantes matriculados en universidades en España del curso 2008/2009 al 2018/2019. *Statista*. <https://es.statista.com/estadisticas/479374/alumnos-matriculados-en-universidades-en-espana/>.
- Instituto de Estadística de la Comunidad de Madrid. (2017). Atlas de la movilidad residencia-trabajo en la Comunidad de Madrid. [https://www.madrid.org/iestadis/fijas/estructu/general/territorio/atlasmovilidad2017/02\\_caract\\_gnral.html](https://www.madrid.org/iestadis/fijas/estructu/general/territorio/atlasmovilidad2017/02_caract_gnral.html).
- Jorrín, Javier G. y Escudero, Jesús. (16 de febrero de 2020). La gran migración diaria. *El Confidencial*. [https://www.elconfidencial.com/economia/2020-02-16/gran-migracion-diaria-trabajadores-provincias-epa\\_2453516/](https://www.elconfidencial.com/economia/2020-02-16/gran-migracion-diaria-trabajadores-provincias-epa_2453516/).
- Malagón Arroyo, Patricia. (7 de julio de 2018). La productividad de la Administración lleva dos décadas por debajo del sector privado. *Libre Mercado*. <https://www.libremercado.com/2018-07-07/la-productividad-de-la-administracion-lleva-dos-decadas-por-debajo-del-sector-privado-1276621613/>.
- Ministerio de Administraciones Públicas. (2006). Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado. <https://administracionespublicas.files.wordpress.com/2015/11/manual-para-la-implantacion-3b3n-de-programas-piloto-de-teletrabajo-en-la-age.pdf>.
- Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. (2015). Plan de Transformación Digital de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos (Estrategia TIC) 2015-2020. [https://administracionelectronica.gob.es/pae\\_Home/pae\\_Estrategias/Estrategia-TIC-AGE.html#XsbTL8DtaUk](https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Estrategias/Estrategia-TIC-AGE.html#XsbTL8DtaUk).
- Ministerio de Política Territorial y Función Pública. (2019). Boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones públicas. <http://www.mptfp.es/portal/funcion-publica/funcion-publica/rcp/boletin.html>.
- Ministerio de Trabajo y Economía Social. (11 de mayo de 2020). Resumen de últimos datos. <http://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/documentos/RUD.pdf>.
- Nur, Sarah. (s. f.). Coworking rural. <https://coworkinglasolana.es/coworking-rural/>.
- Olías, Laura. (17 de septiembre de 2018). Los funcionarios también quieren teletrabajar: «Con todas las garantías, sin escaqueo». *El Diario*. [https://www.eldiario.es/economia/funcionarios-quieren-teletrabajar-garantias-escaqueo\\_0\\_815418684.html](https://www.eldiario.es/economia/funcionarios-quieren-teletrabajar-garantias-escaqueo_0_815418684.html).
- Pérez, Bruno. (15 de abril de 2020). Miles de funcionarios quedan de brazos cruzados en casa al colapsar el teletrabajo. *La Información*. <https://www.lainformacion.com/espana/colapso-teletrabajo-deja-brazos-cruzados-casa-miles-funcionarios/6559196/>.

- Pérez Rubio, José Antonio y Robina Ramírez, Rafael. (2002). Productividad y satisfacción laboral de los empleados públicos. El caso de Extremadura. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas (GAPP)*, 25, 101-107. Instituto Nacional de Administración Pública. <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/338/338>.
- Pérez Sánchez, Carmen. (2010). El teletrabajo: ¿más libertad o una nueva forma de esclavitud para los trabajadores? *Revista de Internet, Derecho y Política*, 11, 24-33. Universitat Oberta de Catalunya. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3424042.pdf>.
- Planelles, Manuel. (12 de abril de 2020). El confinamiento reduce a la mitad la contaminación en las 80 ciudades más pobladas de España. *El País*. <https://elpais.com/sociedad/2020-04-11/el-confinamiento-reduce-a-la-mitad-la-contaminacion-en-las-80-ciudades-mas-pobladas-de-espana.html>.
- Portillo Caurce, Juan de Dios. (14 de febrero de 2020). El número de empleados públicos se eleva hasta su mayor nivel desde 2012. *CincoDías*. [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/02/14/economia/1581679147\\_427455.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/02/14/economia/1581679147_427455.html).
- Sánchez Galán, Consuelo. (13 de mayo de 2020). Mora invierte 135.000 euros en un nuevo espacio coworking para emprendedores de Mora. *Manxa Digital*. <https://manxadigital.es/2020/05/13/mora-invierte-135-000-euros-en-un-nuevo-espacio-coworking-para-emprendedores-de-mora/>.
- Selma Lajarín, Jesús. (2015). *El teletrabajo, ¿una solución?* Universidad Miguel Hernández de Elche. (Trabajo fin de grado). <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/2522/1/Selma%20Lajarin%2C%20Jesus.pdf>.
- Sierra Benítez, Esperanza Macarena. (2011). *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Consejo Económico y Social de Andalucía. <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/53597/EI%20contenido%20de%20la%20relaci%F3n%20laboral%20en%20el%20teletrabajo.pdf;jsessionid=433B5E106BDE3FEACD4A9A6B67E23FEB?sequence=1>.
- Stratego. (2018). Envejecimiento en los municipios españoles: situación y perspectivas. <https://strategocyc.com/informe-despoblacion-espana-siglo-xxi/>.
- UE Studio (s. f.). Ventajas de la flexibilidad horaria en el trabajo. *El Mundo*. <https://www.elmundo.es/promociones/native/2016/05/12/>.
- Val, José del. (20 de julio de 2016, actualizada a abril de 2020). Teletrabajo, ¿por qué no? (2). *Administraciones Públicas y su personal*. <https://administracionespublicas.wordpress.com/2016/07/20/teletrabajo-por-que-no-2/>.
- Val, José del. (14 de abril de 2020). Teletrabajo en las Administraciones Públicas a la luz de la pandemia del Covid-19. *Administraciones Públicas y su personal*. <https://administracionespublicas.wordpress.com/2020/04/14/teletrabajo-en-las-administraciones-publicas-a-la-luz-de-la-pandemia-del-covid-19/>.
- Varela Ferrío, José. (2019). *La brecha digital en España*. UGT Comunicaciones. [https://www.fesmcutg.org/archivos/elementos/2019/brecha\\_digital\\_6\\_alta.pdf](https://www.fesmcutg.org/archivos/elementos/2019/brecha_digital_6_alta.pdf).
- Villalba Sánchez, Alicia. (2017). El teletrabajo en las Administraciones públicas. *Lan Harremanak*, 36, 216-246. [https://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/17933/15578?source=ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/17933/15578](https://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/17933/15578?source=ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/17933/15578).
- Zuil, María. (26 de octubre de 2019). Un país de «calientasillas» y gente sociable: el teletrabajo no logra despegar en España. *El Confidencial*. [https://www.elconfidencial.com/empleo/2019-10-26/teletrabajo-espana-presentismo-digitalizacion\\_2300731/](https://www.elconfidencial.com/empleo/2019-10-26/teletrabajo-espana-presentismo-digitalizacion_2300731/).

## El Premio Estudios Financieros celebra tres décadas de apoyo a la investigación

---

El CEF.- Centro de Estudios Financieros celebró el miércoles 30 de septiembre la ceremonia de entrega de la XXX edición del Premio Estudios Financieros desde el salón de actos del campus de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, evento que se desarrolló en directo vía *online*, siguiendo las recomendaciones de las autoridades sanitarias, con el fin de reducir riesgos de propagación del coronavirus.



Mesa presidencial ubicada en el salón de actos de la UDIMA

En el solemne acto, presidido por los presidentes del Grupo Educativo CEF.- UDIMA Arancha de las Heras y Arturo de las Heras, estuvieron presentes *online* los autores de los trabajos premiados en sus ocho modalidades –cuyos primeros premios intervinieron por videoconferencia–, así como sus respectivos jurados y numerosas personalidades de los ámbitos académico, jurídico, empresarial y de las Administraciones públicas.

Arancha de las Heras, que abrió formalmente el acto con su intervención en nombre del Grupo Educativo, se felicitó de que, a pesar de la incertidumbre generada por la COVID-19, finalmente pudo celebrarse el evento: «No pensábamos en septiembre del año pasado que al abrir esta convocatoria sería tan diferente a la de otros años» e, incluso, tras la declaración del estado de alarma, «nos planteamos anular la convocatoria», pero, «realmente, eran 30 años en los que estábamos apostando por la investigación, y una pandemia no podía pararnos».

La presidenta del Grupo Educativo compartió la mesa presidencial con su hermano y también presidente de la institución, Arturo de las Heras, así como con el fundador y presidente de honor, Roque de las Heras. Una edición diferente por su modelo *online*, pero que,



Arancha de las Heras, presidenta de la UDIMA

lejos de perder peso en las convocatorias, ha recibido «más trabajos que en otras ediciones», señaló Arancha de las Heras.

«Queremos seguir apostando por la investigación, y reconocer el trabajo en silencio de todos aquellos que en sus despachos, domicilios, fines de semana, puentes... estrujan las últimas normativas, sentencias o herramientas tecnológicas, buscando nuevas oportunidades de análisis para seguir con el avance del conocimiento. Muchas gracias, investigadores, por todo vuestro esfuerzo», enfatizó Arancha de las Heras.

Por su parte, Arturo de las Heras aprovechó la redonda cifra de 30 años para recordar el motivo y la trayectoria de uno de los galardones «más prestigiosos del país en su categoría». «Tanto por su dotación (9.000 euros libres de impuestos para el ganador en cada modalidad), como por su reconocimiento en la sociedad». Más de 600 trabajos seleccionados en todo este tiempo, en los que se han invertido ya alrededor de 2 millones de euros.



Arturo de las Heras, presidente del CEF.-

Un importante estímulo para los investigadores españoles para «que continúen su labor de análisis crítico y práctico de la sociedad», explicó Arturo de las Heras. Además, los ganadores ven recompensado su esfuerzo y dedicación al ver divulgado su trabajo en las distintas revistas editadas por el CEF.-. El premio busca trabajos «que no se queden en el plano teórico», explicó el presidente, «sino que tengan una aplicación práctica en el mundo profesional, tanto para la empresa privada como para la Administración».

## Premios de «referencia legal, fiscal y empresarial»

Clausuró el acto el presidente de honor y fundador del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, Roque de las Heras, tras hacer oficial la entrega de los 23 premios (8 principales y 15 accésits). En total fueron casi 200 trabajos presentados en las distintas modalidades, representando además la práctica totalidad de la geografía española, como anotó su fundador. «Gracias a los que nos remiten sus trabajos, tras muchos meses de investigación», pues «también servirán para los futuros alumnos», añadió.

Roque de las Heras se acordó especialmente del trabajo de los jurados, casi todos «premiados en ediciones anteriores», y la mayoría hoy ya en calidad de «catedráticos o socios

de grandes consultoras». Precisamente, casi el 80 % de los premios fueron otorgados a catedráticos y profesores universitarios, mientras que el resto recayó en profesionales tanto de la Administración pública como de la empresa privada.

Las intervenciones de agradecimiento de los premiados estuvieron marcadas por referencias a las inusuales circunstancias y a las personas fallecidas durante la pandemia. Todos agradecieron el «impulso» que supone este galardón, que alguno no dudó en calificar como premio «de referencia y con más prestigio en España en el ámbito legal, fiscal y empresarial».



Roque de las Heras, presidente de honor del Grupo CEF.- UDIMA



La pantalla múltiple fue la herramienta de comunicación

Muchos proyectos surgieron durante el confinamiento, a veces fruto de las novedades jurídicas que imponía el estado de alarma. Y también hubo anécdotas: dos de los premiados han sido reconocidos más de una vez, uno de los cuales decía sentirse ya «como en casa». Otro premio se quedó literalmente en familia, pues premió a padre e hija con un mismo trabajo elaborado a dos manos.

## Teletrabajo y escena laboral

La gala, dirigida por el director de Comunicación del Grupo CEF.- UDIMA, Luis Miguel Belda, contó también con la participación especial de algunas personalidades del ámbito económico y social. Miguel Garrido, presidente de la CEIM y vicepresidente de la CEOE, aventuró algunos de los cambios que traerá la pandemia, como el teletrabajo, que habrá que aprovechar para que no suponga «un lastre a la productividad de las empresas».

Por su parte, Lorenzo Amor, presidente de la ATA, sumó sus palabras a las de Garrido. En su caso, para recalcar la necesidad de aprovechar «los momentos del teletrabajo», que



El acto fue moderado por el director de Comunicación, Luis Miguel Belda

hasta ahora no hemos sabido. Se trata no solo de impulsar el teletrabajo, sino de usarlo para «formarnos y mejorar la competitividad de nuestros trabajadores y tejido empresarial».

Y es que el escenario laboral que se vislumbra, ya impulsado hace años por la digitalización y la transición energética, se ha visto acelerado por la pandemia. Las nuevas plataformas y el trabajo telemático darán lugar a nuevas ocupaciones y competencias asociadas.



Miguel Garrido, presidente de la CEIM



Lorenzo Amor, presidente de la ATA



Unai Sordo, secretario general de CC. OO.

Nuevos empleos que, para Unai Sordo, secretario general de CC. OO., necesitarán «políticas sectoriales». Políticas que permitan ver los sectores en desarrollo en las próximas décadas. Así como para convertirse en planes de formación permanente para todos los trabajadores, «como pasarela a empleos de calidad y estables», abundó.

*Alberto Orellana*

Departamento de Comunicación. CEF.- UDIMA

## Acto virtual de graduación de los grados y másteres de la UDIMA, curso 2019-2020

---

Sin apretón de manos, sin abrazos, pero con la misma ilusión, la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, celebró el martes 6 de octubre de manera virtual el solemne acto de graduación de los alumnos de los grados y másteres del curso 2019-2020. Marcado por las constantes menciones a lo inhabitual del formato por la pandemia, la UDIMA no desaprovechó sin embargo su condición para demostrar el reconocimiento a distancia a los ya egresados.

La rectora de la UDIMA, Concha Burgos, abrió el acto desde la mesa presidencial, que completaron junto a ella el secretario general de la Universidad, Eugenio Lanzadera, y la copresidenta del Grupo Educativo



Mesa presidencial en el salón de actos de la UDIMA



Luis Miguel Belda y Rocío González, conductores del acto

CEF.- UDIMA, Arancha de las Heras, que clausuró la videoconferencia. Condujeron el acto y el nombramiento de todos los egresados el director de comunicación, Luis Miguel Belda, y la periodista del grupo, Rocío González.

«En marzo nuestra vida cambió, también la universitaria», dijo la rectora, quien sin embargo subrayó que para los alumnos de la UDIMA el mayor cambio fueron únicamente los



Concha Burgos, rectora de la UDIMA

exámenes. Con «felicitación» por parte de «la mayoría» de los estudiantes, apuntó. En esta atípica graduación, Concha Burgos animó a los egresados a considerar el emprendimiento de cara a la carrera laboral que ahora empiezan. Y a elegir con qué actitud afrontar este «año convulso».

Para ella, la principal conclusión de este curso es la validación del modelo de enseñanza de la UDIMA. «Las universidades presenciales se han pasado a la teleeducación y ahora hasta las especialidades experimentales se enseñan en línea, como Harvard en Medicina». Un formato estrenado por la institución en 2008, que ahora refuerza con la telepresencia, y que supone un «espaldarazo» y motivo para «seguir profundizando en sus virtudes», desgranó.

## «Rédito frente a la adversidad»

Por su parte, el secretario general, Eugenio Lanzadera, repasó el año académico en el que han confiado en la UDIMA unos 12.700 alumnos (3.960 alumnos de grado, 3.677 de máster, 69 de doctorado y 5.000 en los títulos propios). Apelando a esa confianza y a los valores propios del estudiante *online* (constancia, sacrificio, ilusión, esperanza...), Lanzadera se acordó de los avances en los programas de investigación, el Erasmus Plus, al que pertenece la UDIMA, y la expansión del Grupo Educativo tanto en Latinoamérica como en Asia.



El secretario general de la UDIMA, Eugenio Lanzadera



Margarita Garbisu, decana de la Facultad de CC. Sociales y Humanidades

Además, cerró con un mensaje de recuerdo a la «esencia y germen de la Universidad: ese carácter humano, la facilidad de trato, la cercanía, la atención y el seguimiento constante para adaptarnos a vuestras necesidades, manteniendo al mismo tiempo la seriedad y el prestigio de la institución». Una labor «conjunta de toda la dirección, del profesorado y el personal de administración y servicios» que ha permitido «sacar rédito y músculo frente a la adversidad».

Posteriormente, en la lectura de los nombres de los egresados, los decanos de las facultades se sumaron virtualmente al mensaje de felicitación de los estudiantes. «Sabemos que

estos últimos meses no han sido fáciles», comentó Margarita Garbisu, decana de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades.

«Muchos habéis tenido que lidiar directamente con la pandemia». María Luisa Campanario, decana de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, subrayó esa única elección posible, mencionada por Burgos, ante la adversidad: la actitud para afrontarla. Laura Alonso, decana de la Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación, felicitó a los egresados por el «tesón y esfuerzo añadido en la etapa final, ya de por sí dura». Y añadió: «Esperamos de corazón haberos transmitido –además de los conocimientos– los valores necesarios para que abordéis vuestra profesión desde el amor y el respeto que merecen».



David de la Peña, decano de la Escuela de CC. Técnicas e Ingeniería

A su intervención la siguió la de Francisco David de la Peña, decano de la Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería, quien recordó el papel de esta rama: «En estos momentos tan inciertos la sociedad debe beneficiarse de nuestro conocimiento y debemos aportar soluciones a los retos a que nos enfrentamos». «Hoy no nos veremos ni chocaremos nuestras copas, pero nada logrará que perdamos de vista todo lo que habéis alcanzado», concluyó Andrés Delgado, decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas.

«Hoy no nos veremos ni chocaremos nuestras copas, pero nada logrará que perdamos de vista todo lo que habéis alcanzado», concluyó Andrés Delgado, decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas.



M.ª Luisa Campanario, decana de la Facultad de CC. Económicas y Empresariales



Andrés Delgado, decano de la Facultad de CC. Jurídicas

## UDIMA: «Más *online* que nunca»

Este año la representación de los alumnos cobró especial importancia al no poder verse físicamente. «Estoy convencido de que todo lo que estamos viviendo nos va a servir: Hoy en la UDIMA somos más *online* que nunca». Así comenzó José Armando Hernández sus palabras en nombre de los alumnos de grado. En su aparición, el egresado hizo especial mención de la atención del profesorado «más allá» de su trabajo. Algo que anima a mantener por ser «imprescindible» para la formación a distancia.

También recordó el apoyo de compañeros y familia (que «también se gradúan»), y arengó para superar las dificultades de esta coyuntura inesperada con formación continua. «Debemos demostrar que somos capaces de innovar y emprender sin miedo al fracaso. La formación nos ayuda a tener libertad y criterio, responsabilidad y sentido común. Ahora más que nunca necesitamos todo eso. No dejemos nunca de formarnos; de ser un poco más libres. Los verdaderos valores se demuestran en los tiempos difíciles».



Los titulados de másteres tuvieron a Ignacio Alonso como representante



En representación de los graduados, intervino José Armando Hernández

En nombre de los egresados de los másteres, Ignacio Alonso se sumó al agradecimiento del «admirable interés» de los profesores por el curso, e incluso en la convivencia con la pandemia. «Diría que se me hace raro estar delante de una pantalla, pero mentiría, ya que si algo caracteriza a la UDIMA es la excelencia académica estemos donde estemos», apuntó. Con la UDIMA «hemos aprendido a no poner límites»; ni la pandemia, ni los estudios adaptados al formato completamente virtual.

Arancha de las Heras, copresidenta del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, puso punto final al acto. «Hitos como estos hacen que no podamos evitar agradecer la confianza en nuestra institución», señaló a los estudiantes, por haber superado el fin de curso marcado por el coronavirus. De las Heras felicitó a «la promoción que ha compartido tiempo de estudio, profesional y familiar con el miedo y la incertidumbre por la COVID-19», «así como la primera en afrontar exámenes virtuales».



Arancha de las Heras, presidenta de la UDIMA, cerró los discursos

«Estudiantes, espero que esta graduación no sea más que un hasta luego y podamos seguir en contacto», abundó, poniendo a la Asociación de Antiguos Alumnos, ACEF.-, y la Bolsa de Empleo y Emprendedores a disposición de todos ellos. Lazos que «no pueden finalizar hoy» y que sirven para mantener actualizados los conocimientos y contactos, así como para participar de actividades lúdicas y culturales, «cuando el tiempo nos lo permita».

*Alberto Orellana*

Departamento de Comunicación. CEF.- UDIMA

## Solemne acto virtual de graduación del CEF.- Curso 2019-2020

---

«Este curso ha sido el del aprendizaje, para vosotros y para nosotros». Con estas palabras se podría resumir este curso académico para los alumnos del CEF.- Centro de Estudios Financieros. La frase es de Arancha de las Heras, presidenta del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, que abrió el solemne acto de graduación de los másteres del CEF.- para poner la guinda a un año atípico, pero también enriquecedor.

La cita contó igualmente con el también presidente del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, Arturo de las Heras, y del director general del CEF.-, Emilio Rivas, que completaron la mesa presidencial desde el Campus de la UDIMA. A sus palabras de agradecimiento se sumaron las de los directores y jefes de estudios de la escuela de negocios en sus sedes de Barcelona, Madrid y Valencia, así como el habitual espacio para el representante de los alumnos.



El discurso inaugural corrió a cargo de la presidenta Arancha de las Heras



Luis Miguel Belda y Rocío González dirigieron el acto de graduación

Moderó el director de comunicación del Grupo Educativo, Luis Miguel Belda, quien citó a todos los egredados ayudado por la periodista del grupo Rocío González.

En sus palabras de agradecimiento, Arancha de las Heras mencionó, como harían tantos después, el «trabajo incansable» de los profesores y el personal de administración y servicios. Y especialmente el de los alumnos por el gran esfuerzo y logro alcanzados. Antes de terminar, la presidenta y doctora señaló: «Hoy no puede ser el fin del lazo que nos une», por lo que animó a los ya titulados a formar parte de la Asociación de Antiguos Alumnos, Alumni

que animó a los ya titulados a formar parte de la Asociación de Antiguos Alumnos, Alumni

CEF.- UDIMA, la ACEF.-, con la que también accederán a la Bolsa de Trabajo y Emprendedores.

A continuación, antes de pasar a la mención de los alumnos de cada máster, Emilio Rivas incluyó un mensaje ineludible para este curso: «Quiero mandar un abrazo a todos aquellos que, por motivo de la COVID-19 habéis perdido a alguien; nos sumamos a vuestro dolor». No obstante, el director general subrayó el carácter de «celebración» del acto, y aprovechó para aclarar que, pese a todo lo ocurrido, «debemos tener esperanza». Actuar y perseguirla.



Emilio Rivas, director general del CEF.-

## Brindis telepresencial

Enrique Cañizares, director de CEF.- Barcelona, arrancó el trayecto de conexiones en directo para sumarse a los mensajes de felicitación. Treinta graduaciones a sus espaldas le otorgan, como bien dijo, una «perspectiva histórica» de este tipo de actos. Pero no por ello quiso desmejorar la edición «más tecnológica» y con la primera generación de alumnos de «aprendizaje combinado» (clases presenciales, telepresenciales, exámenes *online*...). Al terminar, y echando en falta el cóctel habitual, Cañizares brindó con cava por los alumnos.



El brindis lo realizó Enrique Cañizares, director del CEF.- en Barcelona

También desde la ciudad condal, la jefa de estudios Pilar Gámez felicitó especialmente a los profesores al adaptarse al nuevo formato de clases, «facilitando el aprendizaje e involucrando a los alumnos en cada sesión». «Habéis conseguido que todo el esfuerzo del equipo humano del CEF.- haya valido la pena por salvar este año académico».

El Departamento de Informática abrió la intervención de agradecimiento y felicitación de José Pedro Valero, director del CEF.- en Valencia. «Por su entrega, capacidad y apoyo en la obligada transición de nuestro modelo de formación de presencial a telepresencial», concedió. Por otro lado, reflexionó que, si bien la pandemia ha causado mucho dolor, la promoción de este año tiene el espíritu, la fuerza y la capacidad para superar estas adversidades»; «un coraje extraordinario», que marcará su devenir profesional, afirmó.

«Estoy convencida de que vais a lograr vuestros objetivos en un corto periodo de tiempo. Si ponéis el mismo esfuerzo y dedicación que habéis puesto este año para obtener este

título, vais a labraros un futuro muy prometedor», apostilló la jefa de estudios en Valencia Elena Albarrán.

## Año de *pandemiers*

«Queridos *pandemiers*, os felicito por llegar hasta el final del camino», rebautizó Santiago Hernández. El jefe de estudios del área de Marketing y Dirección de Empresas del CEF.- ilustró, con lo superado estos meses, la importancia que tiene «saber adaptarse» en el ámbito empresarial. Además, «este año el máster no lo habéis hecho solo vosotros», apuntó, en relación con el necesario aprendizaje del centro para impartir clases telepresenciales. «Os agradezco la buena disposición y la rápida adaptación que habéis tenido todos».



Santiago Hernández, jefe de estudios de Marketing y Dirección de Empresas

Mientras, José Antonio Cuevas, jefe de estudios del CEF.- en el área Laboral y de Recursos Humanos, resaltó la «satisfacción» de ver cómo los alumnos superan con éxito el máster y obtienen esos conocimientos «necesarios para afrontar la profesión con mucha más seguridad». «Enhorabuena con mayúsculas por haber respondido a las circunstancias».



Juan Noblejas, jefe de estudios del área Contable

Por su parte, el jefe de estudios del área Contable del CEF.-, Juan Noblejas, sumó efectivos al mensaje optimista de los anteriores: «Si podemos sacar algo positivo de estos tiempos es saber que ha aumentado nuestra capacidad de resistencia; será muy útil a lo largo de nuestra carrera». Para terminar, se acordó especialmente de los delegados de los másteres con los que tuvo contacto, y que este año «se han ganado el sueldo», argumentó.

«Pienso en los másteres como un cruce de caminos», esbozó José Antonio Sánchez. «Pero sea cual sea el que toméis ahora,



José Antonio Sánchez, jefe de estudios del área Jurídica y Fiscal

no olvidaréis el tiempo pasado aquí», sentenció el jefe de estudios del área Jurídica y Fiscal del CEF.-. «Estaremos a vuestro lado en el progreso profesional que toméis», remató, «y no dejéis de intentarlo, la superación es el éxito cuando ya lo hemos probado todo».

## «Ejemplo de anticipación»

La voz de los alumnos recayó este año en José Manuel Sagristá, que habló en representación de todos ellos para poner cara a este final «un tanto agrídulce». La cuarentena ha traído «meses duros en los que hemos aprendido a valorar un abrazo o un apretón de manos», asumió el estudiante. Por ello compartió el éxito con los familiares y amigos, «ese apoyo mutuo» para salir adelante de la situación. «Este reconocimiento es tanto nuestro como vuestro», concedió.



José Manuel Sagristá habló en representación de los alumnos

«Quería agradecer al CEF.- y a la UDIMA el haber sido un ejemplo de anticipación y adaptación desde el primer día», indicó Sagristá. «Siempre han estado a nuestra disposición y ofreciéndonos alternativas para seguir con nuestra formación de la mejor manera posible». «Reitero mi agradecimiento a todos los que formáis esta comunidad».

Y también mencionando a la comunidad (académica y civil), tomó la palabra el presidente del CEF.-, Arturo de las Heras, para clausurar el encuentro. «Deseamos acompañaros en el tiempo a través de la Alumni CEF.- UDIMA para seguir conectados», insistió, al tiempo que animaba a los recién titulados a usar las redes como el mejor activo de cara al mundo laboral, y a participar en asociaciones y encuentros de la sociedad civil para no perder «ninguna oportunidad de conocer gente».



Arturo de las Heras, presidente del CEF.-, cerró el acto con su intervención

Además, añadió: «Muchos de los que habéis terminado este curso habéis sido capaces de simultanear estudios, trabajo, cargas familiares, niños correteando por el salón... Felicidades por vuestro esfuerzo doble o triple». Tras acordarse también de las familias, el presidente hizo análisis de cómo ha sido la docencia en este año de cambios.

Cambios para los que se necesitan herramientas, que los profesores también han intentado incluir en las enseñanzas de esta edición, y que se han traducido en las soluciones tecnológicas que unos y otros, alumnos y docentes, han incorporado ya al día a día. «Felicidades por vuestro esfuerzo de adaptación a un nuevo método de formación basado en la telepresencia», resumió.

*Alberto Orellana*

Departamento de Comunicación. CEF.- UDIMA

## Normas de publicación

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF (RTSS.CEF)* editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1138-9532 (en versión impresa) e ISSN-e 2531-212X (en versión electrónica), es una publicación dirigida a las personas interesadas en materias conectadas con el área social del Derecho que pretende ser un medio al servicio de la investigación y opinión, ofreciendo aportaciones a temas controvertidos y de interés.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica como artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Trabajo, Seguridad Social y Recursos Humanos. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web [www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm), vehículo de divulgación y, a su vez, instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

### Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos (redactados en español) deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección [revista@cef.es](mailto:revista@cef.es), identificándose el archivo con los apellidos del autor o la autora del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), ARRL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos del área de Recursos Humanos) o CP (caso práctico).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios» (incluidos los que con esta consideración se dirijan a la sección «Recursos Humanos») se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a la sección «Diálogos con la jurisprudencia») han de estar encabezados por:
  - Título en español e inglés.
  - Extracto de no más de 20 líneas en español e inglés.
  - Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
  - Sumario (debe comenzar en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1, 1.2...; tres dígitos: 1.1.1, 1.1.2...).
3. La extensión de los artículos (incluidos título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:
  - Estudios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
  - Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 25 páginas.
  - Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
  - Foro de debate: máximo 10 páginas.
  - Casos prácticos: máximo 25 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo los apellidos del autor o la autora, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos Normacef ([www.normacef.es](http://www.normacef.es)).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («») y al final de las mismas, entre paréntesis, solo los apellidos del autor o autora, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando la autoría solo por los apellidos, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). *Vid.* ejemplos de citas basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.<sup>a</sup> ed.). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

7. Los criterios de edición a seguir por los autores y las autoras se contienen detallados en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

## Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por la editorial, lo que no implicará su aceptación.
- Remisión de originales al Consejo de Redacción. La editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la revista, que lo analizará y decidirá su aceptación, su admisión condicionada a la introducción de cambios o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos personas evaluadoras externas, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por el autor o autora a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor, a la autora o a la persona designada como responsable principal en caso de trabajos colectivos la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico.

CEF.-



PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

## Cursos de formación a medida para empresas *(in Company)*

Nos adaptamos a las necesidades formativas de tu empresa

Planificamos, junto a las empresas (pequeñas, medianas y grandes), formación a medida. Ofrecemos una propuesta global de formación; trabajamos como estrechos colaboradores en tus planes de formación para que puedas obtener siempre la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales, adaptando la formación a tus necesidades de horarios, ubicación geográfica y contenidos.

## Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente o, incluso, desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a principios de año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA.

+ 4.100

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 67.500

Profesionales formados tanto en la modalidad presencial como online

+ 74.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

Más información en [www.cef.es/empresas](http://www.cef.es/empresas)



**MATRÍCULA  
ABIERTA**

**CURSOS DE LABORAL Y RR. HH.**

**PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE**

Curso sobre el Sistema de Liquidación Directa (CRET@) | Curso de Compliance Officer Movilidad Internacional (ISO 19600-UNE 19601) | Curso sobre Trabajadores Extranjeros y Expatriados (aspectos fiscales, laborales y retributivos) | Curso sobre Estrategia en la Negociación de Despidos Colectivos y Medidas de Flexibilidad Interna | Curso sobre Movilidad de Trabajadores: España-EE. UU. | Curso sobre Transformación Digital: Aspectos Fiscales y Laborales | Turno de Oficio: Curso de Especialización en Derecho Procesal Laboral | Curso de Mindfulness en el Trabajo | Curso de Perfeccionamiento y Actualización en Recursos Humanos | Curso de Excel para Recursos Humanos | Curso sobre Gestión de Proyectos | Curso sobre Gestión del Desempeño en Pymes | Curso sobre Retribución y Compensación | Curso sobre Mediación en la Gestión de Recursos Humanos

Consulta nuestra oferta formativa completa en [www.cef.es](http://www.cef.es)