



REVISTA

# DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

## LA INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LAS RELACIONES LABORALES: ECONOMÍA DIGITAL, TELETRABAJO Y DESCONEXIÓN DIGITAL

NÚMERO 14, FEBRERO DE 2021

ENERO A JUNIO DE 2021, FECHA DE CIERRE ENERO 2021

CONCEPTO DE TRABAJADOR Y ECONOMÍA DIGITAL.  
RESPUESTA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO DE LA UE  
*Yolanda Sánchez-Urán Azaña*

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA “SUSTITUCIÓN” TECNOLÓGICA  
COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO  
*María Teresa Igartua Miró*

PREVENCIÓN DE RIESGOS EN EL TRABAJO A DISTANCIA  
*José Fernando Lousada Arochena*

EL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL  
RD-LEY 28/2020, DE 22 DE SEPTIEMBRE  
*Alicia Villalba Sánchez*

CIBERSEGURIDAD EN EL TRABAJO EN MOVILIDAD Y A DISTANCIA (TELETRABAJO)  
*Miguel Recio Gayo*

ENTIDAD EDITORA

*Dykinson, S.L.*



CÁTEDRA UNESCO  
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

 **SAGARDOY**  
BUSINESS & LAW SCHOOL

ISSN 2341-135X

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

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



#### ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)



© Copyright by

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

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

e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-135X

REVISTA

# DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

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

latindex

BASE DE DATOS  
ISOC



Dialnet

vlex  
vlex.com

MIAR

*Colabora:*





# Revista Derecho Social y Empresa

CÁTEDRA UNESCO PROMOCIÓN SOCIO LABORAL  
SAGARDOY & EDITORIAL DYKINSON



## DIRECTORA

**Pilar Núñez-Cortés Contreras**

*Cátedra UNESCO Promoción Socio Laboral Sagardoy  
Profesora Titular de Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Loyola Andalucía (España)*

## SUBDIRECTORA

**Amanda Moreno Solana**

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

## EDITORA

**Esperanza Macarena Sierra Benítez**

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

## SECRETARIO

**Víctor Sánchez del Olmo**

*Contratado predoctoral en el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

## CONSEJO EDITORIAL

### PRESIDENTE

**Juan Antonio Sagardoy Bengoechea**

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense (Madrid-España)*

### MIEMBROS

**María del Mar Alarcón Castellanos**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España)*

**Lourdes Arastey Sahún**

*Magistrada del Tribunal Supremo (Madrid-España)*

**Philippe Auvergnon**

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

**Antonio Cebrián Carrillo**

*Abogado, Socio Director S&C Abogados (Madrid-España)*

**Marie Cécile Escande-Varniol**

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

**Carolina Gala Durán**

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

**Joaquín García Murcia**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense (Madrid-España)*

**Abbo Junker**

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

**Lourdes Mella Méndez**

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

**Gabriela Mendizábal Bermúdez**

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

**Antonio Ojeda Avilés**

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo*

*Universidad de Sevilla (España)*

**Cristina Sánchez–Rodas Navarro**

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

*Universidad de Sevilla (España)*

**Michele Tiraboschi**

*Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia)*

*y Director Científico de ADAPT*

**Fernando Valdés Dal–Ré**

*Magistrado del Tribunal Constitucional (España)*

**Luis Enrique de la Villa Gil**

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

*Universidad Autónoma (Madrid–España)*

**COMITÉ EDITORIAL**

**PRESIDENTE**

**Íñigo Sagardoy de Simón**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad Francisco de Vitoria.*

*Presidente de Sagardoy Abogados (Madrid–España)*

**DIRECTOR**

**Martín Godino Reyes**

*Doctor en Derecho, Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid–España)*

**MIEMBROS**

**Valentín Bote Álvarez–Carrasco**

*Director del Servicio de Estudios de Randstad Research (España)*

**Jaime Cabeza Pereiro**

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

*Universidad de Vigo (España)*

**Teresa Cervera Soto**

*Directora de Personas y Organización en el Centro Universitario Villanueva (España)*

**Miguel Recio Gayo**

*Profesor Asociado de la Facultad de Derecho  
Universidad CEU San Pablo (España)*

**Manuel Correa Carrasco**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

**María Jesús Herrera Duque**

*Doctora en Derecho, Socia de Sagardoy Abogados (Madrid-España)*

**Fernando Lousada Arochena**

*Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (España)*

**José Antonio Marcos Herrero**

*Abogado, Agencia Sanitaria Alto Guadalquivir (Córdoba-España)*

**Ana Matorras Díaz-Caneja**

*Profesora Ordinaria. Universidad Pontificia Comillas (Madrid-España)*

**María Luisa Molero Marañón**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España)*

**Leonor Victoria Pablos Fernández**

*Directora de Recursos Humanos, Ferrovial (Madrid-España)*

**María Luz Rodríguez Fernández**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Castilla la Mancha (España)*

**Carmen Sáez Lara**

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

**Román Gil Albuquerque**

*Socio de Sagardoy Abogados (Madrid-España)*

**Vanesa Izquierdo Gonzalez**

*Directora General de Sagardoy Business & Law School  
(Madrid-España)*

**Olimpia Molina Hermosilla**

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

## EVALUADORES EXTERNOS

**Francisco Alemán Páez**

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

**Inmaculada Benavente Torres**

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

**Macarena Castro Conte**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España)*

**Jesús Cruz Villalón**

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

**José Manuel del Valle Villar**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo,  
Universidad de Alcalá de Henares (Madrid-España)*

**Belen Fernández Docampo**

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

**Marta Fernández Prieto**

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

**Francisca María Ferrando García**

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

**José Luis Gil Gil**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Alcalá de Henares (Madrid-España)*

**Luis Gordo González**

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

**Juan Carlos García Quiñones**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid (España)*

**María Sonsoles Gutiérrez de la Peña**

*Inspectora de Trabajo y de la Seguridad Social (Madrid-España)*

**María Teresa Igartua Miró**

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

**Risa L. Lieberwitz**

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

**María del Carmen López Anierte**

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

**Paz Menéndez Sebastián**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Oviedo (España)*

**Jesús R. Mercader Uguina**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III (Madrid-España)*

**Rocío Molina González-Pumariega**

*Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España)*

**Julia Muñoz Molina**

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

**Patricia Nieto Rojas**

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

**Daniel Pérez del Prado**

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

**María Monserrate Rodríguez Egío**

*Profesora Contratada Doctora  
Universidad de Murcia (España)*

**Iván Rodríguez Cardo**

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

**Eduardo Rojo Torrecilla**

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

**Lavinia Serrani**

*Editora Coordinadora ADAPT International (Italia)*

**Francesca Sperotti**

*Investigadora ADAPT (Italia)*

**Tatsiana Ushakova**

*Profesora Titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Alcalá de Henares (Madrid-España)*

**Alicia Villalba Sánchez**

*Profesora Contratada de la Universidad de Santiago de Compostela*

*(España)*

**Julen Llorens Espada**

*Profesor Ayudante Doctor*

*Universidad Pública de Navarra (España)*

**Mirentxu Marín Malo**

*Profesora Ayudante Doctor*

*Universidad Pública de Navarra (España)*

EDICIÓN & DISEÑO

**Rúnica servicios editoriales**

*runica.servicios.editoriales@gmail.com*

[www.runica.es](http://www.runica.es)

## El sentido de la Revista Derecho Social y Empresa

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

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

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

La Revista, cuya entidad editora es Dykinson, cuenta con un Patrocinador Principal que es Sagardoy Abogados, a través de su Centro de Estudios.

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

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

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



# Revista Derecho Social y Empresa

ÍNDICE NÚM. 14, FEBRERO DE 2021

«LA INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN  
LAS RELACIONES LABORALES: ECONOMÍA DIGITAL,  
TELETRABAJO Y DESCONEXIÓN DIGITAL»



## TRIBUNA

VÍCTOR SÁNCHEZ DEL OLMO  
*Secretario académico de la RDSyE*

## ARTÍCULOS

**Concepto de Trabajador y Economía Digital.  
Respuesta en el contexto internacional y en el Derecho de la UE**

YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA  
*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM*

**Una primera aproximación a la “sustitución” tecnológica  
como causa de extinción del contrato de trabajo**

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

**Prevención de Riesgos en el Trabajo a Distancia**

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

*Magistrado Tribunal Superior Justicia de Galicia.*

*Profesor asociado Universidad de Coruña*

**El Acuerdo de Trabajo a Distancia tras la entrada en vigor  
del RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre**

ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ

*Prof<sup>a</sup> Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Santiago de Compostela*

**Ciberseguridad en el Trabajo en Movilidad y a Distancia (Teletrabajo)**

MIGUEL RECIO GAYO

*Profesor Asociado de la Facultad de Derecho.*

*Universidad CEU San Pablo*

**TRIBUNA**

**M**e complace presentar un número con un contenido absolutamente actual y sugestivo, centrado en las nuevas tecnologías y el derecho del trabajo. Se encontrará así el lector con un número comprendido por cinco artículos, todos ellos de magnífico valor, por la calidad de las reflexiones y por la pertinencia del debate.

A través de los dos primeros artículos se apreciará la imposibilidad de obviar el colosal impacto que las nuevas tecnologías han tenido en el Derecho del Trabajo, en las relaciones laborales. En los últimos tiempos hemos sido testigos de un debate hegemónico entre *iustlaboralistas* a raíz de la creciente irrupción de empresas cuya organización (a múltiples niveles) pivota sobre aplicaciones informáticas o algoritmos. Este tipo de empresas, con su forma de contratación y su opaca gestión en materia de personal (a través del enigmático algoritmo) ha sido, si cabe, la última gota, la que ha desbordado el precario vaso del mercado de trabajo español (cabe decir que nos encontramos ante un debate a nivel global, no solo interno).

Recientes pronunciamientos de los más altos órganos judiciales españoles y británicos (el Tribunal Supremo español y la Suprema Corte del Reino Unido) han puesto de manifiesto esta situación a través de conocidas y muy comentadas resoluciones. Y no solo eso, sino que podemos afirmar que la han corregido y, como era de esperar, van reubicando en el lugar apropiado a las personas trabajadoras, calificando la relación que les une con sus empleadoras –repartidores y su empresa (España) y a conductores con su empresa (Reino Unido)– dentro del régimen del trabajo asalariado.

Actualmente, en España está pendiente de aprobarse un Real Decreto por el que Gobierno, Sindicatos y Patronal han convenido regular la condición y régimen de un concreto colectivo de trabajadores como personas asalariadas (los repartidores de comida a domicilio), abandonando, de esta manera, la equívoca creencia desatada en la práctica de que aquellas podían serlo en régimen de personas trabajadoras autónomas (aún siéndolo, en determinados casos, en régimen de dependencia económica). No obstante, queda aún mucho camino por recorrer, otros colectivos por atender y muchas otras materias conexas por tratar. Algunas de ellas, sin ir más lejos, han sido objeto de estos primeros artículos que se publican en el presente número.

En los siguientes tres artículos del presente número se tratarán materias relacionadas con el teletrabajo. No es posible abordar esta cuestión sin tener presente la reciente aprobación del Real Decreto–ley 28/2020, de trabajo a distancia y, de manera tangencial, la pandemia provocada por la COVID–19. Una regulación que ha supuesto una (r)evolu-

ción en la normativa sobre el teletrabajo. Una modalidad, esta, que inició su verdadero auge a raíz de la pandemia derivada de la COVID-19, que impulsó, cuando fue factible, el trabajo en casa. No obstante, parece previsible que, tras la aprobación del citado texto legal, el teletrabajo vea consolidada su presencia en el entrono de las relaciones laborales en España, si se dan las condiciones óptimas para ello.

El primer artículo que se encontrará el lector, a cargo de la profesora Sánchez-Urán Azaña, titulado “Concepto de Trabajador y Economía Digital. Respuesta en el contexto internacional y en el Derecho de la UE”, analiza, precisamente, el concepto de trabajador en un entorno de economía digital, y en un contexto internacional y comunitario. La autora lleva a cabo un riguroso repaso a la situación jurídica imperante en países de nuestro entorno, como son Francia, Italia y Estados Unidos (el Estado de California, concretamente). Nos traslada la autora una serie de reflexiones sobre las eventuales reformas legales que podrían acontecer en torno a las nuevas economías digitales. Concretamente, se centra el artículo en el trabajo de plataformas y en los límites, en términos de laboralidad, sobre los que debiera asentarse.

El segundo artículo, que lleva por título “Una primera aproximación a la “sustitución” tecnológica como causa de extinción del contrato de trabajo”, la profesora Igartua Miró aborda la eventual justificación tecnológica como fundamento de extinción del contrato de trabajo. Así, la autora nos invita a la reflexión sobre la sustitución del “ser humano por la máquina”. Concretamente, se ahonda en el análisis de un reciente caso polémico de despido objetivo basado en el reemplazo de una trabajadora por un *bot*. El artículo aborda el estudio de causas técnicas para la extinción del contrato por circunstancias objetivas y la eventual calificación que merecería esta “decisión empresarial de automatizar su actividad, como lógica derivación de la libertad de empresa”. Se pueden extraer, del presente artículo, como bien advierte su autora, variadas propuestas para equilibrar “la sostenibilidad del trabajo y la competitividad y futuro de las empresas”. Puede ser, sostiene, a través del “incremento de competencias tecnológicas y poniendo en valor ‘habilidades’ típicamente humanas, poco asumibles por las máquinas, sin olvidar la ética en la fabricación, diseño y utilización de los robots”.

El tercero de los artículos de este número, titulado “Prevención de Riesgos en el Trabajo a Distancia”, elaborado por el profesor y Magistrado Lousada Arochena, versa, precisamente, sobre prevención de riesgos laborales en el seno del trabajo a distancia. Así, el autor lleva a cabo un riguroso análisis del derecho de las personas trabajadoras a distancia, en lo tocante a la prevención de riesgos laborales. Se hace, en el presente artículo, un estudio amplio del Real Decreto-ley 28/2020, en lo que respecta a algunas de “sus novedades más significativas”, como son la contemplación del acoso sexual, el acoso por razón de sexo, los acosos discriminatorios y el acoso laboral, y de la violencia de género, como riesgos profesionales en el trabajo a distancia. Adicionalmente, el autor lleva a cabo un

examen totalmente ineludible sobre el Reglamento sobre riesgos de exposición a pantallas de visualización, tan vinculado al campo del teletrabajo.

En el cuarto artículo, con el título “El Acuerdo de Trabajo a Distancia tras la entrada en vigor del RD–Ley 28/2020, de 22 de septiembre”, se profundiza en el novedoso acuerdo de trabajo a distancia, tras la entrada en vigor del Real Decreto–ley 28/2020. En él, la profesora Villalba Sánchez nos advierte y nos invita a la reflexión sobre el potencial regreso de aquellas amenazas a las que se enfrentó en el pasado el Derecho del Trabajo y las cuales supo afrontar y superar. Concretamente, la autora, analiza precisamente el “auge de la autonomía de la voluntad como fuente reguladora de los derechos y obligaciones del trabajador en el seno del acuerdo de trabajo a distancia”. Así, la profesora Villalba Sánchez comparte su reflexión en torno a la eventual suficiencia de “los contrapesos previstos actualmente por el ordenamiento jurídico para reequilibrar la balanza y, así, establecer los límites al predominio de una libertad contractual susceptible de derivar en la imposición de condiciones leoninas al trabajador”.

El quinto y último artículo de este número 14, no por ello menos necesario, aborda un tema capital como es la ciberseguridad en los modelos de trabajo que cuenten con fuerte presencia de medios tecnológicos. Con el título “Ciberseguridad en el Trabajo en Movilidad y a Distancia (Teletrabajo)”, el profesor Recio Gayo se adentra en el estudio del trabajo en movilidad o a distancia (teletrabajo) surgido con ocasión de la pandemia derivada de la COVID–19. El autor reflexiona sobre las oportunidades, pero también sobre los retos, que supone el teletrabajo para las organizaciones. El profesor Recio Gayo advierte, en el profundo análisis llevado a cabo, de los peligros y amenazas, en términos de “confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información”, a que pueden quedar expuestas las organizaciones y personas trabajadoras si no se adoptan medidas de seguridad de la información o ciberseguridad adecuadas.

Queda a su disposición la lectura de todos estos magníficos artículos y su reflexión posterior. Sin duda altamente valiosa atendiendo a los tiempos que nos acechan y al extremo interés de la materia. Me gustaría agradecer las aportaciones de los autores y autoras contenidas en el presente número, por haber tenido el tiempo y las fuerzas para pensar, estudiar y escribir en un año aciago como lo fue el pasado, al igual que a todas las personas que colaboran con la Revista. Muchas gracias, también, a los lectores y lectoras por confiar su preciado tiempo a nuestra Revista.

**VÍCTOR SÁNCHEZ DEL OLMO**

*Secretario académico de la RDSyE*

Cantoblanco, a 25 de marzo de 2021

# ARTÍCULOS

# CONCEPTO DE TRABAJADOR Y ECONOMÍA DIGITAL. RESPUESTA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO DE LA UE

*THE CONCEPT OF WORKER AND DIGITAL ECONOMY.  
RESPONSE IN THE INTERNATIONAL CONTEXT AND IN THE EU LAW*

**YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM*

Fecha de recepción: 3/02/2020

Fecha de aceptación: 6/12/2020

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. PLATFORM WORK Y CONCEPTO DE TRABAJADOR. 3. DERECHO DE LA UE. TRABAJO EN PLATAFORMAS Y CONCEPTO COMUNITARIO DE TRABAJADOR. 4. RESPUESTA LEGAL AL TRABAJO EN PLATAFORMAS EN OTROS PAÍSES. 4.1 Países de la Unión Europea. 4.1.1. Italia. Los cambios legales tras la sentencia Foodora. 4.1.2. Francia. Trabajador independiente más responsabilidad social de las empresas. 4.2. Reforma legal extracomunitaria. La no asunción del “dependent contractor” por la Ley California, conocida como AB5. 5. REFLEXIONES FINALES.

**RESUMEN:** En el contexto internacional y en el Derecho de la UE, se analizan las reformas legales en torno a las nuevas formas de empleo ligadas a las transformaciones digitales; en especial, en torno al Platform Work y la cuestión atemporal sobre las fronteras de laboralidad.

**ABSTRACT:** In the international context and in EU law, legal reforms are analysed around the new forms of employment linked to the digital transformations; in particular, around the Platform Work and the timeless question of the frontiers of employment contract.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de la Unión Europea, concepto comunitario de trabajador, trabajo en plataformas digitales, laboralidad.

**KEYWORDS:** EU Law, worker in EU, platform work, employment contract.

## 1. INTRODUCCIÓN

**H**oy nos desbordan los informes, estudios, predicciones de instituciones públicas y privadas en torno a la tecnología digital y su proyección sobre el que se dice “trabajo del futuro”.

Las cuestiones actuales no difieren de las del pasado: ¿cuál es el futuro del trabajo en un mundo que se transforma constantemente por la innovación tecnológica?; ¿qué significa este constante proceso de innovación para los trabajadores y sus puestos de trabajo?; ante la transformación de competencias asociadas, ¿cuáles serán la que se vuelven obsoletas y cuáles serán indispensables a partir de ahora? Preguntas que sin una respuesta inequívoca afloran en cada etapa nueva de inflexión tecnológica, porque hay un vínculo ambivalente entre ésta la tecnología y el empleo.

Y el debate trasciende desde el específico de las Plataformas Digitales (o de la Economía de Plataformas) –aunque se considera un referente concreto para analizar algunas de las que se presentan como tendencias del mercado de trabajo y se utiliza como prueba de laboratorio para constatar el impacto del progreso tecnológico digital sobre la calidad del empleo– al más general de la Economía Digital. Y en torno a ella sobre los retos actuales y futuros de un mundo del trabajo en rápida evolución por el impacto de la tecnología. Debate a todos los niveles territoriales y preocupación por todos los operadores jurídicos, sociales y económicos, en los que se urge afrontar el cambio que el progreso tecnológico está produciendo en el mercado de trabajo y en las formas de empleo típicas o tradicionales o atípicas o no estándares.

En el Informe de la OCDE, *Policy Responses to New Forms of Work*<sup>1</sup>, se preguntaba a los países por lo que entendían bajo la expresión “nuevas formas de empleo” en el contexto de la digitalización, confrontándolas respecto de los “contratos de empleo estándar”. Las respuestas más citadas por los países fueron el empleo autónomo, expresando al respecto el problema derivado de la calificación o distinción entre el Falso y el Real o genuino trabajo autónomo. El trabajo en plataformas, conectado al anterior porque esta prestación de servicios es solo una parte de la tendencia general hacia la utilización del trabajo autónomo.

.....  
1 <http://www.oecd.org/employment/policy-responses-to-new-forms-of-work-0763f1b7-en.htm>. Véase también el informe *The Future of Work, Employment Outlook 2019*; puede consultarse en <https://www.oecd.org/employment/employment-outlook-2019-highlight-en.pdf>.

Seguidos muy de cerca por el trabajo parcial y el trabajo temporal, respecto de los que se plantearon como cuestiones la precariedad económica, la seguridad de los ingresos y las condiciones de trabajo. Muchos países citaron también los contratos de horas variables y el trabajo casual.

De modo que en esos informes se presentan las nuevas formas de empleo vinculadas o ligadas a las transformaciones digitales con especial atención a la confluencia entre la cuestión atemporal (fronteras de laboralidad<sup>2</sup>) y la irrupción de las plataformas digitales. Es habitual también que se relacione con el ámbito de protección ofrecido por las normas laborales a quienes se considera trabajador asalariado; y que se proyecte sobre la necesidad de protección de quienes en el ámbito del respectivo ordenamiento jurídico nacional cabe definir como trabajador no asalariado o autónomo cuando éste trabaja en régimen de alteridad.

Al margen de las otras formas de empleo no estándar (tales como el trabajo a tiempo parcial, el de duración determinada o a través de agencias de trabajo temporal<sup>3</sup> –respecto de los que también cabría plantear su adecuación al realidad social y económica actual e incluso la necesidad de intervención legislativa también a nivel del Derecho de la UE–), centremos nuestra atención en la que ya se conoce como “platformización” del mercado laboral a nivel global sólo sea porque progresivamente están creciendo los trabajos con soporte técnico o digital en proporción relativamente amplia en los países<sup>4</sup>; porque cada vez adquieren mayor relevancia a medida que más trabajadores dependen de las plataformas como su principal fuente de ingresos (FORDE<sup>5</sup>; BERG<sup>6</sup>); y en fin, porque el negocio de la plataforma permite la creación de una forma no estándar de trabajo, calificada como “una forma de externalización extrema que podría llevar [...] en última instancia a más erosión de los derechos y beneficios de los trabajadores”<sup>7</sup>.

Es por tanto inevitable que la definición del trabajo en plataformas como trabajo no estándar (instalado en la zona gris) y la clasificación binaria entre trabajador por cuenta ajena y trabajador autónomo aboque a las instituciones político-legislativas a nivel nacional, UE e internacional a explorar las opciones posibles de respuesta a este fenómeno, así como a todos los nuevos acuerdos de trabajo posibilitados por los avances tecnológicos.

.....

2 Así lo anticipaba PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, FRANCISCO: *Nuevas tecnologías y relación individual de trabajo*; Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp.34 y 37.

3 Sobre la regulación nacional de estas formas de empleo atípicas en varios países de la UE, vid. WAAS, B. and VAS VOSS, G.H. (Eds): *Restatement of Labour Law in Europe*, Vol II, Hart Publishing, Oxford, 2019.

4 Véase en relación con las Plataformas Digitales y el número de Platform Workers estimados, el Informe OCDE: *Measuring Platform Mediated Workers*, Núm.282, 2019. Puede consultarse en file:///G:/Mi%20unidad/Tecnología%20y%20Derecho%20del%20Trabajo/iNFORMES%20Y%20ESTUDIOS/OCDE%20MEASURING-PLATFORM-MEDIATED-WORKERS.pdf.

5 FORDE, C. et al.: *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, Directorate General For Internal Policies, European Parliament, 2017, Brussels.

6 BERG, J.: “Income Security in the On-Demand Economy: Findings and Policy Lessons from a Survey of Crowdworkers” in *Comp. Lab. L. & Pol’y J.*, 37(3), 2016, pp. 543–576.

7 CHERRY, M. A.: “Virtual work and invisible labor” in CRAIN, M., POSTER, W. and CHERRY, M. (Eds.), *Invisible Labor: Hidden Work in the Contemporary World*, Oakland, CA, 2016 pp. 71–86.

Las propuestas legislativas a nivel nacional no son, como veremos, exactamente coincidentes y tampoco se ha podido abordar a nivel de la UE una regulación específica por razones varias, incluidas las económicas y políticas (difícil consenso entre los países), sin olvidar las técnico-jurídicas. Recuérdese a estos efectos la introducción de categorías intermedias en el estatus de trabajador (*worker*); el desarrollo de nuevos “test” judiciales en la jurisprudencia de indicios; los límites al autoempleo y reclamaciones de los considerados falsos-autónomos; así como los informes nacionales al respecto para buscar clarificar la situación (entre otros Taylor Review, 2017, UK<sup>8</sup>).

Al margen ahora de la propuesta a nivel UE, a la que se dedicará atención inmediata en este estudio, se aprecia una mayor dificultad en los sistemas de gobernanza internacional, instituciones y derecho a ese nivel, con una tendencia acusada hacia la desregulación o el soft law. En este sentido la OIT parece decidida a mirar de manera autocrítica a su propias actividades y métodos para alcanzar los objetivos de la Declaración de la OIT sobre los Derechos Sociales y las Libertades Fundamentales, 2008; se hace cada vez más hincapié en los instrumentos de soft law, como por ejemplo, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (a menudo conocidos como “los Principios Ruggie”), (ONU, 2011). Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y su ‘seguimiento’ parecen ir en contra de estas presiones desreguladoras, lo que indica la determinación de ofrecer un marco de gobernanza internacional que pone las preocupaciones sobre el trabajo junto con las demandas económicas en las relaciones entre los Estados y entre las empresas multinacionales y las empresas financieras transfronterizas<sup>9</sup>.

En su informe sobre “Trabajar para un futuro más prometedor”<sup>10</sup>, publicado el pasado 22 de enero de 2019, presenta un programa centrado en las personas para el futuro del trabajo, en torno a tres objetivos concretos: inversión en capacidades de las personas, en las instituciones del trabajo y en el trabajo decente y sostenible. En relación con el segundo objetivo, el de invertir en las instituciones del trabajo, se presta atención al concreto de utilización de la tecnología para potenciar el trabajo decente y “bajo control humano”, ya que , se vuelve a insistir, el trabajo no es una mercancía y el trabajador no es un robot,

.....

8 WOOD, J.: “The Taylor Review: understanding the gig economy, dependency and the complexities of control”, *New Technology, Work and Employment*, Vol.34, N.2, 2019, p.111-115. Aunque en este apartado no se ha avanzado sustancialmente, según informan en [https://theword.iuslaboris.com/hrlaw/insights/what-is-to-come-for-uk-employment-law-under-the-new-conservative-government?utm\\_source=linkedin&utm\\_medium=social\\_post&utm\\_campaign=What%20is%20to%20come%20for%20UK%20employment%20law%20under%20the%20new%20Conservative%20government%3F](https://theword.iuslaboris.com/hrlaw/insights/what-is-to-come-for-uk-employment-law-under-the-new-conservative-government?utm_source=linkedin&utm_medium=social_post&utm_campaign=What%20is%20to%20come%20for%20UK%20employment%20law%20under%20the%20new%20Conservative%20government%3F).

9 Como se ha expresado “lo que está claro es que la capacidad para crear alternativas (o incluso una reforma de la política macroeconómica) es un requisito clave para la formulación de políticas nacionales y locales eficaces”, MEDLAND, L. and others: “The future of work? A call for de recognition of continuities in challenges for conceptualising work and its regulation”, *Law Research Paper Series*, 2019, University of Bristol; puede consultarse en [https://www.bristol.ac.uk/media-library/sites/law/documents/Jan19%20research%20paper%201%20Medland%20et%20al%20merged\\_final.pdf](https://www.bristol.ac.uk/media-library/sites/law/documents/Jan19%20research%20paper%201%20Medland%20et%20al%20merged_final.pdf).

10 Puede consultarse en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms\\_662442.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf).

poniendo de manifiesto que “La realización del potencial de la tecnología en el futuro del trabajo depende de decisiones fundamentales en relación con la concepción del trabajo, que podrían implicar debates en profundidad entre trabajadores y directivos para el «diseño» de los puestos de trabajo”. El informe aboga por el establecimiento de un sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales de trabajo que “establezca y exija que las plataformas (y sus clientes) respeten ciertos derechos y protecciones”. Expresa el documento:

“Al mismo tiempo, la tecnología digital crea nuevos retos para la aplicación efectiva de las protecciones laborales. Las plataformas digitales de trabajo (también llamadas plataformas de microtarefas) proporcionan nuevas fuentes de ingresos a muchos trabajadores en diferentes partes del mundo, pero la dispersión inherente a ese tipo de trabajo en múltiples jurisdicciones internacionales dificulta el control del cumplimiento de las legislaciones laborales aplicables. El trabajo a veces está mal remunerado, a menudo por debajo de los salarios mínimos vigentes, y no existen mecanismos oficiales para hacer frente al trato injusto<sup>11</sup>. Como esperamos que esta forma de trabajo se expanda en el futuro, recomendamos el desarrollo de un *sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales de trabajo que establezca y exija que las plataformas (y sus clientes) respeten ciertos derechos y protecciones mínimos*”.

La propuesta al respecto de la organización internacional, en el contexto de lo que denomina “responsabilidad de la OIT”, se concreta en recomendar a la propia institución para que preste especial atención a la universalidad de su mandato. Esto implica, dice el Informe:

“aumentar el alcance de sus actividades para incluir a quienes, históricamente, han permanecido excluidos de la justicia social y del trabajo decente, en concreto los trabajadores informales. Asimismo, entraña tomar medidas innovadoras para dar respuesta a las situaciones cada vez más variadas en las que se realiza el trabajo, en particular al fenómeno emergente del trabajo digital a través de la economía de plataformas. Consideramos que la garantía

.....

11 Conforme al Informe de BERG, J., FURRER, M., HARMON, E., RANI, U. and SILBERMAN, M.S.: *Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world* (Ginebra, OIT, 2018. Resumen ejecutivo en español titulado *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_645887.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_645887.pdf).

laboral universal es una herramienta adecuada para afrontar estos desafíos y recomendamos que la OIT preste atención con urgencia a los medios de ponerla en práctica”.

¿Qué entiende por garantía laboral universal la organización internacional? Conforme se lee en pp.12, 39 y ss.:

“Todos los trabajadores, con independencia de su acuerdo contractual o situación laboral, deberían disfrutar de derechos fundamentales del trabajo, un «salario vital adecuado» (Constitución de la OIT, 1919), límites máximos respecto a las horas de trabajo y protección en relación con la seguridad y la salud en el trabajo. Los convenios colectivos o la legislación pueden aumentar este piso de protección social. Esta propuesta contribuye también a que se reconozca la seguridad y la salud en el trabajo como uno de los principios y derechos fundamentales del trabajo”.

## 2. PLATFORM WORK Y CONCEPTO DE TRABAJADOR

Tanto a nivel interno en los diferentes países, de la UE y extracomunitarios, como a nivel del Derecho de la UE se debate si el Derecho Social puede adaptarse (ampliarse) a las nuevas formas de empleo como mecanismo o vía de extensión del nivel de protección que se dice es necesario para algunos de los trabajadores autónomos –aunque no quepa concebirlos como trabajadores asalariados y sin que haya que modificar el concepto de trabajador sujeto del Derecho del Trabajo–. O si hay que abandonar definitivamente la distinción binaria trabajo asalariado–trabajo autónomo y avanzar hacia la que se conoce como “relación personal de trabajo” (idea, como se sabe, planteada por Freedland<sup>12</sup>, con fundamento en la que se conoce en el contexto anglosajón como *purposive approach*). En este sentido, no son pocas las voces en la doctrina comparada que en la actualidad proponen una redefinición “global” del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, aunque los conceptos nacionales de trabajador (asalariado) tienden a estar conformados

.....  
12 FREEDLAND, M.: “From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus”, 2016, *Industrial Law Journal* 35. Posteriormente FREEDLAND, M. and COUNTOURIS, N.L.: *The Legal Construction of Personal Work Relations*, 2011, Oxford.

por referencia a un núcleo relativamente común de criterios y de indicadores o indicios<sup>13</sup>, que giran principalmente en torno al rasgo de subordinación o control en la prestación de servicios remunerados.

El ámbito de aplicación personal del Derecho laboral quedaría conformado por cualquier persona que fuera contratada por otra para prestar *personalmente* un trabajo, a menos que esa persona *estuviera operando genuinamente un negocio por su propia cuenta*<sup>14</sup>. La idea se aparta de la que se dice visión tradicional, la de la división binaria, definida por referencia a los conceptos de subordinación y control. Contrapuesta la idea de negocio frente a la de trabajo personal, quedaría solo al margen del Derecho del Trabajo (entendido en sentido amplio como que incluye de trabajo individual y colectivo, pero también de igualdad de empleo), el trabajo que *no es predominantemente o prevalentemente personal, y es principalmente (a diferencia de ocasionalmente o excepcionalmente) proporcionado por medio de dependientes o sustitutos o cuando quien realiza el trabajo es dueño de un importante capital –en forma de tecnología o activos– siendo éste esencial para realizar el servicio*. Volveremos sobre esta cuestión infra apartado 3 y 4.

¿Es ésta la respuesta nacional que se atisba en los Países de la UE o la respuesta legal existente en el país de origen del autor proponente, Gran Bretaña? O, incluso ¿es la respuesta que se atisba en la UE cuando la presidenta de la Comisión Europea insta a fortalecer la dimensión social de la UE y avanzar hacia la Economía Europea Social del Mercado Único? ¿Es la que mejor permite solucionar el problema del estatus jurídico del trabajo en plataformas? La respuesta nacional no es exactamente coincidente a la Economía de plataformas digitales<sup>15</sup> en una perspectiva de análisis comparado entre países. Y todo indica que, pese a los intentos de la OIT de una gobernanza internacional sobre el trabajo en la era digital, también en el trabajo por cuenta propia<sup>16</sup>, no cabe apreciar una estrategia global de enfoque debido, en primer lugar, a la heterogeneidad de las plataformas y las diversas modalidades en que el trabajo en plataformas se realiza<sup>17</sup>.



13 Véase WAAS, B. and HEERMA van VOSS, G. (Eds): *Restatement of Labour Law in Europe*, Vol.I, The Concept of Employee; Hart Publishing, Oxford, 2017.

14 COUNTOURIS, N, and DE STEFANO, V.: *New Trade Union Strategies for New Forms of Employment*; 2019, ETUC, Bruselas, puede consultarse en [https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2019-04/2019\\_new%20trade%20union%20strategies%20for%20new%20forms%20of%20employment\\_0.pdf](https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2019-04/2019_new%20trade%20union%20strategies%20for%20new%20forms%20of%20employment_0.pdf), p.65.

15 Sobre la situación nacional, con aporte de análisis comparado de varios países (Austria, Bélgica, España, EEUU, Francia, Italia, Países Bajos, Rumania, Reino Unido, Suiza) vid. DAUGAREILH, I, DEGRYSE, C. et POCHET, P. (Dtores): *Économie de plateforme et droit social : enjeux prospectifs et approche juridique comparative* –ETUI, Working Paper 2019.10; puede consultarse en file:///C:/Users/user/Downloads/WP-2019.10-FR-v8-WEB.pdf.

16 –Argumentos sobre normas de remuneración mínima también para los autónomos, en DAVIDOV, G.: “The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach”. *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, 2017, Vol. 6. No.1-2, pp: 6–15. GROSHEIDE, E. and BERENBERG, M.: “Minimum Fees for the Self-Employed: A European Response to the ‘Uber-ized’ Economy?” *The Columbia Journal of European Law*, 2016, Vol. 22, No.2, pp: 193–236.

17 Vid. MEXI, M.: *Social Dialogue and the Governance of the Digital Platform Economy: Understanding Challenges, Shaping Opportunities* Background paper for discussion at the ILO-AICESIS-CES Romania International Conference (Bucharest, 10–11 October 2019). Puede consultarse en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms\\_723431.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms_723431.pdf).

De ahí que en el último informe de Eurofound, *Platform work: Maximising the potential while safeguarding standards?*<sup>18</sup>, 2019, en el contexto de análisis de cinco tipos de plataformas (tres de trabajo off-line/on-location; dos de trabajo on-line), se exprese, de nuevo, la dificultad de dar respuesta única (*on-size-fits-all approach*). Y sobre la cuestión más debatida, la del estatus de empleo de los trabajadores de plataformas, promueve la solución siguiente:

“...policymakers might consider instituting a default classification as employee or self-employed based on the typology of platform work. It would then rest with the platforms to provide justification for a different employment status on the basis of their individual business model and the mechanisms by which it operates”

Se anunciaba no hace mucho tiempo atrás que el enfoque en el seno de la UE se orientaba a fortalecer gradualmente y aclarar el concepto comunitario de “trabajador” a través de la adopción de nuevos instrumentos normativos, Directivas y Recomendaciones<sup>19</sup>. Pero la realidad normativa, como se verá en el epígrafe siguiente, se ha impuesto a estas propuestas doctrinales de expansión o ampliación del concepto, con una solución final mucho más contenida.

Algunos de los principales problemas y discusiones (tales como el estatus de empleo y las condiciones de trabajo en las distintas formas de empleo, incluido en los documentos más actuales el trabajo en plataformas) se han tratado por la Comisión Europea en la Estrategia sobre un Mercado Digital<sup>20</sup>; por la Comisión y el Parlamento en la Agenda Europea para la Economía Colaborativa<sup>21</sup>; y en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017. La relevancia del tema está ampliamente justificada ya que este fenómeno emergente personifica los efectos de las tendencias concomitantes que remodelan el mercado laboral, incluyendo la reestructuración, la externalización, la descentralización y el trabajo por cuenta propia y terciario. Para decirlo sin rodeos, el significado del trabajo de plataforma –cuyas proporciones exactas siguen siendo objeto de controversia– va

.....

18 Puede consultarse en [https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef19045en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef19045en.pdf).

19 En este sentido se pronunciaban COUNTOURIS, N and DE STEFANO, V.: *New Trade Union Strategies...cit.*, p. 16.

20 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital Un mercado único digital conectado para todos COM/2017/0228 final. Puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0228&from=ES>.

21 Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa; puede consultarse en [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271\\_ES.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_ES.html).

mucho más allá de su relevancia actual como fuente de empleo<sup>22</sup>. Y como ha expresado Ichino<sup>23</sup>, la respuesta a las necesidades legales y sociales y a los problemas que plantean las plataformas de mediación laboral no es restringir este tipo de trabajo. El desafío más apremiante para el Derecho del Trabajo hoy en día no es cómo rediseñarlo para incluir nuevas formas de trabajo sino en cómo crear derechos para los trabajadores en su ‘transición del viejo al nuevo trabajo’.

### 3. DERECHO DE LA UE. TRABAJO EN PLATAFORMAS Y CONCEPTO COMUNITARIO DE TRABAJADOR

**H**ace ya más de una década, el Libro verde la Comisión Europea, *Modernizando el Derecho del trabajo para alcanzar los retos del SXXI*<sup>24</sup>, decía:

"La aparición de distintas formas de trabajo atípicas difumina las fronteras entre el Derecho laboral y el Derecho mercantil. La distinción binaria tradicional entre trabajador por cuenta «ajena» y trabajador por cuenta propia ya no refleja fielmente la realidad económica y social del trabajo. Pueden surgir diferencias sobre la condición jurídica de una relación laboral cuando está oculta o si surgen verdaderas dificultades de ajuste entre unas nuevas modalidades de trabajo dinámicas y la relación laboral tradicional."

Y continuaba:

"La noción de «trabajo económicamente dependiente» abarca situaciones que se hallan entre las nociones claramente definidas de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia. Esta categoría de trabajadores carece de contrato de trabajo. No depende de la legislación laboral, dado que ocupa una «zona gris» entre el Derecho laboral y el Derecho mercantil. Aunque son oficialmente «tra-

22 ALOISI, A.: *Negotiating the digital transformation of work: non-standard workers' voice, collective rights and mobilisation practices in the platform economy*; EUI Working Papers, NWP 2019/03. Puede consultarse en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3404990](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3404990).

23 ICHINO, P.: "A new labour law for platform workers and umbrella companies", en WASS, B., PAVLOU, V. and GRAMANO, E. (Eds): *Work Organisation, Labour & Globalisation, Digital Economy and the Law*, 2018, Vol.12, Núm.2, pp. 12-22.

24 Puede consultarse en [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004\\_2009/documents/com/com\\_com\(2006\)0708\\_/com\\_com\(2006\)0708\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2006)0708_/com_com(2006)0708_es.pdf).

bajadores por cuenta propia», estos trabajadores dependen económicamente de un solo empresario o cliente/empleador para la obtención de sus ingresos. Este fenómeno debería diferenciarse claramente de la falsa utilización, de forma deliberada, de la calificación de trabajo por cuenta propia.<sup>25</sup> Algunos Estados miembros ya han adoptado medidas legislativas para proteger la situación jurídica de los trabajadores por cuenta propia económicamente dependientes y vulnerables."

Desde entonces, ¿ha cambiado y en qué sentido el concepto de trabajador en el Derecho de la UE?; ¿hay una tendencia generalizada al respecto?; ¿qué aporta en este sentido el TJUE?

Hasta la fecha no se ha afrontado la modificación profunda de las Directivas sobre Trabajo Atípico, esto es, la Directiva sobre trabajo de duración determinada, Directiva sobre trabajo a tiempo parcial y Directiva sobre Agencias de Trabajo Temporal. De modo que en la actualidad el referente normativo es la Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles, mucho más ambiciosa que su predecesora, la Directiva 91/533/CEE, porque, si bien desarrolla la obligación de informar sobre las condiciones de trabajo, también incluye en su parte segunda aspectos esenciales relativos a la prestación de trabajo; entre ellos, período de prueba, pluriempleo, asignación de tareas, cambio de contrato, derecho a la formación profesional.

Esta Directiva es fruto de la iniciativa europea sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales (en concreto en relación con los principios 5<sup>o</sup><sup>26</sup> y 7<sup>o</sup><sup>27</sup>). Y permite de nuevo afrontar

.....

25 En torno al "falso autónomo", el CESE proponía no hace mucho tiempo profundizar en la presunción del contrato de trabajo "si se cumplen al menos cinco de los siguientes criterios respecto de la persona que lleva a cabo el trabajo: (a) esta persona depende de una única persona a la que presta servicios en una proporción que asciende a como mínimo el 75 % de sus ingresos durante un período de un año; (b) esta persona depende de la persona a la que presta el servicio para determinar qué trabajo debe realizarse y dónde y cómo debe llevarse a cabo; (c) esta persona realiza el trabajo utilizando equipamiento, herramientas o materiales proporcionados por la persona a la que presta el servicio; (d) esta persona está sujeta a un horario o a períodos laborales mínimos fijados por la persona a la que presta el servicio; (e) esta persona no puede subcontratar a otras personas para que la substituyan en la prestación; (f) esta persona está integrada en la estructura del proceso de producción, la organización del trabajo o la jerarquía de la empresa u organización; (g) la actividad de esta persona es un elemento esencial en la organización y consecución de los objetivos de la persona a la que presta el servicio, y (h) esta persona lleva a cabo tareas similares a las de los empleados o, en caso de que el trabajo se externalice, a las que llevaban a cabo los empleados con anterioridad". Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Uso abusivo del estatuto de trabajador autónomo» (Dictamen de iniciativa), 2013/C 161/03, DOUE de 6 de junio de 2013.

26 Capítulo II, principio núm.5: "Con independencia del tipo y la duración de la relación laboral, los trabajadores tienen derecho a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo, acceso a la protección social y formación. Debe fomentarse la transición hacia formas de empleo por tiempo indefinido. De conformidad con la legislación y los convenios colectivos, debe garantizarse la flexibilidad necesaria para que los empresarios puedan adaptarse con rapidez a los cambios en el contexto económico. Deben promoverse formas innovadoras de trabajo que garanticen condiciones de trabajo de calidad. Deben fomentarse el espíritu empresarial y el trabajo por cuenta propia y facilitarse la movilidad profesional. Deben evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos. Los periodos de prueba deben tener una duración razonable.

27 Capítulo II, principio núm.7.7: "Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido. Los trabajadores tienen derecho a ser informados por escrito al comienzo del empleo sobre sus derechos y obligaciones derivados de la relación laboral, incluso en periodo de prueba. Antes de proceder a un despido, los trabajadores tienen derecho a ser informados de los motivos de este y a que se les conceda un plazo razonable de

el análisis del concepto comunitario de trabajador y, en particular, el de plataformas digitales, testando al respecto los recientes debates sobre su estatus jurídico a nivel de la UE.

Conviene brevemente recordar el contexto en el que surge esta Directiva, tendente a la extensión del ámbito de protección del Derecho del Trabajo en un proceso acelerado de transformación digital, tal y como explica el Grupo de Alto Nivel de la UE en su Informe sobre el “Impacto de la transformación digital en los mercados laborales de la UE”<sup>28</sup> con un enfoque inclusivo y equitativo.

Ante las dos posibilidades abiertas, redefinir el concepto de trabajador o introducir una categoría intermedia, se propuso inicialmente por la Comisión Europea adoptar un concepto de trabajador, definiendo un ámbito de aplicación personal relativamente amplio. Se presentaba como una iniciativa pionera porque por primera vez en el Derecho Social de la UE se proponía “codificar” el concepto asumido por el TJUE a lo largo de estos años, de modo que podía entenderse como afianzamiento de la tendencia comunitaria desde la fragmentación normativa hacia el incremento de la “universalidad” (limitada) propuesta progresivamente por el TJUE<sup>29</sup> sobre la “idea de necesidad de protección inherente a la norma a aplicar en cada caso”<sup>30</sup>.

La propuesta fue fuertemente contestada por los Estados miembros tras el dictamen motivado del Parlamento sueco en el que se afirmaba que el Proyecto no cumplía con el principio de subsidiariedad. Y tampoco ahorraron críticas los interlocutores sociales, aunque en sentido diverso unos respecto de otros.

Los empresarios europeos se declararon “fuertemente opuestos a la introducción de una definición de trabajador a nivel de la UE” (...) Los Estados miembros deben conservar la responsabilidad de la decisión política de definir quién es empleado y quién es autónomo “, de acuerdo con las no exactamente coincidentes medidas nacionales entre los diferentes Estados (Business Europe 2018<sup>31</sup>).



preaviso. Tienen derecho a acceder a una resolución de litigios efectiva e imparcial y, en caso de despido injustificado, tienen derecho a reparación, incluida una indemnización adecuada.

28 <file:///C:/Users/user/Downloads/FinalReportHLGontheImpactoftheDigitalTransformationonEULabourMarkets.pdf>.

29 Últimamente, COUNTOURIS, N.: “The Concept of ‘Worker’ in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope”, *Industrial Law Journal*, Vol. 47, Núm.2, July 2018.

30 MOLINA NAVARRETE, C.: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria*; Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 119.

31 Business Europe (2018) Commission’s proposal for a Directive on transparent and predictable working conditions, BusinessEurope’s views, 26 febrero 2018. Puede consultarse en [https://www.busesseurope.eu/sites/buseur/files/media/position\\_papers/social/2018-02-26\\_busesseurope\\_position\\_draft\\_directive\\_transparent\\_predictable\\_working\\_conditions.pdf](https://www.busesseurope.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/social/2018-02-26_busesseurope_position_draft_directive_transparent_predictable_working_conditions.pdf). Se recuerda en relación con las prácticas nacionales, en relación con la jurisprudencia –se dice amplia y extensiva– del TJUE, que: “The definition used so far by the ECJ in concrete cases is broad and extensive. It fails to adequately address the complex nature of the issue of who is an employee and who is self-employed. National definitions used for the purpose of the application of labour law or social security provisions are more precise. For example, in Austria, subjection to personal instructions is only one of six elements of personal dependency (in addition to integration in the company organization, compliance with regulations, control subjectivity, disciplinary responsibility and personal duty to work), which in turn is a prerequisite for the existence of an employment relationship. In Belgium, the intention of the parties has to be taken into consideration in any

Por otro lado, y en sentido contrario, se manifestó la Confederación Europea de Sindicatos porque en su opinión cerraba la puerta a la línea argumental para interpretar el concepto de “trabajador” en un sentido expansivo y para sustituir, en su caso, la falta de subordinación con argumentos económicos, en especial, el factor de vulnerabilidad económica en que pueden encontrarse trabajadores que pueden ser asimilados al concepto de trabajador basado más en la dependencia económica<sup>32</sup>.

Tal y como se preveía entonces, y pese al Informe del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2018, que incorporaba dos preceptos uno sobre el principio de primacía de los hechos y otro sobre la presunción de existencia del contrato de trabajo,<sup>33</sup> la propuesta sufrió importantes modificaciones en el Consejo, seriamente socavada la intención de la Comisión de salvaguardar un ámbito de aplicación personal uniforme que impidiera a los Estados miembros soslayar la definición de trabajador a estos efectos.

Lo que ahora queda de aquella propuesta pasa a ser un mero considerando, el 8, y una definición del ámbito personal de aplicación en los términos siguientes, art.1º.2:

*“un contrato de trabajo o una relación laboral tal como se define en la ley, los convenios colectivos o la práctica en vigor en cada Estado miembro, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.*

De la Jurisprudencia del TJUE, que da cuenta brevemente el considerando 8 de la Directiva<sup>34</sup>, desarrollada inicialmente en el contexto de la libertad de circulación de los trabajadores

.....

assessment. In Ireland, the legal tests developed over time take account of factors such as control, mutuality of obligation, level of enterprise or entrepreneurship and integration into the business. The definition proposed by the Commission fails to address many of these factors. National definitions sometimes vary between sectors, branches of law (social security & labour law) and collective agreements, and this is considered useful in order to adapt to different work organisation practices. National definitions are adjusted when needed, including by case law, to the new developments on the labor markets. As developments and practices differ between countries (e.g. the ways casual work is organised including the existence of e.g. voucher work, zero hours contract), introducing a “one size fits all” forever EU definition would not be agile and therefore harmful for the creation of well-functioning labour markets and social security systems adapted to future developments”.

32 file:///C:/Users/user/Downloads/C\_2017\_6121\_F1\_OTHER\_AUTONOMOUS\_ACT\_EN\_V6\_P1\_947404.pdf.

33 El informe del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2018 incorporaba dos preceptos que, en gran medida, recuerdan los conflictos y soluciones judiciales contradictorias en muchos de los países de la Unión Europea en torno al supuesto del trabajo en plataformas digitales y su calificación jurídica. En efecto, el Parlamento propuso introducir el art.14 bis (con la rúbrica “Primacía de los hechos”), y disponía que “La determinación de la existencia de una relación laboral (*employment relationship* en el texto en inglés) se guiará por los hechos relativos a la ejecución real del trabajo y no por el modo en que las partes describen la relación”. Y el art.17 bis, que expresaba que “La carga de la prueba de la ausencia de una relación laboral recaerá en la persona física o jurídica que se identifique como empleador”. Este último ha desaparecido en la versión definitiva oficial de la Directiva; y el art. 14 bis ha quedado incorporado al Considerando 8, vid. infra.

34 Dice el Considerando 8: “En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia») ha establecido criterios para determinar el estatus de un trabajador. La interpretación que el Tribunal de Justicia hace de esos criterios debe tenerse en cuenta en la aplicación de la presente Directiva. **Siempre que cumplan esos criterios**, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, **los trabajadores de las plataformas en línea**, los trabajadores en prácticas y los aprendices pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva. **Los trabajadores que realmente sean por cuenta propia no deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva ya que no**

(art.45 TFUE) destacan los rasgos o elementos básicos de la definición comunitaria de trabajador (worker), que, conforme a la Directiva, se han de tener en cuenta en su implementación.

Recordemos que el concepto autónomo, comunitario, de trabajador conforme a la Jurisprudencia del TJUE es el que conocemos como “test Lawrie Blum” adelantó las que serán señas de identidad en esta materia<sup>35</sup>: 1) El fundamento: la libre circulación de los trabajadores es uno de los principios fundamentales de la Comunidad. 2) La consecuencia: el concepto de trabajador a estos efectos debe tener una interpretación uniforme, comunitaria y autónoma respecto de la formulada por las legislaciones nacionales. 3) La razón: se impide que los Estados Miembros modifiquen a su voluntad el concepto y, en consecuencia, eliminen la protección prevista por el TFUE a estas personas. 4) El concepto: se basa en un criterio objetivo de definición de la relación laboral (*employment relationship* en la versión inglesa) en torno a “los derechos y deberes” de los sujetos (obligaciones recíprocas o “mutuality of obligations”, en la orientación doctrinal anglosajona) y se define como la realización por una persona, “durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración”. 5) El test-trabajador: gira en torno a los tres criterios acumulativos (dependencia, remuneración y “actividad económica”) que el TJUE considera necesarios para que haya relación laboral, diferenciando desde entonces a los que son trabajadores a efectos del Derecho de la UE de quienes son genuinos trabajadores por cuenta propia (self-employed).

Realización de una actividad económica, es decir, trabajo genuino y efectivo y no puramente marginal u ocasional. Conforme a la Jurisprudencia del TJUE que “la actividad perseguida sea genuina y efectiva, con exclusión de actividades en una escala tan pequeña que se considere puramente marginal y auxiliar” (Asunto 53/81) y sobre todo, la referencia a trabajo realizado bajo dependencia personal, subordinación o también denominada dependencia organizacional.

Una de las cuestiones actuales más debatidas es la posibilidad de una interpretación extensiva o amplia, o digámoslo sin rodeos, sobre si el TJUE avanzará hacia un concepto de dependencia económica, tal y como se plantea por un sector de la doctrina en el con-

.....

**cumplen estos criterios.** El abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define la legislación nacional, ya sea a escala nacional o en situaciones transfronterizas, es una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estos trabajadores deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. **La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación**” (la negrita y cursiva nuestras). Se citan las sentencias del TJUE siguientes: 3 de julio de 1986, Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, C-66/85; de 14 de octubre de 2010, Union Syndicale Solidaires Isère/Premier ministre y otros, C-428/09; de 9 de julio de 2015, Ender Balkaya/Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH, C-229/14; de 4 de diciembre de 2014, FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden, C-413/13; y de 17 de noviembre de 2016, Betriebsrat der Ruhrländklinik gGmbH/Ruhrländklinik gGmbH, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883.

<sup>35</sup> Véase al respecto, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “concepto de trabajador”, en García Murcia, J. (Dtor): *Condiciones de Empleo y Relaciones Laborales en el Derecho de la Unión Europea*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2017, pp. 45 y ss.

texto de la UE; todo sea porque en el texto definitivo de la Directiva ha desaparecido la enmienda del Parlamento Europeo tendente a introducir en el inicial concepto propuesto por la Comisión la expresión en caso de “dependencia o de subordinación entre ambas”.

EL TJUE no ha utilizado factores económicos para ampliar el ámbito de aplicación de las normas de la UE desde la subordinación personal hacia la dependencia económica; cuestión que solo en el ámbito del derecho de la competencia se ha aplicado. Y aunque la doctrina ha explorado las posibilidades de que la interpretación del TJUE pueda ir más allá del enfoque de un concepto restringido de trabajador hacia la valoración de factores económicos<sup>36</sup>, la realidad, hasta la fecha, no permite atisbar un cambio sustancial en su doctrina. Elementos económicos, generalmente la referencia a una “real y actividad genuina”, sólo entran en juego en el contexto de la exclusión potencial de personas que trabajan en una relación de subordinación personal desde el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a los trabajadores.

De ahí que se plantee la posibilidad de que el TJUE explore otras posibilidades, más allá del punto de partida sobre el concepto de trabajador tal y como lo recoge el art.45 TFUE que ahora no se estima adecuado para el desarrollo de un sistema autónomo europeo de concepto de trabajador para se aplicado al campo más típico del derecho laboral, es decir respecto de normas de protección de personas que trabajan con una autonomía real limitada debido a sus restricciones económicas<sup>37</sup>.

Pongamos un ejemplo. En fechas recientes se ha preguntado directamente al TJUE si la relación laboral para que lo sea, debe ser subordinada y la respuesta ha sido positiva. En la sentencia de 11 de abril de 2019, Asunto C-603/2017, cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo del Reino Unido, se expresa que la relación laboral presupone la existencia de un nexo de subordinación (o dependencia personal u organizativa) de apreciación en cada caso concreto en función del conjunto de los hechos y circunstancias que caracterizan a las relaciones existentes entre las partes<sup>38</sup>.

Se reitera el concepto comunitario pretoriano de trabajador, “según criterios objetivos... atendiendo a los derechos y los deberes de las personas interesadas”, y reafirma el criterio o rasgo sustancial de distinción, definido como estar bajo la dirección de la persona en favor de la que se realiza la prestación de servicios. Expresión que concreta el rasgo estructural de la dependencia personal o subordinación como requisito esencial de la relación laboral. Dicho de otra forma, el TJUE se reafirma en la concepción técnico-jurídica de dependencia, que no estima superada y menos sustituida por una concepción más económica, con tendencia finalista atendiendo al criterio sociológico y económico de la vulnerabilidad del

36 Éste es el estudio de RISAK, M. Y DURINGER, T.: *The concept of ‘worker’ in EU law. Status quo and potential for change*, Report 140, ETUI, 2018.

37 RISAK, M. and DURINGER, T.: *The concept...*cit., p. 46.

38 Recordando, entre otros asuntoS, la sentencia de 11 de noviembre de 2010, C-232/09, Asunto Danosa; o la sentencia C-.47/14, Asunto Holterman Ferho.

sujeto que presta servicios para otro. Cierra la puerta, parece, a aquella línea alternativa de argumentación que interpretara extensivamente el concepto de trabajador sustituyendo el nexo de subordinación por el de dependencia económica<sup>39</sup> o matización del criterio de dependencia más allá del control estricto por la “dirección o supervisión”.<sup>40</sup>

Ese requisito deriva de los hechos y circunstancias relevantes en el caso concreto (test o sistema de indicios) y se manifiesta o define a partir del doble criterio control–dirección por quien recibe la prestación, el empresario, que dispone de un poder contractual de organización. El análisis conjunto de diferentes resoluciones del TJUE nos aproxima a los significados de esos criterios; entre ellos: que la persona esté bajo la dirección y supervisión de la otra parte; que la persona para la que realiza el trabajo determine los servicios que ha de prestar y su tiempo de trabajo; que el trabajador no tenga libertad para elegir sus propias horas de trabajo, su lugar de trabajo y el contenido del mismo; que la persona para la que se presta la actividad supervise y evalúe permanentemente las actividades del que las presta; si la persona no participa en los riesgos comerciales del empresario y si está integrada en la empresa durante el período de la relación laboral.

Recuerda el Abogado General en sus Conclusiones, apartado 43, trayendo a colación doctrina del TJUE, en referencia conjunta a sentencias sobre Libre circulación (Asuntos *Lawrie Blum*, *Allonby*, entre otros) y de armonización en materia de política social (Asunto *Sindicatul Familia Constata*, C-147/17), que el sometimiento a la dirección de otra persona consiste en que éste impone no sólo las prestaciones que debe desarrollar, sino sobre todo la forma en que debe hacerlo y cuyas instrucciones y normas internas debe respetar. “De modo que para determinar la existencia (o ausencia) de dicha relación de subordinación procede centrarse en la autonomía y flexibilidad del trabajador para elegir el horario, el lugar y modo de desarrollar las tareas y/o en la supervisión y control que el empresario ejerce sobre la forma en que el trabajador desempeña sus funciones”.

Atendiendo al concepto de comunitario de trabajador, no modificado por la Directiva 2019/1152, y al contexto del Derecho Social de la UE, centremos nuestra atención en varias cuestiones relacionadas con los trabajadores de plataformas.

1) ¿Es la Directiva 2019/1152 la respuesta legal comunitaria a esta forma de empleo (en concreto en relación con las plataformas que prestan el servicio subyacente)<sup>41</sup>?

.....

39 Aunque se hable al respecto de “posibilidades para el cambio”, RISAK, M. and DURINGER, T.: *The concept of worker...*, op. ult. cit.

40 De modo que pudieran quedar incluidas en el concepto comunitario de trabajador algunas nociones nacionales de relaciones laborales “cuasi–subordinadas”. Pero manifiesta que es una cuestión abierta hasta qué punto el TJUE puede estar dispuesto a incluir en el concepto de la UE de “trabajador” a los trabajadores autónomos nacionales que dependen económicamente de un cliente o usuario principal. COUNTOURIS, N. and DE STEFANO, V.: *New Trade Union Strategies...*, cit.

41 No, por tanto, aquellas que sólo son intermediarias. De nuevo, la distinción entre un tipo de plataformas y otras y la respuesta actual del TJUE en la sentencia de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-390/18), en relación con las plataformas

Es cierto que, entre otras posibles consideraciones, se advierte por un sector de la doctrina que, cuando no hay un mínimo de predictibilidad del trabajo, el trabajador puede rehusar el acuerdo de trabajo sin consecuencias. Lo que a sensu contrario quiere decir, según esta orientación doctrinal, que es compatible con el concepto de trabajador (por cuenta ajena, se entiende) que no haya un mínimo de predictibilidad en el trabajo.

La Directiva no es la respuesta legal comunitaria a esta forma de empleo. Ni hay una aplicación automática de la misma a los trabajadores en plataformas. Porque para que estos trabajadores puedan disfrutar de los derechos (incluido el derecho del trabajador a rehusar el acuerdo de trabajo, art. 10) deben ser reclasificados de falso trabajo por cuenta propia cuando en el caso concreto cumplan, de conformidad con la regla de la primacía de los hechos, con los criterios que determinan el estatus de trabajador conforme a la jurisprudencia descrita; lo que cabe indicar tanto para un tipo de trabajadores en plataformas (los que realizan bajo demanda trabajos off line) como para los trabajadores colectivos (crowdworkers) que realizan tareas únicamente en línea (piénsese en el trabajo a través de Amazon Mechanical Turk, Upwork, Click worker).

La Directiva no califica al trabajo en plataformas como trabajo por cuenta ajena ni dice que el trabajador en plataformas deba ser considerado, a los efectos de la aplicación de esta directiva, trabajador en sentido “comunitario”. Se le aplicarán las previsiones de esta directiva si logra alcanzar el concepto de trabajador en los términos previstos en las normas nacionales, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE. Sólo en este caso, quedarán protegidos contra patrones de trabajo impredecibles o imprevisibles (total o parcialmente), que mejorarán la transparencia de sus trabajos, en relación con la garantía de información y con la garantía del derecho al rechazo que prevé el art.10 de la norma comunitaria.

No debe olvidarse que la única mención expresa a esta forma de empleo aparece en el Cdo 8º, junto a otras modalidades no típicas de la prestación, pero no hay opción expresa por su calificación ni conjunto de disposiciones para ordenarla. De modo que, entre otros, la obligación de informar cuando el patrón de trabajo es total o principalmente imprevisible (Art.4º.2.m) y el denominado “derecho al rechazo” (art.10), se especifica para quien es trabajador, no para quien no es.

Y debe recordarse que en relación con esas nuevas formas de empleo, lo que cabe apli-



de alojamiento Airbnb. Puede consultarse en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C%2CT%2CF&num=C-390/18>. A diferencia de lo que sucedió en el caso Uber, en el caso de Airbnb, el servicio de intermediación que presta no forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio al que corresponda otra calificación jurídica. En el caso de Airbnb, **su actividad es perfectamente disociable de la transacción inmobiliaria de alojamiento que la plataforma no presta. Airbnb no ejerce una influencia decisiva en las condiciones de prestación de los servicios de alojamiento** a los que está vinculado su servicio de intermediación. La plataforma **no determina o limita el importe del alquiler** solicitado por los arrendadores que utilizan su plataforma. A lo sumo, pone a su disposición una herramienta opcional de estimación del precio de su arrendamiento en función de los precios medios del mercado en dicha plataforma, dejando a los arrendadores la responsabilidad de fijar el precio del arrendamiento. **Tampoco selecciona los arrendadores ni los arrendatarios**, ni establece condiciones de calidad de los inmuebles.

car también para el trabajo en plataformas, se expresa que la clasificación falsa de un trabajador por cuenta propia en virtud de la legislación nacional no impide que la persona sea un trabajador en virtud de la legislación de la UE (lo que recuerda a la STJUE de 4 de diciembre de 2014, Asunto C-413/13 *FNV Kunsten*). Esto es, conforme a esta última resolución, si su independencia es sólo ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral (párrafo 35).

Aun cuando en la norma comunitaria se opta por la distinción binaria, y no aporta concepto legal de trabajador por cuenta ajena/trabajador autónomo, también a estos efectos (los de aplicación de la Directiva comunitaria concreta) habrá que estar la doctrina del TJUE sobre el “falso autónomo”, descrito como aquél “que realiza para un empleador, en virtud de un contrato de obras o de servicios, la misma actividad que los trabajadores asalariados de ese empleador, [...], es decir, ... que se encuentran en una situación comparable a la de esos trabajadores”.

Y resultan ilustrativos los pasajes siguientes de la citada sentencia cuando dispone:

“Por lo que se refiere al asunto principal, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, por una parte, un prestador de servicios puede perder su condición de operador económico independiente, y por tanto de empresa, cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado sino que depende completamente de su comitente por el hecho de que no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad de éste y opera como auxiliar integrado en la empresa del mismo...”. Parágrafo 33.

“De ello se deduce que el estatuto de «trabajador» a efectos del Derecho de la Unión no se ve afectado por el hecho de que una persona sea contratada como prestadora autónoma de servicios con arreglo al Derecho nacional, sea por motivos tributarios, administrativos o burocráticos, siempre que actúe bajo la dirección del empresario, en particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo ..., que no participe en los riesgos comerciales de dicho empresario... y que esté integrada en la empresa durante el período de la relación laboral y, de este modo, forme con ella una unidad económica”. Parágrafo 36.

2) El concepto de “realización personal de trabajo” y su expresión en el trabajo en plataformas. En particular la aplicación de la Directiva 2003/88 sobre tiempo de trabajo.

Recuérdese que la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, afirma que:

“lo que resulta determinante para la aplicabilidad de la Directiva sobre el tiempo de trabajo no es el estatuto de la persona en virtud del Derecho nacional. Por el contrario, su aplicabilidad dependerá de si la persona interesada se considera «trabajador» (*worker*) con arreglo a la definición de trabajador de la jurisprudencia de la UE”<sup>42</sup>.

En torno a un elemento o rasgo sobre el que gira el debate en relación con el concepto de trabajador en el Derecho derivado de la UE y, en particular, sobre las opciones legislativas en torno al trabajo en plataforma, en concreto al significado de “prestación personal de trabajo”<sup>43</sup>, se ha planteado el encaje en el ámbito de aplicación de esta Directiva, y en “su” concepto de trabajador, la actividad o prestación de servicios que no sea exclusiva o personal.

Debe advertirse al respecto que alguna de las propuestas doctrinales en torno a la ampliación o extensión del concepto de trabajador, también en el ámbito de la UE<sup>44</sup>, aportaban como uno de los criterios orientadores de la dependencia económica como elemento o rasgo básico de la ampliación del concepto comunitario de trabajador a efectos de aplicación de las Directivas sobre política social el de que los servicios son realizados “en persona”: “the right to use substitutes is limited or does not make sense economically”. Basándose literalmente en la Recomendación del CESE cuando indicaba que los servicios se prestan en persona; el derecho a utilizar sustitutos está limitado o no tiene sentido económicamente.

En torno a esta cuestión (aunque no es exclusiva del trabajo en plataformas) gira uno los elementos o factores respecto de los que tribunales y opciones de política legislativa configuran la naturaleza de la actividad (véase, por ejemplo, *infra* la reforma legal en Italia); y respecto de un supuesto concreto de trabajo en plataformas digitales (de reparto) y en torno al concepto nacional de “worker”, se ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE (Asunto C-692/19) por el Watford Employment Tribunal (Reino Unido) el 19 de septiembre de 2019 en el caso B / Yodel Delivery Network Ltd<sup>45</sup>.

42 DOU C 165/1, de 24 de mayo de 2017. Sigue diciendo la Comunicación: “Esto, a su vez, significa que determinadas personas calificadas como «trabajadores autónomos» en virtud del Derecho nacional podrían, no obstante, ser consideradas «trabajadores» por el Tribunal de Justicia a efectos de la aplicación de la Directiva sobre el tiempo de trabajo. De hecho, el Tribunal ha precisado que «la calificación de “prestador autónomo” con arreglo al Derecho nacional no excluye que la misma persona deba ser calificada de trabajador por cuenta ajena o de trabajador a efectos del Derecho de la Unión si su independencia solo es ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral». El Tribunal apuntó a los elementos siguientes como posibles indicadores de la cualificación del «trabajador»: si la persona actúa bajo la dirección de su empresario, en particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo, si la persona no participa en los riesgos comerciales del empresario y si está integrada en la empresa durante el período de la relación laboral...”

43 Vid. DI STEFANO, V. and ALOISI, A.: *European Legal Framework of Digital Labour Platfoms*, European Commission, 2018, doi:10.2760/78590, JRC112243, pp.27–28, en lo que refiere al concepto de “trabajo personal”.

44 Vid. RISAK, M. and DURINGER, T.: *The concept of “worker”...*, cit., p. 46.

45 Sobre este proceso judicial en Gran Bretaña, y argumentos del Tribunal para presentar la cuestión prejudicial, puede consultarse en <http://employmentlawbulletins.com/wp-content/uploads/2019/09/Reference-for-a-Preliminary-Ruling-final-1.pdf>. La pregunta se planteó durante la consideración del tribunal de la situación laboral de un servicio de mensajería de paquetería de Yodel. El individuo usa su propio vehículo y teléfono móvil, no usa uniforme ni marca en su vehículo y no lleva ninguna forma de identificación provista por la compañía, pero sí usa un dispositivo de escaneo portátil de marca provisto por Yodel. No está obligado a realizar las entregas personal-

Son varias las preguntas planteadas<sup>46</sup>, que trascienden más allá de la primera y sustancial siguiente: si el hecho de que un individuo tenga el derecho de contratar “sustitutos” para realizar todo o parte de su trabajo significa que no puede ser considerado un trabajador (worker) bajo la legislación británica, esto es, pasaría a ser considerado independent contractor. En concreto: ¿La Directiva 2003/88 / CE excluye las disposiciones de la legislación nacional que requieren que un individuo se comprometa a realizar todo el trabajo o los servicios que se le requieren, ‘personalmente’ para entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva?

La trascendencia, como se aprecia en las preguntas formuladas, va más allá del tiempo de trabajo, y es el planteamiento global sobre la figura del worker y su aplicación al trabajo en plataformas digitales de reparto.

Recuérdese que la Directiva se traspuso en Reino Unido a través de la Working Time Regulations 1998 (WTR), y así como la Directiva no incluye definición del término “worker”, el art.2º de la norma nacional dispone que:

“In these Regulations “worker”... means an individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under) – 1. (a) a contract of employment, or 2. (b) any other contract, whether express or

.....

mente, pero se le permite utilizar un subcontratista para realizar todo o parte del servicio que está contratado para proporcionar. También se le permite entregar paquetes para otras empresas, incluso al mismo tiempo que trabaja para Yodel, por ejemplo, llevar paquetes para múltiples empresas de paquetería en su camioneta. Cuando comenzó a trabajar en 2017, firmó un contrato que declaraba expresamente que se trataba de un contratista independientes (independent contractor) por cuenta propia y no empleados (employee) o trabajadores (worker).

46 En particular, se pregunta: 2.1) ¿El hecho de que una persona esté autorizada para recurrir a subcontratistas o “sustitutos” para ejecutar total o parcialmente las actividades o servicios a que esté obligada significa que dicha persona no puede ser considerada un trabajador a efectos de la Directiva 2003/88/CE, ya sea: 2.1.1) con carácter absoluto (por ser el derecho de sustitución incompatible con la condición de trabajador), o 2.1.2) solo en relación con el período durante el cual ejerza el derecho de sustitución (de modo que debe ser considerada como trabajador en los períodos durante los cuales ejecute personalmente las actividades o servicios)? 2.2) ¿Es relevante para el reconocimiento de la condición de trabajador a efectos de la Directiva 2003/88/CE el hecho de que el demandante concreto no haya hecho uso de su derecho de subcontratación o sustitución, mientras que otros contratados en condiciones sustancialmente idénticas sí lo han hecho? 2.3) ¿Es relevante para el reconocimiento de la condición de trabajador a efectos de la Directiva 2003/88/CE que otras entidades, entre ellas sociedades de responsabilidad limitada y sociedades de personas de responsabilidad limitada, estén contratadas en condiciones sustancialmente idénticas a las del demandante concreto? 3) ¿Es relevante para el reconocimiento de la condición de trabajador a efectos de la Directiva 2003/88/CE que el presunto empleador no esté obligado a ofrecer trabajo al demandante concreto, es decir, que le ofrezca trabajo “cuando precise” de sus servicios, o que el demandante concreto no esté obligado a aceptarlo, es decir, que la actividad esté “siempre sujeta al derecho incondicional del mensajero a aceptar o no el trabajo ofrecido”? 4) ¿Es relevante para el reconocimiento de la condición de trabajador a efectos de la Directiva 2003/88/CE que el demandante concreto no esté obligado a trabajar exclusivamente para el presunto empleador, sino que pueda prestar servicios similares simultáneamente a terceros, aunque sean competidores directos del presunto empleador? 5) ¿Es relevante para el reconocimiento de la condición de trabajador a efectos de la Directiva 2003/88/CE el hecho de que el demandante concreto no haya hecho uso de su derecho a prestar servicios similares a terceros, mientras que otros contratados en condiciones sustancialmente idénticas sí lo han hecho? 6) ¿Cómo debe calcularse el tiempo de trabajo a efectos del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE en una situación en que el demandante concreto no está obligado a trabajar un número fijo de horas, sino que puede decidir por sí mismo sus horas de trabajo dentro de un cierto margen, como por ejemplo desde las 7.30 hasta las 21.00? En particular, ¿cómo debe calcularse el tiempo de trabajo cuando: 6.1) el interesado no está obligado a trabajar exclusivamente para el presunto empleador durante dichas horas, o determinadas actividades realizadas durante ellas (por ejemplo, la conducción) pueden beneficiar tanto al presunto empleador como a un tercero; 6.2) se concede al trabajador un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la forma.

implied and (if it is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes to do or *perform personally* any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual; and any reference to a worker's contract shall be construed accordingly."

Si, según la norma británica, se requiere que una persona con estatus de trabajador (worker) "se comprometa a realizar **personalmente** cualquier trabajo o servicio" para la organización, para el Tribunal nacional proponente de la cuestión prejudicial, el derecho a realizar servicios para varios clientes diferentes es incompatible con este estado según la ley del Reino Unido.

El tribunal dice: "La ley del Reino Unido se centra en los derechos y obligaciones contractuales del supuesto trabajador y empleador. Además, en ausencia de una obligación contractual de proporcionar 'servicio de forma personal', un individuo no puede considerarse trabajador. Dicho de otra manera, un derecho general y sin restricciones a subcontratar el desempeño del trabajo o los servicios, incluso si no es ejercido por un reclamante en particular, no es compatible con el estatus de trabajador (worker)".

La cuestión prejudicial intenta poner coto a la interpretación no exactamente coincidente sobre el rasgo de "desarrollo personal" entre los tribunales británicos, respecto de la que señalábamos que tienen ante sí "el reto nada fácil de valorar, como si fuera una cuestión de grado o de nivel, la facultad de sustitución de quien ha sido contratado para prestar el servicio para que pueda afirmarse o, por el contrario, negarse en el caso concreto el carácter intuitu personae –desarrollo personal o personal performance–".<sup>47</sup>

## 4. RESPUESTA LEGAL AL TRABAJO EN PLATAFORMAS EN OTROS PAÍSES

### 4.1. Países de la Unión Europea

Comentábamos más arriba las diferentes soluciones de política legislativa que acababan de ser adoptadas en países de la Unión Europea. Hagamos referencia a dos de ellas, Francia e Italia, que tienen como elemento común que no modifican el concepto de dependencia

.....

47 SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "El trabajo en plataformas ante los tribunales: un análisis comparado", en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dtor): *El trabajo en plataformas digitales*; Wolters Kluwer, 2018, p. 76-77.

o subordinación, pero se extiende a estos trabajadores derechos en el ámbito del trabajo y de la protección social.

Estas opciones legislativas que en cierto modo exteriorizan una visión de un capitalismo de plataforma que promueve el autoempleo en referencia a la nueva economía digital no excluye, y de hecho admite expresamente, que las crecientes necesidades de protección contractual y asistencial, hasta ahora confinadas a la esfera del trabajo subordinado, se extiendan al autoempleo, buscando una sabia dosis entre “universalismo” y “selectividad” de la protección también para quienes quepa calificar como trabajadores autónomos en régimen de subordinación jurídica imperfecta.

El debate que ahora trasciende tras la adopción de medidas legales al respecto es la búsqueda de equilibrio para afrontar “adecuadamente” la naturaleza de la actividad real realizada por los trabajadores de plataformas, esto es, si centrarse en el papel de las herramientas digitales a la hora de organizar, controlar y disciplinar a la plantilla o por el contrario en la discontinuidad y la flexibilidad del modo de trabajar.

#### 4.1.1. ITALIA. Los cambios legales tras la sentencia Foodora<sup>48</sup>

Las modificaciones legales en 2019, tras los casos judiciales previos, se han producido en dos fases, con la finalidad de articular una respuesta legal en el sistema legal italiano que ha optado por la distinción binaria, entre trabajo asalariado (*lavoratore subordinato*)<sup>49</sup> y trabajo autónomo (*lavoratore autónomo*)<sup>50</sup>.

48 Sentencia de la Corte di Appello de Torino 26/2019, de 11 de enero de 2019, publicada el 4 de febrero de 2019 (puede consultarse [file:///C:/Users/user/Google%20Drive/Tecnolog%C3%ADa%20y%20Derecho%20del%20Trabajo/Tribunales%20otros%20pa%C3%ADses%20platform%20economy/Italia/appellofoodora%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Google%20Drive/Tecnolog%C3%ADa%20y%20Derecho%20del%20Trabajo/Tribunales%20otros%20pa%C3%ADses%20platform%20economy/Italia/appellofoodora%20(1).pdf)).

Sólo en parte anula la sentencia de primera instancia (que había excluido la aplicación del art.2<sup>a</sup> del D. de 2015 y declarada la relación como *co.co.co*), reconociendo al repartidor el derecho a percibir el salario fijado en el Contrato colectivo del sector de la logística y transporte de mercancías; pero en ningún caso establece que se trate de un contrato de trabajo o prestación de servicios asalariada. Si no, bien distinto, interpreta a estos efectos el precepto supra citado, afirmando que se ha de proteger a los trabajadores autónomos en determinadas circunstancias. La duda que se planteaba antes de conocer el fundamento de la sentencia, era, según indicaba la doctrina laboralista italiana, si se habría dado paso decisivo en la creación de una subcategoría de trabajador autónomo, el hetero-organizado con tutela o protección “laboral”. Y la sentencia lo confirma sin ambages; asumiendo un criterio “clásico” de subordinación y declarando que en el caso concreto no hay indicios de tal (del poder de gestión y disciplinario del empleador, se entiende) y que el “*nomen iuris*” acordado por las partes, a efectos de la calificación de la relación jurídica, es pertinente (aunque no decisivo), desestima la pretensión principal de los demandantes (esto es, su calificación como trabajadores subordinados). Sobre el asunto “Foodora”, pueden leerse varios comentarios de la doctrina italiana. Entre otros, véanse los siguientes: CARABELLI, U. y SPINELLI, C.: “La Corte d’Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati”, *RGL*, 2019; DE LUCA TAMAJO, R.: La sentenza della Corte d’Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione, *LDE*, 2019, n. 1; NOVELLA, M.: “Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse”, *LLI*, 2019, n. 5. ALOISI, A.: “With great power comes virtual freedom. A review of the fist Italian case holding that (food-delivery) platform workers are not employees”, puede consultarse en [file:///C:/Users/user/Downloads/With\\_great\\_power\\_comes\\_virtual\\_freedom\\_A.pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/With_great_power_comes_virtual_freedom_A.pdf).

49 Art. 2094 DEL Código Civil, define el trabajador subordinado como “una persona obligada, a cambio de una remuneración, a cooperar en la empresa mediante la prestación de servicios físicos o trabajo intelectual, bajo la dirección del empresario”. De modo que el rasgo o elemento clave de la definición es la sujeción personal del trabajador a las órdenes, poder organizativo y poder disciplinario del empleador.

50 Art. 2222 del Código Civil define el contrato de servicios (“*contratto d’opera*”) en virtud del cual, un traba-

Hace más de 45 años el legislador italiano introdujo un supuesto de autoempleo que fue erróneamente considerado como una categoría intermedia. La Ley N° 533 de 1973 modificó el párrafo 3 del artículo 409 del Código de Procedimiento Civil por la que se declaraba aplicable la legislación relativa a la solución de conflictos laborales a agentes comerciales y a todas las relaciones contractuales que impliquen una ejecución continua de trabajo, principalmente de carácter personal, aunque no en posición de subordinación (*collaborazione coordinata e continuativa*, la llamada Co.Co.Co.).

En 2015 se introduce el art.2 por el D. Legislat. 81/2015 (Job Act), que, bajo la rúbrica *Collaborazioni organizzate dal committente*, extiende la protección “laboral” a quienes prestan un trabajo *esclusivamente personal* y continuado en el que la forma de ejecución está organizada por el comitente, incluso en lo que se refiere al lugar y al tiempo de trabajo<sup>51</sup>. La disposición no implica la recalificación de la relación, que preserva la naturaleza autónoma deseada por las partes, sino solo la aplicación de la disciplina de mayor protección propia del trabajo subordinado.

En 2017 se modifica el art. 409 del C.p.c. para referirse a la colaboración coordinada y continuada (co.co.co.) genuina, entendida por tal la de colaboradores que organizan su trabajo de forma autónoma pero de conformidad con el acuerdo de coordinación que hayan aceptado mutuamente las partes. “La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l’attività lavorativa”.

Parece oportuno recordar que el artículo 2 del Decreto Legislativo 81/2015 ha sido objeto de innumerables análisis doctrinales<sup>52</sup>, con acusada discusión entre los autores italianos. Esto se debe a que el primer párrafo del mismo puede tener un fuerte impacto en la relación de colaboración establecida, si ésta se caracteriza por los elementos a los que se refiere la prestación (continuidad, prestación del trabajo “exclusivamente” personal y hetero-organización del servicio).

Se resume afirmando que, en la colaboración hay que distinguir, si el desempeño del trabajo es organizado por el cliente o principal (*collaborazione etero-organizzata*), el co-

.....

jador autónomo realiza trabajo o servicios a cambio de una remuneración, principalmente a través de su propio esfuerzo y en la ausencia de una relación de subordinación con respecto al principal”.

51 Disponía el citado precepto: “A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”.

52 Un análisis de las diferentes opciones interpretativas en DIAMANTI, R.: “Il lavoro etero-organizzato e le collaborazioni coordinate e continuative”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1/2018, p. 105 y ss.

Un sector de la doctrina interpretaba el art.2 Job Act como norma encaminada a extender la disciplina de la relación de trabajo por cuenta ajena a las relaciones de trabajo por cuenta propia, que se mantienen separadas en el plano sistemático y calificativo, al tiempo que son asimiladas por el legislador a la subordinación en el nivel del tratamiento regulador, debido a la existencia de una “hetero-organización”: PERULLI, A.: “I lavoratori delle piattaforme e le collaborazioni etero-organizzate dal cliente: una nuova frontiera regolativa per la Gig Economy”, *Labor*, 2019, fasc. 3, 313 ss.

laborador debe ser tratado como un empleado (trabajador asalariado); si por el contrario el trabajo se organiza de forma autónoma, aunque en coordinación con el cliente (*collaborazione coordinata*), la actividad queda fuera del ámbito de la legislación laboral. Esto es, la *collaborazioni organizzate dal committente* exige prestación ejercida bajo el poder de organización de éste, de modo que el committente interviene en los métodos de ejecución del servicio, así como en el momento y lugar de ejercicio de la actividad; y el *co.co.co.*, en el que la coordinación del servicio no puede interferir su condición de trabajo por cuenta propia y por tanto, se realiza con plena autonomía en la organización del trabajo<sup>53</sup>.

En este contexto se produce la intervención legislativa sobre plataformas digitales en 2019<sup>54</sup>, ampliando e integrando algunas disposiciones de la Job Act, en particular, en su artículo 2º.

La primera fase, la de septiembre de 2019, a través del Decreto–legge 3 settembre 2019, n. 101 «Disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e per la risoluzione di crisi aziendali», sin modificar el concepto de colaboración hetero–organizada, declaraba que la disposición normativa del art.2º.1 de la Job Act, 2015, *collaborazione etero–organizzata*, se aplicaba también “cuando los métodos de ejecución del servicio se organizan a través de plataformas, incluidas las digitales”. De modo que el trabajo en plataformas digitales que se concreta en una **colaboración exclusivamente personal, continua y organizada por el cliente, también en relación con el tiempo y el lugar de trabajo**, pueden tener reconocido un sistema de protección similar al de los empleados, solo sujeto a las excepciones permitidas para la negociación colectiva.

La reforma también interviene en un ámbito más restringido, diseñando (con la introducción de un nuevo Capítulo V–bis en el cuerpo de este último decreto) una disciplina específica, de naturaleza residual y (en parte) complementaria, a favor de los “trabajadores independientes que realizan actividades de entrega de bienes en nombre de terceros, en áreas urbanas y con la ayuda de velocípedos o motocicletas, también a través de plataformas digitales”. Deja fuera el transporte de pasajeros, y bajo la rúbrica “Protección del trabajo a través de plataformas digitales, se define a estos efectos plataforma digital: los programas y procedimientos informáticos de las empresas que, independientemente del

53 Véase al respecto, PERULLI, A.: “Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro”, WP CSDLE “Massimo D’Antona, IT, 341–2017. Puede consultarse en [http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20171020-085836\\_perulli\\_341-2017itpdf.pdf](http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20171020-085836_perulli_341-2017itpdf.pdf); también FIORILLO, L.: “Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione”, WP CSDLE “Massimo D’Antona” IT, 368–2018, puede consultarse en [http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20180711-084944\\_Fiorillo\\_n368-2018itpdf.pdf](http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20180711-084944_Fiorillo_n368-2018itpdf.pdf).

54 Sobre la reforma vid., entre otros, MARTINO, V.: “La riforma delle collaborazioni etero–organizzate e le nuove tutele per i riders”; *Rev. Lavoro Diritti Europa* 2019/3, puede consultarse en [https://www.lavorodirittieuropa.it/images/vincenzo\\_martino\\_riders.pdf](https://www.lavorodirittieuropa.it/images/vincenzo_martino_riders.pdf). BARBIERI, M.: “Della subordinazione dei cicofattorini”; *Labour and Law Issues*, 2019, Vol.5, n.2; puede consultarse en <file:///G:/Mi%20unidad/Tecnolog%C3%ADa%20y%20Derecho%20del%20Trabajo/Doctrina%20otros%20pa%C3%ADses%20Platform/Italia,%202019%20Barbieri.pdf>.

lugar de establecimiento, organizan la entrega de bienes, fijan el precio y determinan la forma de prestación del servicio”. Sin embargo, el decreto no contiene ninguna definición de plataforma no digital: en el informe explicativo de la medida se menciona, a este respecto, sólo el ejemplo de un “sistema de encaminamiento de las llamadas telefónicas”, pero la cuestión sigue siendo, como mínimo, oscura, especialmente en lo que se refiere al trazado de los límites entre lo que es una plataforma no digital y lo que no lo es.

El centro de gravedad de este nuevo marco regulatorio es, sin duda, la disposición contenida en el artículo 47–quater, añadido al decreto legislativo no. 81/2015 sobre el tema de la compensación (justa). Se prevé que los convenios colectivos celebrados por los sindicatos y las organizaciones de empleadores que son comparativamente más representativos a nivel nacional pueden definir criterios para determinar la remuneración general. Solo en ausencia de la estipulación de estos contratos, los trabajadores a los que se hace referencia en el artículo 47–bis, no serán pagados pieza por pieza, esto es, por entrega realizada, sino que tendrán derecho a una remuneración mínima por hora, de acuerdo con el contrato colectivo nacional de sectores similares o equivalentes. Otros comentaristas han señalado que esta medida, destinada a proteger los ingresos del rider, corre el riesgo, por el contrario, de hacer más precarias las condiciones de trabajo, ya caracterizadas por la discontinuidad del rendimiento. De hecho, la tarifa horaria está sujeta a la “condición de que, por cada hora de trabajo, el trabajador acepte al menos una llamada” (art. 47–bis, apartado 3, último plazo), por lo que los operadores de plataformas digitales, con el fin de eludir los límites de la ley, podrían contratar a más trabajadores, reduciendo así el número de entregas horarias de cada uno.

La regla más significativa, sin embargo, es la contenida en el Art. 47–ter, que, aunque limitada a un tema específico (Cobertura del seguro obligatorio contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), por primera vez parece abrir un nuevo horizonte a la regulación del trabajo, traduciendo claramente en términos reglamentarios la idea, cultivada desde hace mucho tiempo pero nunca realizada, de la protección universal más allá de la cualificación de la relación en uno u otro sentido: “1. El derecho a la seguridad social y a la salud en el trabajo. Los empleados a los que se refiere este capítulo, independientemente de la calificación jurídica de la relación con la empresa propietaria de la plataforma digital, están sujetos a un seguro obligatorio contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”.

La fase segunda de modificación legislativa es la Ley de Conversión del D–L 101/2019; L. 2 novembre 2019, n. 128. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto–legge 3 settembre 2019, n. 101, recante disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e per la risoluzione di crisi aziendali.

Mantiene el ámbito de tutela e introduce dos modificaciones muy importantes en el párrafo primero del art.2º de la Job Act, respecto de la colaboración hetero–organizada,

que se aplica “*anche* qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme *anche* digital” (en el texto de septiembre se decía.” Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai lavoratori delle piattaforme digitali”), con la redacción definitiva siguiente:

“A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro *prevalentemente personali*, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente”.

Comparando el texto en la versión de septiembre con el definitivo, resulta que:

1) El desempeño o la prestación de trabajo se dice ahora que será prevalente o principalmente (no exclusivamente) personal.

Exclusivamente habría que entenderlo en el sentido que el trabajador no proporciona recursos materiales (como PC, equipos, teléfono inteligente, etc.) ni hace uso de otros colaboradores.

Intervención muy significativa debido a su alcance sistemático, en especial en relación con el debate doctrinal suscitado en torno al art.2º Job Act. Esto es, entre quienes afirmaron que el art.2 Job Act era de naturaleza ampliadora de la subordinación; aquellos que la consideraron como regla aparente y no modificativa; y aquellos, por el contrario, que consideraron el artículo 2 como una norma que extiende las protecciones del empleo a una nueva categoría de colaboración autónoma, es decir, de una norma de extensión de la tutela hacia las zonas grises que gravitan entre la subordinación y la autonomía<sup>55</sup>.

Desde esta perspectiva, parece que la norma afianza esta última posición porque, de conformidad con un sector de la doctrina italiana<sup>56</sup>, *la naturaleza predominantemente*

55 En este sentido se pronuncia la Corte di Cassazione, Sentencia 1663/2020, de 24 de enero, resolviendo recurso contra la Sentencia de la Corte de Apelación de Turín (Asunto Foodora) de 4 de febrero de 2019. En particular los apartados 25 y 27 de la sentencia: “In una prospettiva così delimitata non ha decisivo senso interrogarsi sul se tali forme di collaborazione, così connotate e di volta in volta offerte dalla realtà economica in rapida e costante evoluzione, siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia, perché ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato, disegnando una norma di disciplina” (apdo25). “Si tratta di una scelta di politica legislativa volta ad assicurare al lavoratore la stessa protezione di cui gode il lavoro subordinato, in coerenza con l'approccio generale della riforma, al fine di tutelare prestatori evidentemente ritenuti in condizione di “debolezza” economica, operanti in una “zona grigia” tra autonomia e subordinazione, ma considerati meritevoli comunque di una tutela omogenea. L'intento protettivo del legislatore appare confermato dalla recente novella cui si è fatto cenno, la quale va certamente nel senso di rendere più facile l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, stabilendo la sufficienza – per l'applicabilità della norma – di prestazioni “prevalentemente” e non più “esclusivamente” personali, menzionando esplicitamente il lavoro svolto attraverso piattaforme Digitali e, quanto all'elemento della “etero-organizzazione”, eliminando le parole “anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”, così mostrando chiaramente l'intento di incoraggiare interpretazioni non restrittive di tale nozione” (Apdo 27).

56 PERULLI, A.: *L'attività in prevalenza personale esclude la subordinazione dei co.co.org.* (Il sole 24 Ore, 15 de noviembre de 2019).

*personal del servicio* es completamente incompatible con la subordinación (sobre la base del artículo 2094 del Código Civil Italiano, es un trabajador asalariado el que se obliga a colaborar prestando “su” propio trabajo<sup>57</sup>), mientras que la *prevalente personalidad del trabajo* está prevista tanto en la modalidad general de trabajo autónomo (artículo 2222 del Código Civil) como en la de colaboración coordinada y continuada, co.co.co (artículo 409, número 3, del Código de Procedimiento Civil). Un servicio que no sea totalmente “personal” entra en el ámbito del trabajo autónomo (art.2222 Código civil), ausente de subordinación, y por tanto incompatible con la relación laboral, descrita en el art.2094 Código Civil (actividad exclusiva y personal). Pero sin duda, no es tan fácil identificar los límites dentro de los cuales es posible considerar predominantemente personal un servicio prestado con la ayuda de una organización propia y distinta de la del cliente.<sup>58</sup>

2) Se deroga la expresión “anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro” (también con referencia al tiempo y al lugar del trabajo).

De modo que la hetero-organización de la prestación ya no se refiere necesariamente al tiempo y lugar del trabajo, sino solo a la forma en que se lleva a cabo la actividad. El segundo cambio, cuyo impacto operativo es mucho mayor que el primero, es la eliminación de la referencia al tiempo y al lugar de trabajo como un elemento calificador de la heteroorganización del desempeño laboral.

Supresión que facilita la no fácil distinción entre el trabajo hetero-organizado y el trabajo subordinado.

Hay, por tanto, una línea divisoria complicada entre el art. 2 y las disposiciones del art. 2094 del Código Civil italiano, que consiste en que “mientras que en la típica subordinación la objetivación de la fuerza de trabajo permite al acreedor ejercer un poder de intervención constante sobre las modalidades organizativas intrínsecas del comportamiento debido, afectando al objeto de la obligación y al proceso instrumental que mejor permite la consecución del resultado útil al acreedor, en el servicio “organizado por el cliente” el alcance de la acción de la autoridad es completamente impersonal, no está justificado en órdenes o directivas, sino que concierne a las modalidades organizativas extrínsecas del servicio y a su ejecución”.<sup>59</sup>

57 Recuérdese, supra, la cuestión prejudicial planteada sobre esta cuestión al TJUE.

58 Sobre la diferencia entre “personalità esclusiva” e “personalità prevalente”, véase O. RAZZOLINI, O.: “*Jobs Act degli autonomi e lavoro esclusivamente personale*”, en FIORILLO, L, y PERULLI, A. (Dtores): *Il jobs act del lavoro autonomo*, Giappichelli, Torino, 2018, p.24: «deve ritenersi prestatore d’opera (lavoratore autonomo), ma non anche piccolo imprenditore, colui che svolga un’opera o un servizio nell’altrui interesse senza avvalersi di alcuna forma di organizzazione ma esclusivamente del proprio lavoro». Véase, tesis opuesta en Gionata Golo Cavallini: IL «NUOVO» LAVORO AUTONOMO QUALIFICAZIONE E TUTELE DOPO IL D.LGS. N. 81/2015 E LA L. N. 81/2017 DIRITTO DEL LAVORO IUS/07, [https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/615459/1143901/phd\\_unimi\\_R11294.pdf](https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/615459/1143901/phd_unimi_R11294.pdf).

59 PERULLI, A.: “Il Job Act del lavoro autónomo e agile...”, cit.

En el trabajo subordinado el poder de dirección del empresario normalmente también concierne al tiempo y al lugar de ejecución de prestación. Dicho de otra forma, y respecto de una de las cuestiones más discutidas sobre el trabajo en plataformas (también en España), la intervención legal permite que la relación de trabajo de los trabajadores en plataformas digitales de reparto se incardine en la colaboración hetero-organizada (por tanto, autónomos pero con ampliación de la tutela como si fuera un trabajo subordinado) cuando éstos elijan libremente la ubicación temporal del servicio dentro de las franjas horarias indicadas por el cliente y no estén obligados a seguir una ruta o camino predeterminado. Y ello frente a la versión primera que podría conducir a excluir de esta última área a los sujetos que eligen libremente la ubicación temporal del servicio dentro de los intervalos de tiempo indicados por el cliente y no están obligados a seguir un camino predeterminado.

De modo que la eliminación del “espacio” y del “tiempo” de la prestación hace que los trabajadores puedan determinar de forma autónoma el dónde y el cuándo de su prestación, siempre que el cliente organice, desde otra perspectiva, la actividad del prestador del servicio. Lo que ha expresado la jurisprudencia italiana en el sentido de que la hetero-organización proviene, no tanto de que el cliente determine el lugar y el tiempo del servicio, sino del hecho de que:

*«el servicio se rige por las reglas de la organización del “cliente” en cuyo contexto de producción el prestador del servicio está completamente insertado, o que el prestador del servicio no tiene márgenes apreciables de autonomía organizacional».*<sup>60</sup>

Resultan muy ilustrativas, a nuestro juicio, las consideraciones que a la regulación legal por la doctrina italiana. En concreto, P. Ichino (véase en <https://www.pietroichino.it/?p=54161#more-54161>) dice que la norma es equivocada y que permanece anclada a patrones y cultura del trabajo del siglo pasado, es decir, al contexto de la segunda y tercera revolución industrial; pero los trabajadores de plataforma pertenecen al siglo XXI, al contexto de la cuarta revolución industrial. Aplicar a esta forma de organización del trabajo las técnicas de protección nacidas para el trabajo en las grandes plantas industriales del siglo XX equivale a poner esta nueva forma de organización del trabajo fuera de la ley. Y concluye: “La verdadera protección de las personas que se dedican a esta actividad y que tienen como objetivo mejorar su nivel de ingresos no puede ser la imposición de un nivel mínimo más alto que la productividad laboral”.

.....

<sup>60</sup> Trib. Roma 8 settembre 2016, n. 7323, est. Conte (y otras sucesivas, 8 maggio 2017, n. 4219; 5 marzo 2018, n. 1645; 12 marzo 2018, n. 1841).

#### 4.1.2. FRANCIA. Trabajador independiente más responsabilidad social de las empresas

La Loi d'Orientation des Mobilités (LOM), adoptada por la Asamblea Nacional el 17 de septiembre de 2019, tras su consideración por el senado, se ha publicado como LOI n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 en el Diario Oficial de la República Francesa<sup>61</sup>; Título III, capítulo II, que regula la incentivación de las innovaciones en la materia, Sección 3, *Réguler les nouvelles formes de mobilité et renforcer la responsabilité sociale des plateformes de mise en relation par voie électronique*, que modifica varios artículos del Código de transportes y del Código de trabajo; la Ley núm. 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, sobre el trabajo, la modernización del diálogo social y la garantía de los itinerarios profesionales (cuyo art. 40 modificó el art.L.7342-1-2-3-4-5-6 del Código de Trabajo), en la que se incorporaron las nuevas disposiciones incorporadas por la Ley n° 2018-771 de 5 de septiembre de 2018, para la libertad de elegir el futuro profesional (art.40 bis, que modificó sustancialmente el art.L.7342-1 del Código de Trabajo en relación con el contenido de la Carta que la Plataforma debe entregar al trabajador<sup>62</sup>. Esta última norma, la de 2018, fue recurrida ante el Consejo Constitucional<sup>63</sup>, cuya decisión se ha publicado el pasado 20 de diciembre de 2019 <sup>64</sup>.

61 [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=A8BB185BE6174BBFF9CE5CB9F7F28642.tplgfr33s\\_3?cidTexte=JORFTEXT000039666574&categorieLien=id](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=A8BB185BE6174BBFF9CE5CB9F7F28642.tplgfr33s_3?cidTexte=JORFTEXT000039666574&categorieLien=id).

62 Es importante recordar que este precepto dispone: "...la plataforma puede establecer una carta que determine las condiciones y procedimientos para el ejercicio de su responsabilidad social, definiendo sus derechos y obligaciones, así como los de los trabajadores con los que se relaciona. Esta carta, especifica en particular: "1° Las condiciones en las que se desarrolla la actividad profesional de los trabajadores con los que se relaciona la plataforma, en particular las normas según las cuales se ponen en relación con sus usuarios. Estas normas garantizan que la relación entre los trabajadores y la plataforma no sea exclusiva y que los trabajadores puedan utilizar libremente la plataforma; "2° Las modalidades destinadas a permitir a los trabajadores obtener un precio decente por sus servicios; "3° Los métodos para desarrollar las competencias profesionales y asegurar las carreras profesionales; "4°) Medidas destinadas en particular a: "a) Mejorar las condiciones de trabajo; "b) prevenir los riesgos profesionales a los que puedan estar expuestos los trabajadores a causa de su actividad, como, en particular, los daños causados a terceros; "5° Las modalidades de intercambio de información y diálogo entre la plataforma y los trabajadores sobre las condiciones de ejercicio de su actividad profesional; "6°) la forma en que se informa a los trabajadores de cualquier cambio relativo a las condiciones en las que ejercen su actividad profesional; "7° La calidad de servicio esperada en cada plataforma y las circunstancias que puedan suponer una ruptura de las relaciones comerciales entre la plataforma y el trabajador, así como las garantías de que éste goza en este caso; "8° Las garantías complementarias de protección social negociadas por la plataforma y de las que pueden beneficiarse los trabajadores, en particular para cubrir el riesgo de muerte, los riesgos que afecten a la integridad física de la persona o estén vinculados a la maternidad, los riesgos de incapacidad laboral o invalidez, los riesgos de incapacidad, así como la concesión de prestaciones en forma de pensiones de jubilación, subsidios o primas de jubilación o de fin de carrera. "La carta se publica en la página web de la plataforma y se adjunta a los contratos o condiciones generales de uso que la vinculan a los trabajadores. Y concluía el precepto: "El establecimiento de la carta y el respeto de los compromisos asumidos por la plataforma en las materias enumeradas en los puntos 1° a 8° no pueden caracterizar la existencia de un vínculo de subordinación jurídica entre la plataforma y los trabajadores. "La autoridad administrativa decidirá sobre cualquier solicitud de evaluación de la conformidad del contenido de la carta con este título, formulada por la plataforma en las condiciones fijadas por decreto".

63 Sobre el recurso, véase ROJO TORRECILLA, E.: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/12/la-regulacion-contractual-de-los.html?m=1>.

64 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019794DC.htm>.

Teniendo en cuenta que las nuevas disposiciones solo se aplicarían a las plataformas (i) que actúan en el sector del transporte con conductor y (ii) la entrega de mercancías por medio de un vehículo de dos o tres ruedas, motorizado o no (Artículo L. 1326-1 del Código de Transporte modificado), se incluye ahora la resolución del Consejo Constitucional, dispone ahora la LOM, art.44, en el art. L. 7342-9 del Código de Trabajo que:

*“En el momento de su aprobación, el establecimiento de la carta [Disposiciones declaradas no conformes con la Constitución por la decisión del Consejo Constitucional nº 2019-794 DC de 20 de diciembre de 2019] no puede caracterizar la existencia de un vínculo de subordinación jurídica entre la plataforma y los empleados”.*

Lo que quiere decir que, a diferencia del texto originario, en el que se decía que el trabajador de plataforma no podía invocar la existencia de esa carta y “el respeto de los compromisos asumidos por la plataforma”, para reclamar el estatus de trabajador por cuenta ajena, queda expedita la reclamación judicial para que los tribunales laborales determinen si en el supuesto concreto hay o no relación laboral subordinada. Lo que significa que no hay una garantía legal hacia las plataformas de evitar el riesgo de “reclasificación”.

A estos efectos, es significativa la Decisión del Consejo Constitucional, apartados 23 a 29, en la que se recuerda que la disposición impugnada tenía por objeto impedir la reclasificación hacia la existencia de una relación jurídica de subordinación cuando ésta se basa en el cumplimiento de los compromisos de la plataforma en las materias enumeradas en el art. L.7342 del Código de Trabajo y la carta ha sido aprobada.

Según lo dispuesto ahora en Código de Trabajo (vid.nota a pie 62) la carta puede referirse a derechos y obligaciones susceptibles de constituir indicios de una relación de subordinación del empleado en la plataforma (entre ellos, “la calidad del servicio que se espera, los métodos de control por parte de la plataforma de la actividad y su desempeño y las circunstancias que pueden llevar a una ruptura de las relaciones comerciales entre la plataforma y el trabajador”); de modo que, según el Consejo Constitucional, si bien, en principio, los empleados en relación con una plataforma que ha elaborado una carta ejercen su actividad de forma independiente en el contexto de la relación comercial establecida con ella, corresponde al tribunal, de conformidad con el Código del Trabajo, reclasificar dicha relación como contrato de trabajo cuando en realidad se caracteriza por la existencia de una relación jurídica de subordinación

Lo que quiere decir que el establecimiento de la Carta no privará a los trabajadores de la plataforma de la posibilidad de revertir la presunción, simple, de los trabajadores no

asalariados y, por lo tanto, de ver su relación calificada como trabajadores asalariados. si se cumplen los criterios del vínculo de subordinación: poder de dirección, control y sanción.

#### 4.2. Reforma legal extracomunitaria. La no asunción del “dependent contractor” por la LEY CALIFORNIA, conocida como AB5

La Assembly Bill No. 5, aprobada el 18 de septiembre de 2019, modifica el Código de Trabajo y el Código de Seguro de Desempleo.

En breve, opta por la distinción binaria, employee– independent contractor (no introduce una categoría intermedia la de dependent contractor<sup>65</sup>, similar a worker en UK). De nuevo, por tanto, refleja la dificultad del blanco–negro, del todo o nada, puesto que como se ha planteado por autores es difícil convencer de que lo mejor o más beneficioso para ambas partes sea la clasificación binaria mientras que, por el contrario, una clasificación intermedia entre empleados y contratistas independientes puede conducir a mejores resultados cuando las empresas mantienen el control de algunas acciones y sus trabajadores controlan otras, tal y como ocurre en muchas plataformas en línea.<sup>66</sup>

Norma pensada especialmente para la gig economy, en especial, para el platform work (en cualesquiera de sus modalidades), incluye muchísimas excepciones, y se basa en la recepción legal del Test ABC de la Corte Suprema de California en el caso Dynamex. Para las excepciones, sigue aplicando el Test Borello (multifactor test, con prevalencia o relevancia del factor del “control”).

Recuérdese que el Caso Dynamex es la Decisión de la Corte Suprema de California de 30 de abril de 2018, emitida en el asunto Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles, introduce una presunción de trabajador asalariado (employee) a efectos de la legislación sobre salarios y beneficios de desempleo. Se afirmó entonces que una persona que proporcione trabajo o servicios a cambio de una remuneración se considerará un empleado (employee) y no un contratista independiente (independent contractor), a menos que la entidad contratante demuestre que se cumplen todas las siguientes condiciones (prueba ABC):

.....

65 Sobre las diferentes propuestas doctrinales en EEUU respecto de esta tercera categoría, y con carácter general una visión crítica de esta categoría híbrida, planteando sus dificultades, y con propuesta final hacia una intervención legislativa que establezca la presunción por defecto del status de empleado, véase CHERRY, M.A. and ALOISI, A.: “Dependent Contractors’ in the Gig Economy: A Comparative Approach”, *Legal Studies Research Paper Series*, St.Louis University, No. 2016–15. Puede consultarse en file:///G:/Mi%20unidad/Tecnolog%C3%ADa%20y%20Derecho%20del%20Trabajo/Dependent\_Contractors\_in\_the\_Gig\_Econom.pdf.

66 Al respecto, HAGIU, A. and WRIGHT, J.: *The status of workers and platforms in the sharing economy*, *J Econ Manage Strat.* 2019;28:97–108; puede consultarse en [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/jems.12299?shared\\_access\\_token=A8hc0Amy69YYwTdROBXmxIta6bR2k8jH0KrdpFOxC64weLgc-X4UQsO-50qtM5lThPqHoewA1gIN7ROAkXqLC7BJYOLJY\\_C9\\_3xJHDE3A7owjRrdRUrAHz6P1msC-sQ33jKWMF-bo33EJkY-EbF--fFCXizeTNWoDf0icLTauS64%3D](https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/jems.12299?shared_access_token=A8hc0Amy69YYwTdROBXmxIta6bR2k8jH0KrdpFOxC64weLgc-X4UQsO-50qtM5lThPqHoewA1gIN7ROAkXqLC7BJYOLJY_C9_3xJHDE3A7owjRrdRUrAHz6P1msC-sQ33jKWMF-bo33EJkY-EbF--fFCXizeTNWoDf0icLTauS64%3D).

(A) *La persona está libre del control y dirección de la entidad contratante en relación con la ejecución de la obra.*

(B) *La persona realiza un trabajo que está fuera del curso normal del negocio de la entidad contratante.*

(C) *La persona se dedica habitualmente a un comercio, ocupación o negocio establecido de manera independiente de la misma naturaleza que el que participa en el trabajo realizado.*

La norma introduce una sección nueva en el Código Laboral, 2750-3, y en el Código de Desempleo, 606.5, asumiendo literalmente los términos supra de la decisión del tribunal. Pero también es muy importante aclarar que incluye numerosas excepciones legales, respecto de las que a efectos de determinar el status de empleo de la persona concreta (employee o independent contractor) se regirá por el test de la prueba previsto en *S. G. Borello & Sons, Inc. v. Department of Industrial Relations* (1989) 48 Cal.3d 341.

¿Qué quiere expresar el *Test Borello*, previsto desde 1989? Téngase en cuenta que las excepciones en la ley son muchas, todas ellas sometidas a dicho test, entre otros, agentes de seguros con licencia, ciertos profesionales de la salud con licencia, corredores de valores registrados o asesores de inversión, vendedores directos, licenciarios de bienes raíces, pescadores comerciales, trabajadores que prestan servicios de peluquería o cosmetología con licencia, y otros que realizan trabajos bajo un contrato de servicios profesionales, con otra entidad comercial o de conformidad con un subcontrato en la industria de la construcción. Para estos casos exceptuados la ley establece los factores que se han de tener en cuenta para considerar que el trabajador es un employee (trabajador asalariado) en el caso concreto (seis o siete factores según los casos).

Brevemente sobre una de las condiciones del Test ABC, el primero A, relativo a la ausencia de control y dirección de la entidad contratante. “Control y dirección” que, como se ha expresado, tiene muchas dimensiones, de modo que el espectro de modelos de negocios intermedios es muy amplio, entre el de mercado puro –con el menor control posible sobre la forma en que los trabajadores realizan las transacciones con los clientes– y el de empleo puro con control total sobre los trabajadores. Se aventuraba al respecto que las empresas probablemente replantarían el modelo de negocio y se eliminarán muchos modelos de negocio intermedios, con diferentes grados intermedios de control que podrían ser más eficientes en la práctica. De modo que, en la actualidad, y contrariamente a lo que se preveía con la regulación legal, se ha planteado de nuevo la opción del dependent contractor; se ejemplifica al respecto que la asunción de mayor control sobre la forma en que los trabajadores interactúan con los clientes implicará una mayor restricción en turnos de trabajo específicos, exigencia de un número mínimo de horas para esa plataforma y en

áreas geográficas más limitadas. En concreto, en relación con las plataformas de transporte (para las que realmente está pensada la Ley californiana) se plantea si la reclasificación no implicará una restricción para que puedan trabajar en plataformas de la competencia. Sin olvidar que ya hay alguna respuesta de plataformas a la Ley AB5<sup>67</sup>, reiterando la propuesta de dependent contractor; se dice que exigir un salario mínimo basado en las horas que un trabajador está disponible en la plataforma casi con toda seguridad empujaría a cada empresa a exigir que los trabajadores cumplan un número mínimo de horas en su plataforma y que no trabajen para rivales durante estos “turnos”.

## 5. REFLEXIONES FINALES

**E**l debate sobre los retos actuales y futuros de un mundo del trabajo en rápida evolución tecnológica y la búsqueda de un consenso en el planteamiento de soluciones está abierto desde hace tiempo.

La OCDE (Policy Responses to New Forms of Work; The Future of Work) y la OIT (Trabajar para un futuro más prometedor) han presentado informes en los que urgen afrontar el cambio que el progreso tecnológico está produciendo en el mercado de trabajo y en las formas de empleo “tradicionales” o “típicas”.

La digitalización de la economía implica, ante todo, una profunda reconsideración del trabajo, de su organización, de su sentido social y de su regulación jurídica. De ahí que estos estudios destaquen las que se estiman cuestiones de interés común en torno a la economía digital, o más concretamente, en relación con la Economía de Plataformas Digitales. Se utiliza como una de las manifestaciones más vistosas de las tendencias del mercado de trabajo y se proyecta como ensayo de laboratorio para constatar el impacto del progreso tecnológico en la calidad del empleo.

Pero el planteamiento y las posibles soluciones están muy condicionados por la posición de partida, ideológica incluso, sobre la dialéctica entre el trabajo y la tecnología, sobre la tecnología y su impacto en el empleo y, en particular, sobre las plataformas digitales. Se perciben sesgadamente como meros instrumentos para cambiar la forma de ofrecer servicios en el mercado y de organizar el trabajo negando, sin prueba empírica alguna, que creen nuevos sectores productivos o nuevas ocupaciones. Con este sesgo se suelen

.....  
67 Uber’s secret project to bolster its case against AB5, California’s gig-worker law; puede consultarse en <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/01/06/ubers-secret-project-bolster-its-case-against-ab-california-gig-worker-law/>.

presentar como meras transformadoras de ocupaciones y empleos existentes e incluso se afirma con cierta laxitud que en el fondo hay un fin de elusión de obligaciones fiscales y de contribución social.

El debate público –del que se han hecho eco los medios de comunicación– sobre el trabajo en plataformas digitales se ha presentado como “blanco–negro”, con interés por enfrentar “todo y nada”. Entre, se afirma, la garantía total de derechos laborales y la más absoluta desprotección, calificando en general al trabajo desarrollado para un tipo de plataformas (en especial para las que ofrecen trabajo tradicional off line) como precario.

Debe explicarse que los casos judiciales en nuestro país acerca de la calificación de los trabajadores de plataformas dan respuesta a los conflictos concretos planteados y se resuelven interpretando y aplicando las reglas que existen en nuestra legislación. Pocos problemas en el Derecho, decía allá por 1944, el juez Wiley Blount Rutledge, de la Corte Suprema de EEUU, “han planteado tantos conflictos y diversidad de interpretaciones que los casos en los que hay que fijar la frontera entre la relación laboral y un acuerdo al margen de la relación empresario–trabajador asalariado”.

No es, por tanto, patológico que se haya acentuado el debate ante una realidad empresarial–tecnológica nueva. Y urge un consenso entre todos los actores implicados, por supuesto empresarios y trabajadores, y sus respectivas organizaciones, para plantear una solución equilibrada y justa a quien corresponde adoptar la decisión de política legislativa.

Los sectores económicos tradicionales de servicios off line buscan que haya reglas comunes para evitar la competencia desleal y piden no estar en desventaja respecto de sus competidores. Los sectores económicos como la hostelería, en especial, restauración, han encontrado un aliado perfecto en las plataformas digitales de reparto para aumentar sus posibilidades de mercado, en especial, las PYMEs. Los emprendedores digitales han conseguido irrumpir en la economía con nuevos modelos de negocio. He incluso, nos recuerda uno de los informes de la OCDE, hay países que encuentran posibilidades en la economía de plataformas digitales para sus parados.

No hay que demonizar a las plataformas digitales y al trabajo generado a través de las mismas. Muchos países han reconocido sus ventajas en términos de flexibilidad y autonomía para los trabajadores; de capacidad para proporcionar una fuente adicional de ingresos; de oportunidades para el autoempleo e, incluso, de su contribución al crecimiento económico. Pero también se presentan dificultades. Oportunidades y retos o dificultades que deben ponerse en la balanza para buscar soluciones equilibradas, no cortoplacistas, sino válidas para perdurar a largo plazo.

No se puede responder de forma apresurada a una realidad compleja y heterogénea. Una regulación excesivamente restrictiva puede frenar indebidamente la actividad empresarial y la innovación; pero, por el contrario, una extremadamente flexible puede correr

el riesgo de provocar “brechas” de protección o de garantía de aquellas que se vislumbran como condiciones “sociales” mínimas a modo de un suelo básico. La seguridad y salud en el empleo, una retribución mínima, acceso al sistema de seguridad social, desarrollo general de las carreras profesionales, no discriminación algorítmica y derechos colectivos, entre otras.

Ante esos retos se ha de responder a la cuestión siguiente: ¿es necesario crear una tercera categoría, entre asalariados y autónomos, la de trabajadores en plataformas? Y si la respuesta fuera positiva, ¿bajo qué premisas y con qué reglas?

Estamos al tanto de las soluciones adoptadas en otros países, de signo no exactamente coincidente; también de las cuestiones actuales planteadas en el contexto del Derecho Social de la Unión Europea. Y conocemos iniciativas voluntarias que algunas plataformas han adoptado individualmente o de forma acordada con los sindicatos. Confluye en las de los países de la Unión Europea, Italia ahora y en Francia, un común denominador: no se modifica el rasgo estructural de la dependencia o de la subordinación; no se califican como trabajadores asalariados, pero se reconocen ciertos derechos “sociales” a un tipo de estos trabajadores (no a todo trabajo realizado a través de plataformas).

En gran medida, estas opciones legislativas exteriorizan una visión del capitalismo de plataforma que promueve el autoempleo pero no excluyen, todo lo contrario, que la protección y garantía de condiciones de trabajo básicas y prestaciones sociales vinculadas al trabajo subordinado se extiendan a quienes son considerados trabajadores no asalariados o autónomos. Con todas sus imperfecciones, aciertos o errores, estas soluciones creativas intentan afrontar la realidad con una dosis equilibrada entre universalismo y selectividad de la protección de aquéllos a los que en el terreno de la calificación jurídica cabe entender como trabajadores autónomos pero que realizan su prestación de servicios organizados por el cliente.

Más que abrazar, de manera casi ideológica, una visión del trabajo a través de plataformas digitales como necesariamente subordinado, conviene instar a una valoración más articulada y atenta a verificar, sin prejuicios, los vínculos entre tecnología y trabajo, resaltando las nuevas oportunidades de crecimiento que ofrecen. Lo que se exige entonces es que, a través de un objetivo de gran angular, se diseñe una regulación con criterios razonables y justos.

No es la validez de las categorías tradicionales la que está en cuestión; ni se trata de verificar su idoneidad para resolver los problemas de calificación jurídica de la prestación de servicios en el marco de las plataformas digitales. Se trata de racionalizar los efectos que en términos de regulación derivan de la calificación.

Cuando se proyecta la realidad, heterogénea y compleja, del trabajo realizado a través de plataformas digitales en el sistema “binario” de calificación (trabajador asalariado/trabaja-

dor autónomo), hay un discurso que parece haber calado en la opinión pública alentando por quienes, a modo de filibusteros (en términos parlamentarios), pretenden convencer de que el sistema es inadecuado. Se proclama entonces la “obsolescencia” programada de las categorías tradicionales (como si fueran “algo” que ha pasado o ha de pasar a dejar de utilizarse), y se adopta una reacción defensiva. Reacción que consiste en proclamar a modo de discurso de larga duración que solo cabe afrontar la situación a través de una relectura del trabajo asalariado estándar. Y culmina en la propuesta de técnicas diversas que en el fondo o bien tienen como objetivo la recalificación de estos trabajadores como asalariados (subordinados); o bien se pide flexibilizar el significado de la dependencia o subordinación a través de mensajes intencionales o teleológicos que se basan en consideraciones económicas, tales como la dependencia económica.

Cuando las formas de trabajo a través de plataformas no pueden reducirse a un esquema unitario, esta hipotética solución regulatoria uniforme y expansiva del trabajo asalariado estándar para todo “trabajo en plataformas” quedará condenada al fracaso o solo a una victoria pírrica cortoplacista.

Si el fenómeno del trabajo en plataformas digitales es complejo y muy variado, y va más allá, desde luego, del que se ha denominado “modelo de repartidor de pizzas”; si en muchas ocasiones este tipo de trabajo es intermitente, discontinuo y aleatorio; no continuo, sino marginal o accesorio, requiere pensar en un estatuto mínimo de integración a través de una técnica de extensión de ciertos derechos y protecciones para un tipo de estos trabajadores que respondan a unas características determinadas de continuidad, personalidad... de la prestación de servicios. Lo que a la postre puede tener un alcance más amplio y duradero, sostenible y equilibrado que la de corto plazo representada por la recalificación de estas relaciones de trabajo como relaciones de trabajo asalariadas. Se trata, en definitiva, de reivindicar la importancia de una economía socialmente sostenible y responsable apoyada por la tecnología que beneficie a todas las partes implicadas.

# UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA “SUSTITUCIÓN” TECNOLÓGICA COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO <sup>1</sup>

*A FIRST APPROACH TO TECHNOLOGICAL SUBSTITUTION  
AS A CAUSE OF REDUNDANCY*

**MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ**

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

Fecha de recepción: 2/07/2020

Fecha de aceptación: 4/12/2020

**SUMARIO:** 1. LA “SUSTITUCIÓN” TECNOLÓGICA COMO CAUSA DE EXTINCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATO DE TRABAJO. 2. BREVE APROXIMACIÓN A LAS CAUSAS TÉCNICAS (Y ORGANIZATIVAS). 3. ¿QUÉ RELEVANCIA OSTENTA EL CONCEPTO DE ROBOT PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA CAUSA TÉCNICA? 4. LA AUTOMATIZACIÓN ¿IMPONE UNA REINTERPRETACIÓN DE LA CAUSA “TÉCNICA”? 5. ¿LA SOLUCIÓN RADICA EN UNA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MAYOR? 6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

**RESUMEN:** Las reflexiones sobre la sustitución del ser humano por las máquinas no paran de crecer; centraremos las nuestras, partiendo de un reciente caso polémico de despido objetivo basado en el reemplazo de una trabajadora por un *bot*, en la necesidad de reinterpretar las causas técnicas para la extinción por circunstancias objetivas y la calificación

.....

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en el proyecto de Investigación PGC 2018–095263–B–100 (*Desarrollo tecnológico, cambio sociolaboral y trabajo sostenible*).

que merece la decisión empresarial de automatizar su actividad, como lógica derivación de la libertad de empresa. Las evidentes razones de eficiencia que laten en esta medida no deben combatirse desde posiciones “negacionistas”, sino buscando propuestas que equilibren la sostenibilidad del trabajo y la competitividad y futuro de las empresas, a través del incremento de competencias tecnológicas y poniendo en valor “habilidades” típicamente humanas, poco asumibles por las máquinas, sin olvidar la ética en la fabricación, diseño y utilización de los robots.

**ABSTRACT:** Reflections on the replacement of the human being by machines do not stop growing; we will focus ours, starting from a recent controversial case of objective dismissal based on the replacement of a worker by a bot, on the need to reinterpret the technical causes for extinction by objective circumstances and the qualification that the business decision to automate its activity deserves, as a logical derivation of the company’s freedom. The obvious reasons for efficiency that lie behind this measure should not be fought from “negative” positions, but rather by seeking proposals that balance the sustainability of work and the competitiveness and future of companies, through an increase in technological skills and by valuing “skills” that are typically human, and which are not easily taken on by machines, without forgetting the ethics of manufacturing, designing and using robots.

**PALABRAS CLAVE:** Sustitución, tecnologías, despido, robots, sostenible.

**KEYWORDS:** Replacement, technologies, layoff, robots, sustainable.

## 1. LA “SUSTITUCIÓN” TECNOLÓGICA COMO CAUSA DE EXTINCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Aunque la preocupación por la irrupción de las máquinas y su incidencia en el trabajo humano ha sido una constante en la industrialización, hoy se ponen sobre el tapete de forma más virulenta aún las repercusiones de la robotización y la inteligencia artificial (en adelante IA) sobre el empleo<sup>2</sup>, el posible fin de la necesidad de trabajar, la evolución hacia una sociedad ociosa, con notorios problemas o la necesidad de satisfacer las necesidades de subsistencia por medio de rentas sustitutivas del trabajo, entre otros. Pese a que las cifras manejadas varían notablemente, con posturas optimistas<sup>3</sup> y otras tildadas de “catastrofistas”<sup>4</sup>, pasando por algunas intermedias que estiman parejo el número de empleos creados y eliminados<sup>5</sup>, **el consenso es alto al prever que las transformaciones afectarán a los más diversos sectores, con cambios relevantes en las formas de trabajar y empleos llamados a desaparecer.** Mientras en revoluciones anteriores se sostenía que las máquinas venían para reemplazar esencialmente la fuerza muscular, en la actualidad las “nuevas” máquinas (robots o sistemas inteligentes) podrían llegar a sustituir la capacidad intelectual y las habilidades cognitivas. Por tanto, las repercusiones podrían dejar-

.....

2 A modo ejemplificativo, ERNST, E., MEROLA, R. and SAMAAN, D., *The economics of artificial intelligence: Implications for the future of work*, ILO, Geneva, 2018; BERG, A., BUFFIE, E.F. y ZANNA, L.F., “Should we fear the Robot Revolution? (The correct answer is yes)”, *IMF Working Paper*, Mayo 2018. SERRANO FALCÓN, C., “Robótica avanzada y relaciones laborales: dificultades, análisis y propuestas”, AA.VV., *El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social desde la perspectiva del trabajo decente*, Laborum, Murcia, 2018, pp. 1 ss (versión digital).

3 El balance es positivo en el Informe *Sociedad Digital en España*, 2018, Fundación Telefónica, Madrid, 2019, p. 9, que recoge los datos de la Federación Internacional de Robótica, convencida de que la automatización está impulsando la creación de empleo, y que estima que en 2020 estarán operativos más de 3 millones de robots industriales, pp. 136–137. El Comité Económico y Social Europeo (CESE) maneja datos que oscilan entre el 9 y el 54% en relación con el porcentaje de empleos amenazados, en función de las diversas opciones metodológicas, Dictamen sobre “Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa” (dictamen de iniciativa) (2018/C 440/01).

4 Así la realizada por el grupo de investigación “Citi GPS” de la Universidad de Oxford con apoyo en el banco mundial, que en algunos países sitúa la cifra de trabajos reemplazados por máquinas en más del 70% aunque en otros son mucho menores (35%), GARCÍA JIMÉNEZ, M., “Revolución Industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº extraord. 2019, p. 151. En 1950 Wiener (*Cibernética y sociedad*) consideraba que cesaría de forma brusca y definitiva todo trabajo fabril (esto es, empleos de bajo o medio nivel), LACRUZ MANTECÓN, M.L., “Cibernética y Derecho Europeo: ¿una inteligencia robótica?”, *Diario La Ley* nº 9376, 2019, p. 2.

5 PWC, *Bots, Machine Learning, Servicios cognitivos. Realidad y perspectivas de la Inteligencia Artificial en España*, Madrid, 2018, p. 10. The European Agency for Safety and Health at Work, Discussion Paper, *OSH and the future of work: benefits and risks of artificial intelligence tools in workplaces*, Brussels, 2019, p. 1.

se sentir no exclusivamente entre los trabajadores poco cualificados<sup>6</sup> sino también entre aquellos con mayor grado de cualificación y especialización, incidiendo en gran número de sectores al mismo tiempo<sup>7</sup>.

La Resolución del Parlamento Europeo (16 febrero 2017) sobre normas de Derecho civil sobre robótica<sup>8</sup>, parte de que “la humanidad se encuentra a las puertas de una era en la que robots, bots, androides y otras formas de IA cada vez más sofisticadas parecen dispuestas a desencadenar una nueva revolución industrial”. En este contexto, asumidas que estas consecuencias están llamadas a producirse, se ha planteado más seriamente el efecto “sustitución” de la renta de trabajo de los sujetos “desplazados” por los robots, que el cambio propiamente dicho y su subsunción en las reglas de nuestro ordenamiento jurídico laboral.

Recientemente esta cuestión ha sido abordada por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de las Palmas de Gran Canaria de 23 de septiembre de 2019<sup>9</sup>, que coloca el asunto en el centro del debate jurídico. Su lectura despierta inmediatamente el interés al analizar el despido objetivo a la luz del problema concreto de la sustitución de un concreto trabajador por un robot (en el caso concreto, un *chatbot o bot*) y enlaza con una necesaria reflexión sobre el alcance protector del ordenamiento laboral o los posibles límites a los robots (incansables, sin sujeción a jornada, sin retribución) a la hora de parangonar su trabajo con el del ser humano.

En la práctica, en algunos sectores la revolución es ya patente, de forma que la “reconversión digital” está siendo muy rápida y la “nueva” realidad palpable, con una evidente sustitución (total o parcial) de trabajadores por determinados tipos de software o algoritmos sumamente eficaces, o la atención física al cliente por atención telefónica o vía internet (personal o a través de asistentes informáticos) u operaciones electrónicas (en ventanillas electrónicas, cajeros automáticos o similares). Con frecuencia esta llamativa reducción de puestos de trabajo se está canalizando por medio de Expedientes de Regulación de Empleo, basados en causas técnicas, organizativas o de producción, avaladas por los representantes de los trabajadores y con frecuencia sobre la figura de las bajas volun-

6 Es baja la probabilidad en trabajos con niveles elevados de percepción, manipulación, inteligencia creativa y social, FILIPPI, E. e TRENTO, S., “I rischi dell’automazione del lavoro: una stima per l’Italia”, *Il mulino* 4/2018, pp. 597–8. La Agencia Europea de SST estima un incremento relativo de trabajadores altamente cualificados y una menor demanda de trabajadores menos formados con tareas rutinarias en el aspecto cognitivo, o de tipo manual, situando la desaparición de empleo 1/3 del actual, *A review on the future of work: robotics*, Brussels, 2015, p. 3.

7 Dictamen CESE sobre la Inteligencia Artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad (526º. Pleno del CESE de 31 mayo y 1 junio 2017), DOUE 31.08.2017 (Punto 3.16).

8 DOUE C 252, 18.07.2018. Con posterioridad, Resolución del Parlamento Europeo, 12 febrero 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088 (INI)). Entre otros, GOTTARDI, D., “Da Frankenstein ad Asimov: letteratura ‘predittiva’, robótica e lavoro”, *Law&Labour Issues* vol. 4, nº 2, 2018, pp. 2 ss.

9 Rec. 470/2019.

tarias. Y, por ende, no se está cuestionando la legitimidad de la causa ni del proceso y no parece lógico que la causa devenga más estricta en el caso del despido individual.

## 2. BREVE APROXIMACIÓN A LAS CAUSAS TÉCNICAS (Y ORGANIZATIVAS)

Como es sabido, la redacción actual del art. 52 c) ET divide las causas entre las económicas, por un lado, y las técnicas, organizativas o productivas, por otro. No resulta dudoso que el supuesto podría incardinarse en cualquiera de los dos grupos, aunque para el primero de ellos deberían darse las notas específicas sobre la situación económica determinadas por la norma<sup>10</sup>. Por tanto, salvo que se pudieran acreditar estas especiales condiciones, el caso debería enmarcarse en la concurrencia de alguna/s de las otras tres causas, conjuntamente o por separado, a las que presta atención la Sentencia, al ser alegadas en la carta de despido. En primer lugar, se combate la causa productiva, estimando que se basa en previsiones o suposiciones, no constatadas al tiempo del despido y excluida la afectación tampoco del ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado (FJ 4<sup>a</sup>). A buen seguro este es uno de los errores en que incurre la empresa al plantear el despido, acudir a la triple causa, cuando podía haber bastado una sola de ellas (o la técnico-organizativa).

Con acierto sostiene la Sentencia (FJ 2<sup>o</sup>), que **tales causas no exigen que la entidad atraviese una situación económica negativa o nada tienen que ver con los resultados económicos de la empresa**. Y se sostiene unánimemente que vienen centradas en el ámbito en que es necesaria la reorganización y no la totalidad de la empresa. En esencia, destaca que resulta preciso que provoquen una reducción real de las necesidades de mano de obra, de modo que la medida permita mantener o restablecer la equivalencia entre las nuevas exigencias y el personal contratado para atenderlas y que “responden, normalmente, a la aplicación de criterios de racionalización y optimización del trabajo, determinantes de la puesta en práctica de medidas de reestructuración, reordenación, unificación, centralización, homogeneización o simplificación organizativa”. Para ello se reproducen distintos supuestos hasta la fecha admitidos por los tribunales que, quitando el dato de tratarse ahora sin ambages de la sustitución de una persona por una máquina, no se alejan tanto del caso enjuiciado.

.....

10 La distinción en la práctica no es tan diáfana, pues siempre está detrás la causa económica. A este respecto, la propia Sentencia que comentamos razona sobre que las razones estrictamente económicas (ahorre de costes o que el *bot* desempeña el trabajo correspondiente a 2,45 trabajadores al mes) parecen claras.

Destaca en el pronunciamiento judicial que estima no probadas ni las razones para la amortización del puesto de trabajo de la actora ni el efectivo tiempo y carga de trabajo del que se libera a la misma (sin acreditación específica, con números concretos y detalle explicativo de los mismos...ni tampoco el grado de eficacia del robot<sup>11</sup>...). A lo que añade la falta de concurrencia de la causa técnica, a la que va ligada la organizativa, por el hecho de que las horas que no quedan vacías de contenido a la actora se repartirían entre los demás trabajadores, considerando que ello provoca que la causa quede sin sustento alguno (FJ 5º).

De esta forma, *sensu contrario*, parece admitirse la “sustitución” completa por una máquina que pueda asumir todas las funciones humanas, pero no la parcial con la correspondiente reestructuración y reparto de tareas (seguramente también alivio) entre los demás trabajadores, provocando cierta inseguridad jurídica y una interpretación de la causa en exceso condicionada por las concretas circunstancias del supuesto concreto.

Particular atención merece que el Juzgado de Canarias, acogiendo al parecer del voto particular contenido en la STS 31 mayo 2006 (rec. 49/2005), considera que la simple mejora de la eficiencia no puede ser tenida como piedra de toque que justifique la inclinación de la balanza en favor del derecho a la libertad de empresa, sobre el derecho al trabajo e incluso sobre el interés público a favor del mantenimiento del empleo, pese al notorio cambio en la redacción que ha sufrido el precepto legal<sup>12</sup>. Lo que sí reconoce, aunque quizás su conclusión se aparte de esta idea, es que la norma vigente considera que los despidos serán procedentes no sólo cuando sea “necesario” amortizar puestos de trabajo, sino también cuando resulte “conveniente” para mejorar la eficiencia de la empresa, aunque no sea necesario o imprescindible la amortización del puesto de trabajo. Ahora bien, dicho esto, insiste en que la reforma no ha supuesto la supresión del juicio de razonabilidad que el órgano judicial está obligado a realizar.

Afirmaciones que motivan alguna reflexión; al margen de la opinión más que respetable expresada en el voto particular, la propia STS aludida mantiene que “las dificultades que justifican el despido ya no necesitan ser de tal entidad que pongan en peligro la viabilidad futura de la empresa o del empleo en la misma”, basta con que impidan su “buen funcionamiento”, aceptando “la mejora de la eficiencia en el uso de los medios o recursos de la organización empresarial” como causa legitimadora del despido. Pero es que, en

.....

11 Algún comentarista de la Sentencia ya ha manifestado que la no acreditación de la mayor eficacia del robot a la que se concede una importancia capital no es excesivamente convincente para desacreditar la existencia de la causa, por evidente, ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “¿Se considera procedente la extinción objetiva (por causa técnica) de un trabajador que ha sido sustituido por un robot?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 7/2019, p. 4.

12 Sobre los cambios operados en las causas con las últimas reformas, GUERRERO VIZUETE, E., “La eficiencia del mercado de trabajo a través de la flexibilización descausalizadora introducida en los procesos de extinción contractual”, *Relaciones Laborales* 2013-1, pp. 27 ss; SOLER FERRER, F., “La nueva regulación del despido por causas objetivas”, *Diario La Ley* nº 7548, 17 enero 2011, Ref. D-18, pp. 1 ss.

puridad, como se sabe, esta referencia a la “necesidad” ni siquiera figura en el tenor literal de la norma en la actualidad. Es más, al hilo de la misma la doctrina vino a desterrar interpretaciones poco realistas dado que **“la empresa no es una institución de beneficencia ni un centro de empleo protegido; es un agente económico que opera en el mercado para obtener beneficios”** y **“el contrato de trabajo pierde su función económico-social si la actividad laboral carece de valor productivo para la empresa”**, siendo función del legislador evitar los despidos arbitrarios pero no mantener contratos que no cumplen su función o garantizar empleos superfluos<sup>13</sup>. Para nosotros, **esta idea es la clave de bóveda sobre la que debe asentarse el problema que nos ocupa**, resultando de plena aplicación a los procesos de automatización-robotización que ya están aquí, pese a que mirada la medida exclusivamente desde la perspectiva del trabajador pueda parecer una afrenta y algo contrario a las conquistas sociales logradas en los últimos decenios.

Por otra parte, no está desacertado el juzgado de Canarias al trazar un claro parangón entre la “sustitución” que nos ocupa y la externalización productiva que también ha sido acogida judicialmente como causa de despido objetivo<sup>14</sup>, en relación a la cual la polémica STS 20 noviembre 2015 (nº rec. 104/2015)<sup>15</sup>, estima que “la mejora de la situación económica puede producirse empleando nuevas máquinas y tecnologías más avanzadas o cambiando los sistemas o métodos de trabajo o la organización de la producción, cambios que, al abaratar los costes, por aumentar la productividad, mejorarán la competitividad de la empresa en el mercado con lo que la Ley reconoce que los cambios que producen una disminución de los costes no son ilícitos *per se*”. O lo que es tanto como decir que es causa legitimante si “constituye una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial”.

Más estricto, el juzgador aquí considera que la finalidad del despido objetivo “es la de contribuir a ayudar a la empresa que atraviesa dificultades... y no la de configurar un sistema de incremento de los beneficios en aquellas empresas que, no atravesando complicación alguna, pretenden acogerse al mismo ante cualquier eventualidad o circunstancia que se produce en su proceso técnico, productivo y de organización, trasladando al trabajador los riesgos de la actividad empresarial y haciendo recaer sobre el mismo cualquier incidencia del mercado, de escasa relevancia y nula incidencia en su normal funcionamiento, o servir de subterfugio para evitar llevar a cabo una negociación con los trabajadores por

.....

13 DESDENTADO BONETE, A., “Descentralización productiva y despido”, Diario La Ley nº 7271, 2009, Ref. D-335, p. 3 (versión digital).

14 Por todos, ESTEVE SEGARRA, A., “El despido objetivo por causas organizativas en supuestos de descentralización organizativa (a propósito de las SSTs 3 y 4 de octubre de 2000, recursos 651/2000 y 4098/1999)”, *Relaciones Laborales*, 2001-2, pp. 503 ss.

15 MOLINA NAVARRETE, C., “Libertad de empresa y rebaja de costes del despido: ¿nuevo <<viraje liberal>>? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de noviembre de 2015, rec. Núm. 104/2015”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social.CEF* nº 397, 2016, pp. 109 ss.

la que se les establezcan y reconozcan una serie de derechos y garantías laborales, como implicaría la masiva sustitución de trabajadores por automatismos robóticos”.

No queda excesivamente despejada de toda duda la exigencia legal, en la regulación vigente, de la superación de “dificultades” preexistentes y tampoco que estemos ante una razón de escasa relevancia y nula incidencia. En cuanto a las soluciones negociadas, lógicamente serían deseables y en puridad el resultado esperado debe ir más allá de un aumento en las cuantías indemnizatorias, pero a ello nos referiremos *infra*. Quizás la exégesis judicial es más fruto de un desiderátum o de intentar poner coto a una situación que se vaticina creciente, alejándose de las líneas básicas de la jurisprudencia del TS, cuyo veredicto habremos de esperar para el supuesto concreto. La solución del juzgado de Canarias está muy apegada al caso concreto, a lo que se considera probado y lo que no y a que no existe una inasumible carga de trabajo, pero parece querer superar estos extremos y sentar las bases de una doctrina general que tienda a restringir, quizás en exceso, la sustitución tecnológica.

### 3. ¿QUÉ RELEVANCIA OSTENTA EL CONCEPTO DE ROBOT PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA CAUSA TÉCNICA?

El pronunciamiento del Juzgado de lo Social de Canarias hace algunas precisiones conceptuales al considerar que mientras la empresa señala que se ha procedido a la robotización de parte de las funciones administrativas que hasta el momento venían siendo desarrolladas directamente por el personal, desde un punto de vista puramente técnico, la empresa no ha procedido a la robotización, sino a la automatización a través de software, es decir, no existe robot físico que haya asumido las tareas, que quedaría mejor conceptualizado como un “*bot*”. Al margen de la necesidad o menos de este tipo de precisiones conceptuales, a nuestro juicio, a efectos de la aplicación de las normas sobre el despido y su calificación viene a ser indiferente que se trate de un auténtico robot, un software u otro avance tecnológico capaz de realizar tareas antes asignadas a los humanos.

Como se sabe, **no existe un concepto universal de robot**, considerada la noción como compleja y bastante cambiante<sup>16</sup>, rasgo que comparte la IA<sup>17</sup>. Para el Diccionario de la RAE un robot es una “máquina o ingenio electrónico programable, capaz de manipular objetos

16 Entre otros, GARCÍA-PRIETO CUESTA, J., “¿Qué es un robot?”, en BARRIO ANDRÉS, M. (Dir.), *Derecho de los robots*, Wolters Kluger, Madrid, 2018, pp. 1 ss (versión digital), La Ley 1081/2018.

17 Lo esencial es la habilidad o capacidad para realizar tareas comúnmente asociadas a humanos inteligentes, CABANELAS OMIL, J., “Inteligencia artificial ¿Dr. Jekyll o Mr. Hyde?”, *Mercados y Negocios*, Vol.1, núm. 40, 2019, p. 7.

y realizar operaciones antes reservadas a las personas”. Intuimos un rasgo que sí resulta fundamental para el objeto de estudio, esto es, que **lo que antes hacía exclusivamente el ser humano puede ser ahora desarrollado por determinados tipos de máquinas**, por tanto, se va a plantear la “necesidad” o “conveniencia” de que esto ocurra.

La propia Sentencia alude a la Resolución del Parlamento Europeo mencionada, que considera características básicas de un robot inteligente la capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o intercambio de datos con su entorno (interconectividad) y el intercambio y análisis de dichos datos; un soporte físico mínimo; la capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno y la inexistencia de vida en sentido biológico. Como rasgo facultativo añade la capacidad de autoaprendizaje a partir de la experiencia y la interacción. Notas sobre las que existe un algo grado de consenso también en la doctrina<sup>18</sup>. Ahora bien, **dados los veloces avances tecnológicos, no debemos quedarnos en definiciones inmutables de lo que sea un robot, no siendo esencial la delimitación conceptual, ni el “soporte físico”, sino la propia interpretación de las causas extintivas y el encaje natural en las mismas (o no) de la sustitución de las tareas o prestación laboral realizada por una persona por una máquina, aplicación o artilugio robótico, en su amplio espectro.**

#### 4. LA AUTOMATIZACIÓN ¿IMPONE UNA REINTERPRETACIÓN DE LA CAUSA “TÉCNICA”?

**E**n relación a la casusa extintiva, bien merece una reflexión la afirmación judicial referente a que “los datos prospectivos de destrucción de empleo por la automatización son muy superiores y por ende hacen necesaria una reinterpretación del concepto de “causas técnicas” para el despido objetivo”. Aseveración que puede resultar polémica y que suscita algunas reflexiones. Lo primero a cuestionar es si tal aserto puede sostenerse a la luz de la previsibilidad del efecto “sustitución” y su progresivo crecimiento o si más bien es una postura rígida en demasía para poner coto a una evolución que seguramente resulta imparabile. Corremos el riesgo de quedarnos en un enfoque reduccionista en exceso de la problemática suscitada, que reclama nuevos modos de enfrentar las innovaciones y solu-

.....  
18 BARRIO ANDRÉS, M., “Del Derecho de Internet al Derecho de los Robots”, en BARRIO ANDRÉS, M. (Dir), *Derecho de los Robots*, cit., pp. 3 y 4; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y GRAU RUÍZ, M.A., “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* nº 50, 2019, pp. 6 y ss (versión digital), BIB 2019/7000.

ciones más integrales. Quizás la perspectiva es algo rudimentaria y no se aleja demasiado de la típica de la reacción *luddita*<sup>19</sup>, aunque no se centre en “romper cosas”.

Partiendo del tenor literal de la norma, el juez considera que más que un “cambio” (conversión o modificación de algo en otra cosa), la automatización implica la irrupción de algo nuevo, y no el cambio de algo pasado, de forma que “se pasa de que los trabajadores hagan uso de un instrumento para el desempeño de su trabajo, a que el instrumento de producción haga el trabajo por sí...”, es decir, “la sustitución de un trabajo por un instrumento”. “Lo contrario sería tanto como considerar al trabajador un instrumento y la aparición de un robot o *bot* un cambio en ese instrumento”. Interpretación que, a fuer de forzar las palabras, no hace desaparecer la idea de que estamos ante una alteración tecnológica con un alcance muy superior al de una mera adaptación. Además, tampoco conviene perder de vista que la propia norma en cuestión apunta a una amplitud mayor que la esbozada, en tanto que sitúa los posibles cambios para la concurrencia de la causa técnica en el “ámbito” de los medios o instrumentos de producción, incluyendo, por tanto, aquellos que afectan a los propios instrumentos como a otros aspectos circundantes. Pero es que, junto a lo anterior, el propio diccionario de la RAE como primera acepción de cambio refleja la de “dejar una cosa o situación para tomar otra”. En definitiva que, a nuestro juicio, **sin alteraciones legales, daría cabida a la sustitución de uno o varios trabajadores por una máquina, acción que exigiría su valoración desde el punto de vista de la eficiencia y la adopción de medidas que puedan afrontar los inminentes retos de esta “nueva revolución industrial”**.

A resultas de lo anterior la Sentencia excluye la justificación del despido, pues en aras de la competitividad, se favorece la subestimación y minimización del Derecho del Trabajo. No parece de recibo utilizar el ordenamiento laboral como un cerrojo jurídico frente a la automatización, reclamando mejor su ajuste a las nuevas circunstancias y centrado en tutelar la persona del trabajador, pero buscando un cierto y necesario equilibrio con las necesidades empresariales y la mejora de la productividad y la competitividad. **En esta trayectoria no se puede prescindir de determinadas consideraciones éticas en el diseño, fabricación y comercialización de los robots; de los valores humanistas; de reservar determinadas actividades a los humanos<sup>20</sup>, del enfoque “humano al mando” y de la adaptación–colaboración del robot, pero sin negar los avances tecnológicos y los reajustes empresariales.**

.....

19 La doctrina descarta que una reacción *luddita* evite la alteración del mercado de trabajo, de forma que el entorno en el que se produzca este cambio y cómo reaccionen los actores influirá en el alcance y la manera en que se materialice ese potencial de crecimiento, sobre todo a corto plazo, MERCADER UGUINA, J.R., “La robotización y el futuro del trabajo”, *Trabajo y Derecho* nº 27, 2017, La Ley 1754/2017, p. 11 (versión digital).

20 Algo que para COTINO HUESO, L., “Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho”, *Revista Catalana de Dret Públic* nº 58, 2019, p. 36, en consonancia con el grupo de expertos de la UE, deriva de la propia dignidad.

Aunque el eco mediático de la Sentencia que comentamos ha sido sin duda enorme, no estamos ni ante la primera, ni seguramente ante la última en afrontar esta cuestión. Así el despido por sustitución por un *bot* había sido ya abordado por la STSJ Andalucía (Sevilla) 22 junio 2017 (nº rec. 2534/2016) que califica como procedente el despido de una trabajadora sustituida por un software informático, concurrente la causa técnica por un cambio en los medios o instrumentos de producción consistente en la introducción de nuevas técnicas informáticas que junto al aspecto positivo de hacer más ágil, rápido y cómodo el proceso productivo al que se incorpora la innovación... repercuten de modo negativo en el empleo, consecuencia de unas determinadas decisiones de política de gestión empresarial y de personal. Medida que encaja entre las admitidas por la norma para reequilibrar la necesidad de trabajo, como consecuencia de la disminución derivada de la mejora introducida, que no hace necesaria una plantilla sobredimensionada, apropiada para la situación anterior a la innovación tecnológica<sup>21</sup>.

Un sector doctrinal, donde podríamos incardinarnos, asume de modo natural que en la causa técnica se incluyen las medidas tendentes a racionalizar la organización productiva a través de la integración de avances tecnológicos con los que aumentar la competitividad de la empresa en el mercado<sup>22</sup>, por razones de eficiencia y/o productividad<sup>23</sup>, siendo la sustitución tecnológica casi inevitable. La solución no pasa por un “encarecimiento” de la medida. Como se sabe, aunque el TS sigue exigiendo una relación entre la medida adoptada y su impacto en el empleo, esto es, una causa real justificadora, más allá de la mera optimización o reducción de costes, el criterio se ve desdibujado a la hora de su aplicación efectiva en algunos pronunciamientos. También los TSJ admiten la sustitución de trabajadores debido a la instalación de taquillas automáticas o a la automatización de medios en un aparcamiento público que implica la desaparición del puesto de taquillero<sup>24</sup>.

En su caso, **lo pertinente no parece una interpretación restrictiva de la causa técnica sino una adaptación del ordenamiento jurídico laboral a los cambios o transformacio-**

.....

21 Por su parte, la STSJ Castilla y León (Burgos) 23 julio 2009 (nº rec. 463/2009) ya había estimado procedente el despido del trabajador al ser sustituido por robots que realizan trabajos de soldadura, de forma más rápida y eficaz (FJ 2º).

22 ORTEGA LOZANO, P.G., “Racionalidad económica, rentabilidad empresarial y funciones no jurisdiccionales del intérprete de la norma en el actual modelo extintivo: críticas y propuestas a la luz de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, *Revista de Información Laboral* nº 5, 2018, p. 5 (versión digital). En la misma línea, MURCIA CLAVERÍA, A., “El despido: tipología y regulación”, en VALDÉS DAL-RE, F. y PERULLI, A., *Lecturas de Derecho Laboral español e italiano*, Tirant lo Blanch-Giappichelli editore, Valencia-Torino, 2019, p. 372. Con carácter general, la doctrina tiende admitir que si la introducción e innovación robótica en las empresas se concibe como mejora técnica (siempre que al robot se considere instrumento o medio de trabajo, aunque sea avanzado y con nivel alto de autonomía) podría contemplarse como causa de despido, aun sin tolerar comportamientos empresariales radical y manifiestamente arbitrarios, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y GRAU RUÍZ, M.A., “El impacto de la robótica...”, cit., p. 15.

23 También el TC en su reciente y muy contestada Sentencia sobre el despido por absentismo (STC 118/2019, 16 octubre) recuerda que el art. 52 d) ET persigue un interés legítimo con el fundamento constitucional de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo.

24 Ejemplos recogidos en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Valencia 14 junio 2017 (proced. 596/2016).

**nes innegables que van a producirse (y se están produciendo), así como actuaciones en otros ámbitos tales como la formación y capacitación en relación con la IA o la mejora de la empleabilidad.**

Para afianzar su postura, el juzgador, volviendo al voto particular de la STS 2006, estima que “en el caso presente no se ha producido un problema o desajuste entre la demanda existente en el mercado y la fuerza laboral existente en la empresa, sino que ha sido la propia empresa, que no tenía problemas previos, la que ha introducido un elemento que ha creado dicho desajuste (por otro lado, no acreditado), al adjudicar a un *bot* el trabajo que antes desempeñaban los humanos”. La razonabilidad de la medida no puede encontrarse en la mera conveniencia económica (de introducir un instrumento que trabaje 392 horas al mes, frente a una persona que por derechos sociales alcanzados no debería trabajar más de 190...), llegando a trazar una oposición entre los Derechos Sociales alcanzados por los trabajadores (salario mínimo, jornada laboral, limitación de horas extraordinarias) que se vislumbran como obstáculo y óbice para alcanzar un rendimiento empresarial más óptimo, frente a la posibilidad de que un instrumento de producción pueda efectuar ese mismo trabajo sin límite de horas, de salario ni cotizaciones sociales.

Como es sabido, a partir de Ley 35/2010 desaparece la referencia legal a la concurrencia de las causas técnicas, organizativas o de producción si contribuyen a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos. Con posterioridad, frente a las pretensiones de la Reforma Laboral 2012 sobre un control aséptico por parte de los jueces limitado a la mera concurrencia de la causa, el orden social de la jurisdicción se ha mostrado enormemente combativo y ha seguido realizando importantes juicios de “razonabilidad” de las medidas adoptadas, al resultar la cuestión bastante más polémica de lo pretendido por el legislador<sup>25</sup>. Ahora bien, admitida la necesidad de ciertas valoraciones judiciales, no parece que el juicio deba mantenerse en términos idénticos a los previos a la reforma ni exigir sin ambages dificultades que impidan la viabilidad de la empresa, aunque no resulte fácil delimitar hasta dónde debe alcanzar el control. Pero es que, además, quizás el juzgador se adentra en un terreno demasiado espinoso pues si resulta patente que las propias razones no quedan acreditadas, el despido debería ser calificado de improcedente, sin mayor argumentación acerca de la “proporcionalidad” de la medida.

Seguramente habría que desterrar posiciones que nieguen la revolución tecnológica, que exige un enfoque más global y complejo y la conciencia sobre el viraje hacia una “empresa tecnológicamente responsable”<sup>26</sup>. En este camino nos encontramos, y para ello

.....

25 Interpretación sobre la que no hay unanimidad doctrinal, mientras el texto parece limitarlo a la comprobación de las causas, distintas voces han abogado por el mantenimiento del control judicial en los mismos términos que antes de la reforma, GUERRERO VIZUETE, E., “La eficiencia del mercado de trabajo...”, cit., p. 6.

26 MERCADER UGUINA, J.R., “Riesgos laborales y transformación digital: hacia una empresa tecnológicamente responsable”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico* n° 23, 2018, pp. 92 ss.

se necesitan, entre otras cosas, la implicación de todos los agentes sociales, posturas no frontalmente contrarias al desarrollo tecnológico y actitudes dispuestas al cambio y la adaptación, siempre intentando movernos dentro del respeto a los derechos humanos y la dignidad del trabajador que no se garantizan simplemente con la calificación del despido como improcedente, vetando a toda cosa la solución “privilegiada” o con menor coste económico, aspecto en el que habremos de incidir *infra*.

Aun cuando la desaparición de la exigencia de demostrar la necesidad de superar una determinada situación o la ampliación de las facultades de despido no obstan un juicio sobre la idoneidad de los cambios técnicos o su suficiencia justificativa<sup>27</sup>, tampoco consiente a los juzgadores imponer unos requisitos más restrictivos, no exigidos por el precepto legal, frente a la creciente automatización. Por tanto, lo que se trataría es de evitar la aplicación arbitraria del despido no de frenar la introducción de nuevos instrumentos productivos que, aun a costa del empleo, sean razonables en términos de eficiencia productiva. Esto es, centrando la atención para justificar el despido, como hace el TS, en si la medida extintiva deviene proporcional e idónea “en términos de gestión empresarial”<sup>28</sup>. En esta clave, para la Sentencia de Canarias no se ha acreditado la mejora de la decisión en términos de eficiencia de la actividad (lo que ejemplifica con datos concretos), realizando juicios de valor que quizás no se ajustan a estas pautas judiciales.

Por otra parte, de algunas de las consideraciones vertidas en el pronunciamiento examinado surge una duda razonable sobre si no se está incluso “incitando” al empresario a la “externalización” (a una empresa altamente tecnológica) con el consiguiente reajuste de plantilla, que parece recibiría una respuesta más flexible por parte de los tribunales, que la automatización directa realizada en el seno de la propia organización productiva. En puridad, podríamos entender que el empresario no hace más que responder a necesidades de funcionamiento de la empresa, si quiere permanecer en el mercado y garantizar la competitividad, antes de verse quizás abocada al cierre dada su obsolescencia tecnológica. Es verdad que una interpretación como la que sostenemos hace recaer sobre los trabajadores los efectos del desarrollo tecnológico, pero, a la postre, si las empresas no son capaces de actualizar sus procesos productivos y realizar paulatinamente los ajustes pertinentes, los efectos finales aún “insospechados” pueden, a buen seguro, conducir a la desaparición de un número considerable de empresas.

La doctrina ha interpretado que la inclusión expresa entre las causas organizativas de los cambios en el “modo de organizar la producción” supone admitir abiertamente la po-

.....

27 MIÑARRO YANINI, M., “La flexibilización del despido colectivo por la Ley 3/2012 y su incidencia en la formulación de las causas justificantes: voluntad liberalizadora versus límites jurídicos y función judicial”, *Relaciones Laborales* 2012–2, La Ley 16823/2012, p. 15 (versión digital).

28 STS 20 septiembre 2013 (rec. 11/2013); SSTS 26 marzo 2014 (rec. 158/2013) (con sendos votos particulares), 17 julio 2014 (rec. 32/2014) y 26 enero 2016 (rec. 144/2015). Rechaza la mera conveniencia empresarial la STS 12 mayo 2016 (rec. 3222/2014). Sentencia Juzgado de lo Social de Valencia 14 junio 2017 (proced. 596/2016).

sibilidad de aplicar un despido colectivo para sustituir actividades prestadas directamente por su realización mediata a través de la subcontratación<sup>29</sup>. Y si admitimos esta premisa, en los mismos términos habría de aceptarse la posibilidad de la sustitución tecnológica como causa justificativa de la extinción, ni más ni menos. O, lo que es lo mismo, no creemos que en un contexto digitalizado y en plena revolución “tecnológica”, y pese a que las previsiones sobre desaparición de empleo puedan resultar alarmantes, debemos limitarnos a una solución reduccionista, centrada en la restricción de la causa técnica como legitimadora de la extinción. Lo que habría que empezar a delimitar es, en su caso, bajo qué circunstancias la automatización justifica la decisión extintiva, intentando respetar la doctrina ya existente en la interpretación de las causas objetivas tras su indubitada flexibilización.

En puridad, nos parece que si aceptamos la concepción del despido por estas causas como una medida de flexibilidad laboral que se constituye para acomodar el volumen del personal que se emplea en la empresa a las variables del funcionamiento de la organización productiva y del entorno cambiante en el que la empresa actúa<sup>30</sup>, en el mismo ha de poder incardinarse la sustitución tecnológica, siendo al empresario a quien corresponde decidir sobre los procesos de automatización y/o robotización de su empresa y cómo debe ajustar su plantilla a los mismos. En este sentido, lo normal es que se aúnen la causa técnica con la organizativa de modo que, aceptada la racionalidad de la medida consistente en la introducción de un *bot*, robot, *software* o cualquier automatismo, el empresario podrá reorganizar el trabajo encomendado al resto de los trabajadores, una vez que una parte de las tareas han sido asumidas por la máquina. En esta tesitura, una interpretación de las causas más estricta para el supuesto de la robotización–automatización, cuando la “relajación” de las causas es patente, y admitida la necesidad de ajustes, supone un riesgo de impedir el desarrollo tecnológico.

**Los posibles frenos, en su caso, a este proceso deberían venir de la mano de nuevas normas laborales que tiendan a garantizar los derechos fundamentales del trabajador, pero no aferrándose a una interpretación rígida de unas causas que vienen dando carta de naturaleza a otros procesos de ajustes de plantillas incluso menos justificados que el que ahora nos ocupa.** En definitiva, el juez lo que debe apreciar es la racionalidad de la medida y si su adopción es adecuada a los fines perseguidos que a la postre no son otros que la garantía de la viabilidad futura de la empresa (aunque no esté en patente crisis en la actualidad) y el impedir una destrucción total del empleo<sup>31</sup>. Asimismo, será impor-

29 MIÑARRO YANINI, M., “La flexibilización del despido...”, op. cit., pp. 13–14.

30 ORTEGA LOZANO, P.G., “Racionalidad económica...”, op. cit., p. 4. Para LÓPEZ CUMBRE, L., “Robotización frente a amortización”, GA\_P (Gómez–Acebo & Pombo), *Análisis*, Octubre 2019, p. 6, una finalidad de este despido es el ajuste del volumen de empleo a los cambios técnico–organizativos operados en la empresa.

31 MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *El despido colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 102. En el mismo sentido, ORTEGA LOZANO, P.G., “Racionalidad económica...”, cit., p. 12.

tante vigilar que, por esta vía, no se fomentan discriminaciones ni se adoptan decisiones sesgadas que acaben con la exclusión de colectivos más vulnerables. Planteamiento que se aparta bastante del parecer contenido en la sentencia en relación a que la mejora de la competitividad mediante la introducción de *bots* que desplazan a la “masa laboral humana”, no puede ser tenido como una causa justa para un despido procedente. Ya algunos autores muestran sus dudas en relación a esta afirmación, de forma que se ha sostenido que “deducir que el empresario no puede (o no debe) optar libremente por mecanismos que aporten eficiencia y ahorro de costes a su organización productiva dentro de la libertad de empresa supone banalizar ésta”<sup>32</sup>.

Por su parte, también habría un claro espacio para las soluciones negociadas a las necesidades empresariales de automatización–robotización, con medidas que atenúen las consecuencias sobre el empleo y que descansen, asimismo, en la formación y recualificación de los trabajadores, que sean capaces de trabajar junto a las máquinas para mejorar la eficiencia y la competitividad de las empresas que, a la postre, es lo que determinará el sostenimiento de la actividad productiva y del nivel de empleo.

Evidentemente, se producirán cambios en el tipo de tareas que quedarán reservadas a los “humanos” (más creativas, artesanales, en la que estén implicados los sentimientos, las intuiciones y otras capacidades exclusivas de las personas) y aquellas que desarrollarán las máquinas (sobre todo las relacionadas con la gestión de datos o tareas mecánicas o fácilmente automatizables), tema que está necesitado también de mayor investigación y de una mayor certeza en cuanto a los datos manejados sobre la pérdida de empleo, los sectores concretos afectados, el surgimiento de nuevos “nichos” de empleo netamente humano e insustituible y así sucesivamente.

## 5. ¿LA SOLUCIÓN RADICA EN UNA CUANTÍA INDEMNIZATORIA MAYOR?

**D**ado que el concepto de despido objetivo no ha cambiado, la Sentencia pone el acento en su carácter de “mecanismo legal para la extinción de contratos de trabajo a menor coste del ordinario”... “como instrumento para intentar mantener la actividad empresarial y conservar de esta forma los demás puestos de trabajo no afectados por tan drástica medida, pero no como ardid para reformar la estructura laboral de la empresa o

.....  
32 LÓPEZ CUMBRE, L., “Robotización...”, cit., pp. 4–5.

acudir a otros mecanismos que le generarían igualmente una indemnización mayor”. Así, la empresa ha de demostrar que “...real y efectivamente atraviesa por dificultades de cierta entidad para cuya superación es medida adecuada y razonable la extinción de contratos de trabajo, dado que lo contrario implicaría dejar libérrimamente en manos del empresario la opción unilateral por la extinción contractual con el pago de una indemnización inferior a la ordinaria...”.

De esta forma, parece reconducir el debate a la cuantía indemnizatoria algo que, lamentablemente, resultará insuficiente. Nos parece que la conclusión alcanzada por la Sentencia va más allá de los términos legales y para sostenerse exigiría una redefinición de la causa del despido, la modificación de sus efectos o, inclusive, la previsión expresa de medidas de recolocación<sup>33</sup>, adaptación o recualificación a cargo del empresario como paso previo o inexcusable al despido. Opciones concretas sobre cuya adecuación se requeriría una reflexión más en profundidad de la que nos imponen los requerimientos espaciales y temporales de este texto. Ello no obsta que sea inexcusable la adopción urgente de políticas públicas encaminadas a afrontar los desafíos tecnológicos en el mundo del trabajo, ante la insuficiencia de frenar los cambios con una interpretación restrictiva de la causa que conducirán a la extinción injustificada con una indemnización algo más elevada, que se conjura fácilmente con extinciones de contratos temporales o de trabajadores con poca antigüedad en la empresa.

**No se pretende negar la relevante función de la causa en la configuración de la extinción del contrato y su conexión al cometido tuitivo del Derecho del Trabajo<sup>34</sup>, pero dada la ausencia de garantía de estabilidad real en nuestro ordenamiento, es prácticamente imposible frenar la destrucción de empleo que la revolución digital y la robotización traerán consigo, dada la dificultad de “poner puertas al campo”<sup>35</sup>.** La postura proclive a la improcedencia del despido no resuelve el grave problema suscitado, aceptada la posible colisión con la dignidad del trabajador de la indemnización tasada de la norma laboral, siendo más adecuada la readmisión o una indemnización incierta que no pudiese calcularse matemáticamente de antemano<sup>36</sup>. En el caso concreto, de todas formas, **las res-**

33 Como es sabido, nuestro ordenamiento no exige agotar todas las posibilidades de recolocación en la empresa si existe causa organizativa y productiva que justifica la extinción de los contratos si la medida es razonable y proporcionada, cuando se produce un desajuste entre los medios de que dispone la empresa y sus necesidades, entre otras, STS 31 enero 2018 (rec. 1990/2016). También para la STS 30 mayo 2018 (rec. 2329/2016), es lícita la extinción del contrato por causas objetivas cuando por tales causas el empleador no precisa la totalidad de la jornada de un trabajador a tiempo completo, cuando éste se niega a aceptar la modificación en un contrato a tiempo parcial, sin necesidad de pasar primero por una medida de adaptación de jornada ex art. 41 ET.

34 MIÑARRO YANINI, M., “La flexibilización del despido...”, cit., p. 7.

35 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo”, *Revista Catalana de Dret Públic* n° 58, 2019, p. 71, como sostuviera en su día Trías.

36 ORTEGA LOZANO, P.G., “Racionalidad económica...”, cit., pp. 9, 10 y 15. Una crítica similar, considerando muy útil un mínimo indemnizatorio que frene despidos sin causa que frene despidos de trabajadores con escasa antigüedad o por otras circunstancias en MURCIA CLAVERÍA, A., “El despido: tipología y regulación”, cit., p. 355.

**puestas no han de venir de la mano exclusivamente del ordenamiento jurídico laboral,** siendo precisos más análisis exhaustivos sobre pérdida y creación de empleo concreta en nuestro país, sobre necesidades de formación (en el sistema educativo y permanente a lo largo de toda la vida) o de delimitación de las tareas que quedarán reservadas en todo caso a los humanos y su “cooperación” con las máquinas (con un enfoque “*human on command*”).

## 6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Más allá del análisis de un caso concreto, el problema suscitado reclama una reflexión más amplia, dada la insuficiencia de poner trabas al despido, calificándolo de improcedente. Centraremos este cierre de capítulo en tres órdenes de consideraciones.

En primer lugar, pondremos la atención en la causa y la calificación del despido. En puridad el supuesto planteado admitiría diferentes respuestas, incluida la procedencia. Cabría cuestionarse si es precisa una reforma legal que especifique la causa técnica (otrora tecnológica) a la vista de las nuevas circunstancias<sup>37</sup>, con una norma más objetiva y clara, con mayor grado de seguridad jurídica, sin quedar al albur de la valoración judicial.

En la coyuntura actual, estamos ante una decisión netamente empresarial, aunque deba revestir una mínima justificación racional y no descansar en comportamientos arbitrarios o puramente caprichosos de los empresarios. Se podrían incluir, en su caso, determinadas obligaciones empresariales de “adaptación” antes de proceder a la extinción contractual, donde fuera imprescindible y factible e, inclusive, garantías específicas para determinados trabajadores con riesgo alto de exclusión tecnológica, que pudiera llevar a una nueva nulidad. Pero con una aproximación equilibrada a la tecnología, en lugar de enfoques puramente reactivos centrados en el miedo, la prohibición y la limitación<sup>38</sup>. En este sentido, suscribimos la idea ya manifestada de que “podrá cuestionarse si se ha acreditado la causa o si los datos aportados son suficientes para justificar el despido, pero despreciar la automatización por tratarse de una fuente de amortización resulta arriesgado”<sup>39</sup>.

Dado que se ha trazado cierto parangón con la externalización productiva, no se ignoran las críticas a un legislador poco cauteloso con su normalización o las propuestas de

37 SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y GRAU RUÍZ, M.A., “El impacto de la robótica...”, cit., p. 16.

38 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “Inteligencia artificial...”, cit., p. 69.

39 LÓPEZ CUMBRE, L., “Robotización...”, cit., p. 6.

restringir el despido por esta causa<sup>40</sup>, pero conviene destacar que los graves problemas de precariedad que aquella acarrea, más allá de la destrucción de empleo, no tendrían por qué darse con un proceso de automatización-robotización valorado como una oportunidad para mejorar la vida laboral y el bienestar de los trabajadores, previas las readaptaciones y la recualificación necesaria.

Ahora bien, las respuestas exigen un enfoque con mayor amplitud de miras y más global. La propia configuración del despido objetivo es cuestionada en la Sentencia que lo considera como un mecanismo privilegiado de extinción, mientras que de la regulación legal (sin perjuicio de las posibilidades de cambio o la conveniencia de una norma más o menos restrictiva) deriva más bien que estamos “ante un mecanismo de normalización jurídica como técnica de ajuste en la dinámica y reestructuración”, como garantía de la rentabilidad empresarial y la maximización de beneficios<sup>41</sup>.

En segundo lugar, dado que la calificación puede variar a lo largo del iter procesal hasta la Unificación de Doctrina del TS, **deben explorarse otros caminos frente a la incidencia del desarrollo tecnológico en el ámbito laboral, incluida la idea del “trabajo sostenible” como meta a alcanzar para lograr un equilibrio entre los intereses de la industria (o la libertad de empresa) marcados por el ya imparable desarrollo tecnológico y los de las personas y las sociedades de nuestro tiempo, sin hacer primar de forma absoluta a ninguno de ellos e, inclusive, el del alcance protector de las normas laborales.**

Las soluciones deben ser más globales e incidir en algunos de los siguientes aspectos, empezando por la implantación de políticas activas de empleo basadas en la formación y/o la recualificación tecnológica. Debe centrarse la atención en las nuevas oportunidades de empleo o en la empleabilidad de los sujetos, a través de nuevas competencias tecnológicas que pongan en valor las “habilidades” típicamente humanas, poco asumibles por “máquinas”, y en los propios límites en la fabricación, diseño y utilización de los robots. En esta línea, también la citada Resolución del Parlamento Europeo estima que deben implantarse sistemas de educación y formación más flexibles con el fin de garantizar que las estrategias relativas al desarrollo de las capacidades se ajustan a las necesidades de la economía de los robots.

En tercer y último lugar, **la negociación colectiva tendrá un espacio para acometer medidas para afrontar los desafíos tecnológicos y las condiciones en que habrán de producirse las posibles transformaciones**, las transiciones entre empleos o las medidas de adaptación, formación o recualificación, con una amplitud de miras mayor, que traspase la loable intención de frenar la automatización con unas exigencias superiores de

.....

40 MIÑARRO YANINI, M., “La flexibilización del despido...”, cit., p. 14; también ORTEGA LOZANO, P.G., “Racionalidad económica...”, cit., p. 11.

41 ORTEGA LOZANO, P.G., “Racionalidad económica...”, cit., p. 5.

acreditación de causa, no impuestas por el texto legal, poniendo el acento exclusivamente en el incremento de la cuantía indemnizatoria. Lógicamente, el juzgador ha intentado mantenerse dentro de los límites legales, pero si queremos asegurar un desarrollo de la tecnología que tenga en cuenta los derechos fundamentales no solamente como límite, sino también como objetivo<sup>42</sup>, han de buscarse soluciones en otros terrenos, capaces de afrontar los retos tecnológicos, desarrollando competencias tecnológicas para crear “trabajos que aporten más valor” y que equilibren las necesidades derivadas del crecimiento y la competitividad y de minimizar la rotura (la disrupción) en el mercado laboral para evitar las desigualdades sociales<sup>43</sup>.

En definitiva, si hacemos pivotar las garantías del trabajador sobre una mayor cuantía indemnizatoria, el efecto “sustitución” se va a producir igualmente, sin otras redes de seguridad para el trabajador, con el riesgo de exclusión de un importante número de personas del mercado laboral, sin posibilidad alguna de “retorno” y acrecentando las diferencias basadas en la brecha digital, que seguramente afectará de forma más importante a determinados colectivos<sup>44</sup>, por tanto el veto habrá de ser para decisiones arbitrarias, irrazonables, desprovistas de toda justificación o en detrimento de grupos de trabajadores más vulnerables.

No se trata de enfrentar la libertad de empresa (que engloba la adaptación tecnológica de la actividad) y el Derecho del Trabajo sino de buscar un equilibrio, sin dar la espalda por completo a aquel valor, pero no a costa de la desaparición absoluta del trabajo humano sino de la colaboración hombre máquina, sin subordinación a esta última, con una toma de conciencia empresarial sobre que “la introducción de los robots puede considerarse oportuna económicamente solamente con la finalidad de incrementar la calidad de los procesos y los productos, a alcanzar o consolidar el liderazgo del mercado, pero no a conseguir el objetivo socialmente insostenible de la fábrica ‘con las luces apagadas’”<sup>45</sup>.

42 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “Inteligencia artificial...”, cit., p. 74.

43 SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y GRAU RUÍZ, M.A., “El impacto de la robótica...”, cit., p. 9.

44 Sobre la adopción de reglas de acción positiva o afirmativa para los trabajadores humanos, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y GRAU RUÍZ, M.A., “El impacto de la robótica...”, cit., p. 14.

45 DI MAIO, V., “Il Diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica”, *Argomenti di Diritto del Lavoro* 6/2018, p. 1454.

**PREVENCIÓN DE RIESGOS EN EL TRABAJO A DISTANCIA  
(RECONOCIMIENTO DEL DERECHO Y MODULACIONES EN SU  
APLICACIÓN; PREVENCIÓN DEL ACOSO Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO;  
RIESGOS DE EXPOSICIÓN A PANTALLAS DE VISUALIZACIÓN)**

*PREVENTION OF OCCUPATIONAL RISKS ON REMOTE WORK  
(EFFECTIVE RECOGNITION AND MODULATIONS OF THE RIGHT; THE CONTEMPLATION OF  
SEXUAL HARASSMENT, HARASSMENT BASED ON SEX, DISCRIMINATORY AND WORKPLACE  
HARASSMENT, AND GENDER-BASED VIOLENCE, RISKS OF EXPOSURE TO DISPLAY SCREENS)*

**JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

*Magistrado Tribunal Superior Justicia de Galicia*

*Profesor asociado Universidad de Coruña*

Fecha de recepción: 2/11/2020

Fecha de aceptación: 10/12/2020

**SUMARIO:** 1. IGUALDAD EN EL TRABAJO A DISTANCIA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. 2. APLICACIÓN DE LA NORMA PREVENTIVA EN EL TRABAJO A DISTANCIA. 3. MODULACIONES APLICATIVAS DERIVADAS DE LAS PARTICULARIDADES DEL TRABAJO A DISTANCIA. 3.1. Evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva. 3.2. Limitación espacial de la evaluación de riesgos. 3.3. Una obligación empresarial instrumental de la obligación empresarial de prevención: la obtención de información acerca de los riesgos. 3.4. Coordinación de actividades empresariales. 3.5. Inspección de Trabajo. 4. PREVENCIÓN DEL ACOSO Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL TRABAJO A DISTANCIA. 4.1. Prevención del acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral. 4.2. Prevención de la violencia de género. 5. REGLAMENTACIÓN SOBRE RIESGOS DE EXPOSICIÓN A PANTALLAS DE VISUALIZACIÓN. 5.1. Objeto y definiciones. 5.2. Obligaciones generales de los em-

presarios. 5.3. Vigilancia de la salud. 5.4. Obligaciones empresariales de información y formación. 5.5. Consulta y participación. 5.6. Disposiciones técnicas.

**RESUMEN:** El objeto del presente estudio es el derecho de las personas trabajadoras a distancia a la prevención de riesgos laborales que se regula en el Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Una de sus novedades más significativas es la contemplación del acoso sexual, el acoso por razón de sexo, los acosos discriminatorios y el acoso laboral, y de la violencia de género, como riesgos profesionales en el trabajo a distancia. Para completar el panorama normativo, se analizará el reglamento sobre riesgos de exposición a pantallas de visualización.

**ABSTRACT:** The object of this study is the right of teleworkers and others remote workers to the prevention of occupational risks that is regulated in Royal Decree Law 28/2020, of September 22, on remote work. One of its most significant developments is the contemplation of sexual harassment, harassment based on sex, discriminatory and workplace harassment, and gender-based violence, as professional risks in teleworking. Finally, the regulation on risks of exposure to display screens will be analyzed.

**PALABRAS CLAVE:** Prevención de riesgos profesionales; trabajo a distancia; prevención del acoso en el trabajo a distancia; violencia de género.

**KEY WORDS:** Prevention of professional risks, telework, prevention of harassment at telework, gender violence.

## 1. IGUALDAD EN EL TRABAJO A DISTANCIA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

El Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia<sup>1</sup>, dedica dos artículos al “derecho a la prevención de riesgos laborales” (el 15 y el 16), que sitúa en una Sección, la 4ª, dentro de un Capítulo, el III, sobre “derechos de las personas trabajadoras a distancia”. Si acudimos a su Exposición de Motivos, se explica que dicho Capítulo III “desarrolla la igualdad de derechos proclamada en el Capítulo I, mediante la mención de las especiales precauciones a tener en cuenta respecto de los derechos laborales, cuando sean predicables en relación con las personas que llevan a cabo trabajo a distancia”. Así las cosas, la igualdad de derechos de las personas trabajadoras a distancia se erige en la piedra basilar del desarrollo legislativo de los derechos de las personas trabajadoras a distancia que se contiene en el Capítulo III y, en particular, de su derecho a la prevención de riesgos laborales; con lo cual es también basilar a la hora de interpretar y aplicar el derecho a la prevención de riesgos laborales.

Igualdad entendida (artículo 4.1 del RDL 28/2020) como atribución a las personas trabajadoras a distancia de los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen 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, sin que puedan sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales. Un entendimiento de la igualdad que prescinde de un *módulo comparativo que puede que ni siquiera lo haya si toda la plantilla de la empresa trabaja a distancia, y que habilita*, precisamente por la ausencia de módulo comparativo, para la modulación de las normas generales de la relación laboral a las particularidades del trabajo a distancia para que quienes trabajen a distancia tengan los mismos derechos que si trabajasen en presencia.

Tal entendimiento de la igualdad como aplicación modulada de las normas generales encuentra en su aplicación al derecho a la prevención de riesgos laborales un sustento

.....

1 Dada la novedad del RDL 28/2020, nada se ha publicado a la fecha de elaboración de este estudio. Con anterioridad, hay dos estudios donde se abordan cuestiones de salud laboral en el teletrabajo: MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “La seguridad y salud en el trabajo”, en el libro colectivo *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Editorial Aranzadi (Navarra, 2015), páginas 171–208; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico laboral*, Consejo Económico y Social de España (Madrid, 2000), páginas 163–190.

normativo explícito en el Convenio 177 de la OIT, de 20 de junio de 1996, sobre el trabajo a domicilio; en concreto, en su artículo 7, según el cual “la legislación nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo deberá aplicarse al trabajo a domicilio teniendo en cuenta las características propias de este y deberá determinar las condiciones en que, por razones de seguridad y salud, ciertos tipos de trabajo y la utilización de determinadas sustancias podrán prohibirse en el trabajo a domicilio”.

Y es que este entendimiento de la igualdad sin referencia a módulo comparativo es especialmente oportuno cuando se proyecta sobre el derecho a la prevención de riesgos laborales. Las disposiciones en materia de salud laboral están en su inmensa mayoría pensadas para un escenario laboral donde la empresa, en cuanto controla el lugar de trabajo, puede desarrollar sin limitaciones sus obligaciones de evaluar riesgos y prevenirlos, y controlar la eficacia de la prevención. De ahí que sea especialmente oportuno que las normas pensadas para aplicar en un centro de trabajo controlado por la empresa como las de seguridad e higiene en el trabajo puedan ser moduladas a la realidad del trabajo a distancia para garantizar el derecho de prevención de riesgos predicable de todas las personas trabajadoras. O sea, ello supone justificar meras modulaciones, pero nunca especialidades, excepciones, limitaciones o restricciones.

Bajo estas premisas legislativas, sin mucho esfuerzo nos viene dado el contenido del “derecho a la prevención de riesgos laborales” de las personas trabajadoras a distancia que, bajo ese marbete, se regula en los anteriormente citados artículos 15 y 16 del RDL 28/2020: se les aplicará la normativa preventiva general (a lo que se dedica el artículo 15 bajo el epígrafe “aplicación de la normativa preventiva en el trabajo a distancia”) sin más precisiones que aquellas dirigidas a garantizar que sus derechos sean los mismos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, lo que obliga al establecimiento de modulaciones ajustadas a las particularidades de la modalidad del trabajo a distancia (a lo que se dedica el artículo 16 bajo el epígrafe “evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva”).

Ahora bien, las modulaciones contempladas en el artículo 16 no agotan todas las modulaciones que la prevención de riesgos laborales exige en su aplicación al trabajo a distancia. De entrada, el RDL 28/2020 habilita para otras modulaciones cuando su artículo 4.4 se refiere al acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral, así como a la protección de las víctimas de violencia de género. Fuera del RDL/2020, son de aplicación las modulaciones contempladas en el Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.

Nuestro estudio analizará primeramente el alcance de la aplicación de la normativa preventiva en el trabajo a distancia de conformidad con el artículo 15 del RDL 28/2020

(Epígrafe 2), y seguidamente se irán desgranando las modulaciones que encontramos en particular en el artículo 16 del RDL 28/2020 (Epígrafe 3). Dedicaremos una especial atención al tratamiento preventivo de los acosos y a la protección de las víctimas de violencia de género (Epígrafe 4) y al análisis del RD 488/1997 (Epígrafe 5).

## 2. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA PREVENTIVA EN EL TRABAJO A DISTANCIA

Según el artículo 15 del RDL 28/2020, sobre “aplicación de la normativa preventiva en el trabajo a distancia”, “las personas que trabajan a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo”. Es una norma casi literalmente idéntica a la que, antes del RDL 28/2020, se contenía en el artículo 13.4 del ET (su cambio de redacción más llamativo es sustituir “los trabajadores a distancia” por “las personas que trabajen a distancia”). Y a su vez ambas normas, la vigente y la derogada, son un trasunto en una clave interna de lo establecido en el Acuerdo Marco Europeo de 16 de julio de 2002 (reformado en 2009) que, en su cláusula 8ª, establece lo siguiente: “salud y seguridad: el empresario es responsable de la protección de la salud y de la seguridad profesionales del teletrabajador conforme a la directiva 89/391, así como a las directivas particulares, legislaciones nacionales y convenios colectivos pertinentes”.

Nos encontramos ante una remisión en bloque, que, en consecuencia, comprende todos los niveles normativos en los cuales se regula el derecho de las personas trabajadoras a la salud laboral: a nivel internacional, el Convenio 155 de la OIT, de 22 de junio de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores; a nivel comunitario, la Directiva del Consejo 391/89/CEE, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, que ha servido de marco para un importante desarrollo posterior; a nivel constitucional, se reconoce el derecho fundamental a la “integridad física y moral” (CE, art 15), y, dentro de los principios rectores de la política social y económica, la obligación de los poderes públicos de “velar por la seguridad e higiene en el trabajo” (CE, art. 40.2).

A nivel legal, en el artículo 15 del RDL 28/2020, al igual que antes en el artículo 13.4 del ET, se hace una remisión en particular a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que contiene el desarrollo básico del derecho de las personas

trabajadoras a la salud laboral, y la correlativa deuda de seguridad de las empresas. Según su artículo 14, “los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”, que se complementa con “la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales” con dos resultancias generales: “el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo” (obligación contractual de seguridad, que se fundamenta en el deber contractual de debida diligencia); “el empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales” (obligación normativa de seguridad, que se concreta en un inabarcable número de reglamentos).

La remisión realizada a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en el artículo 15 del RDL 28/2020, al igual que antes se hacía en el artículo 13.4 del ET, se completa con la remisión a “su normativa de desarrollo”, lo que podría hacernos pensar que se está refiriendo a la normativa formalmente rotulada como de prevención de riesgos laborales. Pero la solución es otra si acudimos a la definición de “normativa sobre prevención de riesgos laborales” contenida en el artículo 1 de la LPRL, pues allí se habla de “(las) disposiciones de desarrollo o complementarias (de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales), y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito”. Se trata de una definición de carácter material, de manera que, con independencia de si la normativa está formalmente rotulada como de prevención de riesgos laborales, también es normativa sobre prevención de riesgos laborales si materialmente contiene prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito. Así las cosas, se incluirían, por poner un ejemplo, las normas relativas a la seguridad de los equipos utilizados para la realización de teletrabajo en el domicilio.

En cuanto a los convenios colectivos, nada se dice expresamente sobre ellos en el artículo 15 del RDL 28/2020, como tampoco nada se decía expresamente sobre ellos en el artículo 13.4 del ET, a diferencia de la cláusula 8ª del Acuerdo Marco Europeo, que sí se refiere a “los convenios colectivos pertinentes”. La aplicación como criterio hermenéutico del principio de igualdad en los términos enunciados en el artículo 4.1 del RDL 28/2020, debe llevar a la misma conclusión de incluir los convenios colectivos. Y a la vista de la definición de normativa sobre prevención de riesgos laborales contenida en el artículo 1 de la LPRL, deben disiparse todas las dudas, si alguna quedara, en orden a la inclusión de las disposiciones sobre prevención de riesgos laborales contenidas en convenios colectivos en la remisión que se realiza en el artículo 15 del RDL 28/2020.

Recapitulando, la trascendencia de los bienes jurídicos protegidos explica que la normativa sobre prevención de riesgos laborales sea un zócalo normativo aplicable a todas

las personas que realicen un trabajo por cuenta ajena, también a aquellas que trabajen a distancia. Lo que se afirma sin perjuicio de que, precisamente para una mejor garantía de los bienes jurídicos protegidos, se contemplen ciertas modulaciones con la finalidad de que quien realice el trabajo a distancia tenga el mismo nivel de protección en materia de salud laboral que el que tendría si no realizase el trabajo a distancia.

### 3. MODULACIONES APLICATIVAS DERIVADAS DE LAS PARTICULARIDADES DEL TRABAJO A DISTANCIA

Las particularidades del trabajo a distancia obligan a determinadas modulaciones de la normativa sobre salud laboral para que quien realice el trabajo a distancia tenga el mismo nivel de protección en materia de salud laboral que el que tendría si lo realizase presencial. A ello responde en parte la regulación del artículo 16 del RDL 28/2020, sobre “evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva”. Solo en parte porque las particularidades del trabajo a distancia exigen modulaciones que van más allá de lo que esa norma regula, y ello obliga a acudir a otras normas (señaladamente, el artículo 4.4 del RDL 28/2020 y el RD 488/1997), o, ante la ausencia de normas aplicables, a acudir a las reglas hermenéuticas generales, siempre iluminadas por la luz salida del faro de la igualdad como un criterio basilar en la interpretación de las normas.

#### 3.1. Evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva

Según el artículo 16.1.I del RDL 28/2020, “la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos”, agregando que “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”. La disposición, aunque aplicable a todo el trabajo a distancia (esto es, se aplica igualmente al trabajo a distancia que no es teletrabajo: el tradicional trabajo fabril a domicilio<sup>2</sup>), está pensando mayormente en el teletrabajo, y así lo delata especialmente el inciso final que obliga en particular a tener en cuenta una serie

.....

2 Sobre la distinción entre estas distintas categorías, véase LOUSADA AROCHENA, José Fernando / RON LATA, Ricardo Pedro, “Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español”, en el libro colectivo *Trabajo ...*, citado, páginas 31-46.

de factores que son exclusivos del teletrabajo o que en él son más relevantes (a saber: la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada).

Entre los riesgos característicos del teletrabajo que, según el artículo 16 del RDL 28/2020, se deberán tener en cuenta a los efectos de la evaluación de los riesgos y la planificación de la actividad preventiva, se pueden referir los siguientes, así como, de una manera muy genérica, las medidas preventivas dirigidas a prevenirlos y a evitarlos:

(1) Trastornos músculo–esqueléticos derivados de las posturas incorrectas, el mantenimiento prolongado de posturas estáticas ante la pantalla del ordenador y los movimientos repetitivos de los miembros superiores derivados del tecleado. Medidas preventivas: un correcto diseño ergonómico del puesto de trabajo, teniendo en cuenta la mesa o superficie de trabajo, la silla, la colocación del teclado, un atril y un reposapiés.

(2) Fatiga visual con lagrimeo, pesadez de párpados, escozor ocular, aumento del parpadeo, visión borrosa, o cefaleas derivadas de la fatiga visual. Medidas preventivas: adecuada iluminación del lugar de trabajo, la calidad de la pantalla del ordenador, evitar reflejos y deslumbramientos y la incorrecta ubicación del equipo.

(3) Riesgos psicosociales y carga mental asociados a la teleactividad, normalmente trabajando en casa y en soledad, a veces con difusa frontera entre el teletrabajo y el ámbito de desenvolvimiento de la vida personal y familiar. Medidas preventivas: flexibilidad horaria, establecer un descanso donde primen pausas cortas y frecuentes frente a las largas y espaciadas, prefiar una serie de reuniones entre el teletrabajador y los componentes de la empresa para evitar el aislamiento producido por el teletrabajo, o medidas para la separación entre los ámbitos personal/familiar y laboral.

(4) Riesgos derivados de la inexistencia en el domicilio de las medidas de prevención exigibles en un lugar de trabajo. Medidas preventivas: habilitación de un espacio suficiente para los equipos y materiales de trabajo, medidas para evitar caídas y golpes, mantener la correcta temperatura y ventilación del lugar de trabajo.

(5) Acoso y violencia en el trabajo, que en el teletrabajo presenta matices diferenciales muy acusados: el acoso laboral no será habitualmente presencial sino que será más habitualmente un ciberacoso; se deberá prestar especial atención a los riesgos derivados de la violencia de género en el entorno doméstico, pues es el entorno laboral.

### **3.2. Limitación espacial de la evaluación de riesgos**

Según el artículo 16.1.II del RDL 28/2020, “la evaluación de riesgos únicamente debe alcanzar a la zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de

la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia”. Aunque es una norma legal cuya fundamentación teórica arraiga en el derecho fundamental a la privacidad de las personas trabajadoras, su aplicación en la práctica seguramente no esté ajena a dificultades pues no será siempre fácil establecer compartimentos estancos entre el lugar donde se teletrabajo y el lugar donde se desarrolla la privacidad del domicilio. Una estanqueidad que solo existiría de una manera completa si el lugar donde se teletrabaja estuviera físicamente separado, incluso con acceso independiente desde el exterior, en él se contuviese la instalación de todos los equipos informáticos, y probablemente nada más, y a él no accediesen los demás miembros de la familia ni mientras se teletrabaja ni fuera de los tiempos de teletrabajo. Condiciones que, como es fácil concluir, difícilmente se darán en la realidad de la vida.

Obsérvese, además, que la protección de la privacidad alcanza, no solo al domicilio, también al lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia, que, a la vista de los rápidos cambios que, a consecuencia de la pandemia, se están produciendo en general en el modo de trabajo, y en particular en el modo de teletrabajar, puede abarcar tanto los tradicionales centros de teletrabajo como los más novedosos espacios destinados al teletrabajo en establecimientos hoteleros reconvertidos a estos efectos. Ninguna duda cabe de que el ámbito de protección de la privacidad no es el mismo en unos u otros lugares de teletrabajo. Incluso la cuestión se puede complicar en el supuesto, que la norma no parece contemplar, de que el teletrabajo sea en itinerancia.

### **3.3. Una obligación empresarial instrumental de la obligación empresarial de prevención: la obtención de información acerca de los riesgos**

Según el artículo el artículo 16.2 del RDL 28/2020, “la empresa deberá obtener toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta la persona que trabaja a distancia mediante una metodología que ofrezca confianza respecto de sus resultados, y prever las medidas de protección que resulten más adecuadas en cada caso”. La redacción de la norma es bastante retorcida. Presupone la existencia de una colisión, a la que no se hace referencia, entre la obligación empresarial de prevención y el respeto a la privacidad del domicilio de la persona trabajadora o del lugar por esta elegido para trabajar a distancia. A la vista de esta colisión, lo que la norma derechamente quiere decir es que la empresa, con la finalidad de cumplir su obligación de prevención, debería obtener toda la información acerca de los riesgos sin vulnerar esa privacidad, lo que le obliga a utilizar una metodología que ofrezca confianza respecto de sus resultados, y prever las medidas de protección que resulten más adecuadas en cada caso.

Donde ya sí sale a la luz la colisión existente entre la obligación empresarial de prevención y el respeto a la privacidad del domicilio de la persona trabajadora o del lugar por

esta elegido para trabajar a distancia, es cuando se añade (en ese mismo artículo 16.2 del RD 488/1997) que, cuando la obtención de la información acerca de los riesgos exigiera la visita por parte de quien tuviera competencias en materia preventiva al lugar en el que, conforme a lo establecido en el acuerdo de teletrabajo, se desarrolla el trabajo a distancia, deberán cumplirse las dos siguientes exigencias:

1ª. La emisión de informe escrito que justifique dicho extremo que se entregará a la persona trabajadora y a las delegadas y delegados de prevención (si los hubiere).

2ª. En cualquier caso, el permiso de la persona trabajadora, de tratarse de su domicilio o del de una tercera persona física. Aunque la norma no es del todo clara, una lectura lógica obliga a concluir que, en los casos en que se teletrabaje en el domicilio de otra persona (por ejemplo, un hijo o hija en el domicilio de sus padres) sería necesario tanto el permiso de la persona trabajadora como el permiso de la tercera persona física. Por otro lado, la expresión domicilio no solo incluirá la residencia habitual, también cualquier otro lugar donde la persona trabajadora desarrolle su vida privada (sería el caso, por ejemplo, de la habitación de un hotel en el que reside mientras teletrabaja).

Supuesto de no concederse dicho permiso, el artículo 16.2 del RD 4888/1997 establece que al efecto que el desarrollo de la actividad preventiva por parte de la empresa podrá efectuarse en base a la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada de la persona trabajadora según las instrucciones del servicio de prevención. La única posibilidad alternativa sería, en consecuencia, una autoevaluación realizada por la propia persona trabajadora. Pero tampoco se establece en la norma la obligación de realizarla por la propia persona trabajadora. Aunque la misma se podría derivar de los deberes de las personas trabajadoras en materia de salud laboral contemplados en el artículo 29 de la LPRL, en particular el deber de autoprotección.

Toda esta regulación contemplada en el artículo 16.2 del RD 388/1997 está pensando expresamente en el acceso al domicilio de la persona trabajadora con la finalidad de “obtener toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta”. Esto difiere de lo establecido en la cláusula 8ª del Acuerdo Marco Europeo, según el cual “para verificar la correcta aplicación de las normas en materia de salud y seguridad, el empresario, los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes tienen acceso al lugar del teletrabajo, dentro de los límites de la legislación y de los convenios colectivos nacionales”, agregando que “si el teletrabajador trabaja en el domicilio, este acceso está sometido a previa notificación y consentimiento previo”. De atenernos a la literalidad de la norma española, la finalidad de verificar la correcta aplicación de las normas en materia de seguridad y seguridad no ampara el acceso de la empresa al domicilio de la persona trabajadora. O sea, si la empresa pretende

acceder al domicilio de la persona trabajadora con esa finalidad de vigilancia, esta se puede oponer sin mayores justificaciones. También es verdad que, según se establece en la norma española, la persona trabajadora se puede igualmente oponer si la finalidad empresarial resulta la de obtener toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta. Con lo cual al final siempre se depende del consentimiento de la persona trabajadora.

Lo que sí se establece en el Acuerdo Marco Europeo (también en esa cláusula 8ª) es que “el teletrabajador está autorizado a pedir una visita de inspección”. Nada se dice sobre ello en la normativa española, pero parece lógico que, si la empresa está sometida a la deuda de seguridad, la petición de la persona trabajadora a distancia de que se realice una inspección dirigida a verificar la existencia de riesgos deba ser atendida, salvo que esa petición se pudiera considerar como una carga desproporcionada para la empresa o está alegase alguna justificación razonable (pensemos, por ejemplo, que el teletrabajador pretende que se inspeccione la habitación del hotel sito en un lejano país tropical al cual se ha desplazado con la finalidad de teletrabajar desde allí).

### **3.4. Coordinación de actividades empresariales**

El trabajo a distancia puede realizarse en el lugar elegido por la persona. Paradigmáticamente, su domicilio. Aunque puede elegir otros lugares, y, entre ellos, un centro de teletrabajo donde comparte la realización del teletrabajo con personas trabajadoras de otras empresas y/o con otras personas en régimen de trabajo autónomo, obligando a la aplicación de lo establecido en el artículo 24 de la LPRL, y en el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la LPRL.

La eventual aplicación de esta normativa resulta hoy día más factible dada la importante implantación del trabajo a distancia desde la llegada de la pandemia y los confinamientos domiciliarios, unido a la reconversión de establecimientos hoteleros en centros de teletrabajo. Y ello seguramente generará no pocas dudas en la aplicación de la normativa en orden a la delimitación de los deberes del hotel como titular del centro, de las empresas que tengan allí personas teletrabajadoras, o de quienes son autónomos.

### **3.5. Inspección de Trabajo**

La Inspección de Trabajo, en el ejercicio de sus competencias, puede acceder al lugar de ejecución del trabajo a distancia, y si es el domicilio de la persona trabajadora con su expreso consentimiento o autorización judicial (Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, art. 13.1), aunque nos resulte bastante poco factible que la Inspección de Trabajo solicite una autorización judicial, y

que el Juzgado competente la conceda, en contra del expreso consentimiento de la persona trabajadora que es titular de los derechos que se pretenden salvaguardar.

Puede acceder la Inspección de Trabajo a los acuerdos de trabajo a distancia dado que, de acuerdo con los artículos 6 y 7 del RDL 28/2020, deberán constar por escrito, con entrega de copia a la representación legal del personal y a la oficina de empleo; como en ellos constará el lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora, su conocimiento facilitará el establecimiento de itinerarios de inspección.

También la introducción generalizada del deber empresarial de registro de la jornada, además ratificado para el trabajo a distancia en el artículo 14 del RDL 28/2020, facilitará el ejercicio de sus competencias de vigilancia por la Inspección de Trabajo.

#### 4. PREVENCIÓN DEL ACOSO Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL TRABAJO A DISTANCIA

La importante implantación del trabajo a distancia desde la llegada de la pandemia y los confinamientos domiciliarios nos ha alertado de situaciones que, hasta el momento, nos habían pasado inadvertidas a quienes nos dedicamos al derecho laboral<sup>3</sup>:

1ª. La primera es la de que la violencia y el acoso *tout court* se manifiestan de una manera diferente cuando se canalizan a través de las modernas tecnologías de la información y la comunicación (por ejemplo, el comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a esta a temer por su seguridad a través del establecimiento o intento de establecimiento de contacto a través de nuevas tecnologías, directamente o por medio de terceras personas, o a través del uso indebido de datos personales para adquirir productos o mercancías, para contratar servicios o para provocar que otras personas los contraten: es el comportamiento denominado *ciberstalking*, o ciberacoso).

2ª. La segunda es la de que, más en particular, la violencia de género se manifiesta de una manera diferente cuando se canalizan a través de las modernas tecnologías de la información y la comunicación (por ejemplo, el embaucamiento de niñas o mujeres adolescentes a través de nuevas tecnologías y en ocasiones usando una falsa identidad

.....

3 Sobre esta cuestión es de interés el estudio de Valerio DE STEFANO / Ilda DURRI / Charalampos STYLOGIANNIS / Mathias WOUTERS, *Actualización de las necesidades del sistema: Mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo posibilitados por las TIC*, Documento de trabajo de la Organización Internacional del Trabajo 1 (febrero 2020), accesible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_736237.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_736237.pdf) (consultado a 1 de noviembre de 2020).

virtual, con la finalidad de obtener imágenes sexuales que ellas mismas facilitan, o más genéricamente con la finalidad de obtener cualquier avance sexual: es el comportamiento conocido como *grooming*; o la difusión de imágenes sexuales, obtenidas legítimamente en el contexto de una relación sexual consentida que luego se rompe: es el comportamiento conocido como *revenge porn*; o la amenaza de difundir imágenes ilícitamente obtenidas buscando ventajas sexuales: sería una sextorsión).

3ª. La tercera de esas situaciones obedece a que, si el trabajo a distancia se presta en el domicilio, coinciden los espacios físicos en los cuales se realiza el trabajo y se desarrolla usualmente la violencia doméstica. Aunque aún es pronto para disponer de datos fiables que permitan conocer exactamente el alcance del problema, aparenta bastante evidente el riesgo de intensificación de la violencia doméstica si ambos cónyuges o miembros de la pareja conviven más tiempo juntos en el domicilio común.

Todas estas situaciones existen en la realidad ordinaria de la vida y (en lo que aquí nos interesa destacar) se ven posibilitadas si el trabajo es a distancia y, muy especialmente, si se trata de teletrabajo. En consecuencia, no sorprende que el RDL 28/2020 (dentro del artículo 4, epigrafiado como “igualdad de trato y oportunidades y no discriminación”) establezca, en su artículo 4.4, primer párrafo, que, “de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable, las empresas deberán tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral”, y, en su artículo 4.4, segundo párrafo, que, “en la elaboración de medidas para la protección de las víctimas de violencia de género, deberán tenerse especialmente en cuenta, dentro de la capacidad de actuación empresarial en este ámbito, las posibles consecuencias y particularidades de esta forma de prestación de servicios en aras a la protección y garantía de derechos sociolaborales de estas personas”. Analizaremos separadamente el alcance de uno y otro párrafo.

#### **4.1. Prevención del acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral**

Según el artículo 4.4.I del RDL 28/2020, “de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable, las empresas deberán tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral”. En consecuencia, el alcance de la obligación de las empresas se reconduce a lo establecido en las normas de referencia: “de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable”. De hecho, la normativa de referencia no solo se nos antoja básica para entender el alcan-

ce de la obligación de la empresa; también es básica para la definición de lo que sean los riesgos protegidos. Pero el problema radica en que no todas esas formas de acoso están definidas en la normativa de referencia, ni siempre la normativa de referencia establece el alcance de la obligación empresarial.

La normativa de referencia solo cumple esas exigencias de definir los conceptos y establecer el alcance de la obligación de la empresa cuando se trata del acoso sexual y del acoso por razón de sexo. En efecto, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, define ambos conceptos en su artículo 7, donde también afirma que ambos son discriminatorios por razón de sexo, y además establece las medidas de prevención a adoptar por las empresas en su artículo 48 (con independencia de si están obligadas a adoptar un plan de igualdad, pues esa norma se redacta en términos imperativos generales no vinculados a un umbral en la plantilla).

Con los acosos por causa discriminatoria, se empiezan a ver ciertas lagunas. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, solamente define (en su artículo 27) el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Y, en orden a la prevención de estas conductas de acoso, solamente se establece (en su artículo 42) que “los convenios colectivos podrán incluir medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Lo que se podría considerar un “neutrón normativo” dado que es una norma que ni tiene carga obligatoria ni altera el orden jurídico (pues, aunque nada se dijese, los convenios colectivos podrían incluir las medidas a que la norma se refiere).

Pero los problemas son aún más acusados con los acosos por causas discriminatorias diferentes a las expresadas, y en general con el acoso laboral, en la medida en que no hay ninguna norma en nuestro ordenamiento jurídico laboral en la cual se defina lo que sea un acoso por causas discriminatorias diferentes a las expresadas, o más ampliamente lo que sea el acoso laboral, ni tampoco se establece expresamente cuáles serían las obligaciones empresariales en orden a su prevención.

O sea, el artículo 4.4.I del RDL 28/2020 nos conduce a una piscina muy vacía si atendemos a una interpretación estricta de la expresión “de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable”. Salvar la eficacia de la norma obliga a acudir a las disposiciones generales sobre prevención de riesgos laborales partiendo de la constatación de que los acosos a los que la norma se refiere son riesgos psicosociales que, como tales, entran dentro de la deuda de seguridad contemplada en el artículo 14 de la LPRL, y en sus normas concordantes. Lo cual nos conduce a una crítica de la sistemática del RDL 28/2020, ya que lo más propio a nuestro juicio hubiera sido contemplar la prohibición de los acosos en el artículo 4 (bajo el

correcto epígrafe “igualdad de trato y oportunidades y no discriminación”) para después incluir la obligación empresarial de prevención del acoso (y no hubiera estado nada mal que, en general, de todos los riesgos psicosociales asociados al trabajo a distancia, como el aislamiento o el síndrome de estar quemado) dentro las previsiones sobre el derecho a la prevención de riesgos laborales (esto es en un artículo independiente de la sección 4ª del capítulo III del RDL 28/2020 sobre derechos de las personas trabajadoras a distancia).

Así las cosas, entendemos (y de ahí que, con buen criterio, se haya incluido el estudio de los acosos dentro del derecho a la prevención de riesgos laborales según la distribución de temas asignados a cada autor o autora en esta obra colectiva) que las medidas de prevención de las distintas clases de acoso en el trabajo a distancia, y en especial en el teletrabajo, la empresa las debe concretar a partir del desarrollo de las normas generales sobre deuda de seguridad del artículo 14 de la LPRL, y en sus normas concordantes, con la peculiaridad, que establece el artículo 4.4.I del RDL 28/2020, de tener en cuenta las peculiaridades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo.

Inmediata cuestión subsiguiente es cuáles podrían ser las medidas a adoptar y si las debe adoptar la empresa por su propia cuenta o las debe negociar con la representación legal del personal. La cuestión se regula, para el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en el artículo 48.1 de la LOIEMH, distinguiendo dos situaciones:

(1) Un primer nivel, que es básico, se deriva de que “las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”. Este nivel básico es obligatorio para el empresario, y la norma no exige negociación con la representación del personal. Lo que no significa que esta no tenga una participación, que se concreta, en aplicación del artículo 33 de la LPRL, en un derecho de consulta. Incluso cabría añadir que lo deseable sería que esas medidas fueran fruto de una negociación; pero lo que la norma quiere es que, aún en el caso de fracaso de la negociación con la representación del personal, la empresa esté obligada a su adopción sin que se pueda alegar el fracaso de la negociación como justificación para la exoneración o atenuación de su responsabilidad ante una reclamación de una víctima.

¿Cuáles son esas medidas cuya ausencia o insuficiencia determina la responsabilidad de la empresa? Las que debería de adoptar un buen empresario. Y, en la aplicación de ese estándar, se tornan decisiva la Recomendación de 27.11.1991 de la Comisión de las Comunidades Europeas, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, la cual sintéticamente exige: (1) una declaración de principios con un compromiso de tolerancia cero del acoso sexual, (2) su comunicación eficaz a la totalidad del personal, (3) la formación de los

directivos, (4) un procedimiento informal de solución a gestionar por un asesor confidencial (o mejor asesora confidencial), y (5) un procedimiento formal de carácter disciplinario.

(2) Un segundo nivel, que es óptimo, se deriva de que “se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación”. La exigencia de negociación se justifica en que la implementación de estas medidas exige la colaboración de la representación del personal (entre ellas, aplicar lo establecido para prevención y sanción del acoso sexual y por razón de sexo en las administraciones públicas ex artículo 63 de la LOIEMH). Pero también la empresa puede asumir otras mejoras sobre el nivel básico que, a nuestro juicio, no necesitarían de la negociación con la representación del personal, como sería la adopción de medidas de prevención terciaria (a las que aludiremos a continuación).

Al lado del anterior grupo de obligaciones dirigidas a las empresas, el artículo 48.2 de la LOIEMH contiene otro grupo de obligaciones de los representantes de los trabajadores, los cuales “deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieren conocimiento y que pudieren propiciarlos”. También la Recomendación de 27.11.1991 de la CEE dirige diversas recomendaciones a los sindicatos tanto en sus relaciones con la empresa como en la relación con sus afiliados.

Dicho lo anterior, la implementación de medidas de prevención y sanción de los demás acosos diferentes al sexual o por razón de sexo podrían seguir el mismo modelo: un nivel básico obligatorio derivado de la genérica de deuda de seguridad sometido a régimen de consulta con la representación del personal; un nivel óptimo negociado con la representación del personal cuando esta estuviere implicada en su implantación efectiva; unas posibles mejoras especialmente en el ámbito de la prevención terciaria; y una obligación de colaboración en la prevención de la representación del personal.

Sean de nivel básico o de nivel óptimo, la concreción de las medidas a adoptar dependerá de las circunstancias de cada empresa atendiendo a su tamaño, la composición de su personal, o la existencia o no de antecedentes de acoso. Atendiendo a su finalidad y a su contenido, las medidas a adoptar pueden ser de tres clases: (1) medidas de prevención primaria, que se dirigen a combatir en su origen el riesgo de acoso a través de una serie de medidas estrictamente preventivas, como la declaración de principios con un principio de tolerancia cero del acoso, su comunicación al personal, o la formación de los directivos; (2) medidas de prevención secundaria, que se dirigen a solucionar, a través de procedimientos informales y/o formales, los conflictos surgidos; y (3) medidas de prevención

terciaria, que se dirigen, una vez constatado el acoso, a recuperar el proyecto profesional de la víctima en la empresa (por ejemplo, medidas de asistencia psicológica, fomento de la capacidad profesional de la víctima).

Tales medidas, por imperativo del artículo 4.4.I del RDL 28/2020, deberán tener en cuenta las peculiaridades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, lo que puede exigir (a título de ejemplo): que el concepto de acoso expresamente incluya su posible comisión a través de medios telemáticos (tanto en el caso de sobresaturación de mensajes hacia la persona trabajadora con la finalidad de hostigarla, como en el caso de apagón de comunicaciones para aislarla de la actividad de la empresa y de sus compañeros/as de trabajo); que las actividades de sensibilización comprendan ejemplos de acoso a través de medios telemáticos; que las actividades de formación del personal y de la dirección incidan especialmente en la prevención del acoso a distancia; o que se facilite la conexión entre las personas que teletrabajan, en especial si el teletrabajo es a tiempo completo, con la persona asesora confidencial y la representación del personal.

## 4.2. Prevención de la violencia de género

Según el artículo 4.4.II del RDL 28/2020, “en la elaboración de medidas para la protección de las víctimas de violencia de género, deberán tenerse especialmente en cuenta, dentro de la capacidad de actuación empresarial en este ámbito, las posibles consecuencias y particularidades de esta forma de prestación de servicios en aras a la protección y garantía de derechos sociolaborales de estas personas”. Plantea esta norma diversas cuestiones en orden a su interpretación a abordar en los siguientes párrafos.

–La primera de las cuestiones interpretativas que plantea el artículo 4.4.II del RDL 28/2020, y que salta a la vista tras su primera lectura, es que se refiere a “las víctimas de violencia de género” sin remitirse a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Se trata de una cuestión de gran trascendencia pues la LOPIVG, en su artículo 1, solo contempla a las mujeres como posibles víctimas de violencia de género, y a sus cónyuges o excónyuges, o parejas o exparejas, como eventuales agresores; mientras que el concepto manejado por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género (Estambul, 2011; en España en vigor desde 1.1.2014), no limita la violencia de género a la violencia en el ámbito de la relación conyugal o de pareja, o excónyuges o exparejas. A nuestro juicio, el artículo 4.4.II del RDL 28/2020 no solo incluye la violencia de género en el ámbito de los cónyuges o excónyuges, o de la pareja o expareja, sino más genéricamente en los términos amplios de violencia contra la mujer, violencia doméstica y violencia contra la mujer por razones de género que se manejan en el artículo 3 del Convenio de Estambul.

–Una vez dilucidada esta primera cuestión interpretativa, ello nos conduce a una segunda cuestión interpretativa acerca de la diferencia entre el ámbito de aplicación del párrafo primero y del párrafo segundo del artículo 4.4 del RDL 28/2020: el párrafo primero se refiere al acoso en el seno de la relación laboral, mientras el párrafo segundo se refiere a la violencia de género cometida por terceras personas en principio ajenas a la relación laboral, pero que aprovechan el contexto de la relación laboral para ejercitar la violencia de género: el supuesto más típico será el cónyuge o excónyuge, o la pareja o expareja, de la persona trabajadora (esto conectaría con el concepto estricto de violencia de género de la LOPIVG); pero también quedaría comprendida la violencia de género (en el sentido amplio del Convenio de Estambul) cometida por terceras personas.

–Hechas las anteriores precisiones, el deber empresarial de prevención viene delimitado por tres aspectos: se concreta “en la elaboración de medidas para la protección de las víctimas de violencia de género” (tales medidas pueden integrarse en el protocolo antiacoso a que obliga el artículo 4.4.1, pero siempre diferenciándolas adecuadamente); su finalidad es “tener especialmente en cuenta” las posibles consecuencias y particularidades de esta forma de prestación de servicios en aras a la protección y garantía de derechos sociolaborales de estas personas; y su alcance se circunscribe “dentro de la capacidad de actuación empresarial en este ámbito” (lo que puede incluir el cambio de un trabajo a distancia a un trabajo presencial que conectaría con el derecho a la movilidad geográfica que se reconoce a las trabajadoras víctimas de violencia de género en el artículo 21.1 de la LOPIVG y en el artículo 40.4 del ET; o viceversa: pensemos en el caso en que la trabajadora para acudir presencialmente al centro de trabajo debe necesariamente atravesar un descampado donde se han producido agresiones sexuales, pues en ese caso acaso fuera adecuado pasar al trabajo a distancia quedando la empresa obligada, para prevenir una situación de violencia de género sobre la trabajadora, a acoger la solicitud que al efecto le haya presentado dicha trabajadora, siempre que ello resultara posible dada la organización de la actividad de la empresa).

## 5. REGLAMENTACIÓN SOBRE RIESGOS DE EXPOSICIÓN A PANTALLAS DE VISUALIZACIÓN

**T**al reglamentación se contiene en el Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización (que traspone la Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas

al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización – 5ª directiva específica según artículo 16.1 de la Directiva 89/391/CEE), y la Guía Técnica elaborada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, revisada en 2006<sup>4</sup>.

### 5.1. Objeto y definiciones

El RD 488/1997 (según su artículo 1.1) establece “las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de equipos que incluyan pantallas de visualización”. No es un ámbito coextenso con el trabajo a distancia: por defecto, no se aplica a aquel trabajo a distancia cuya ejecución no incluya pantallas de visualización; y por exceso se aplica al trabajo sedentario cuya ejecución incluya pantallas de visualización. Lo que sí es cierto es que el RD 488/1997 se aplica a todo el teletrabajo dada la definición de teletrabajo contenida en el RDL 28/2020. Aunque también es cierto que solo contempla los riesgos del teletrabajo relacionados con la utilización de equipos que incluyan pantallas de visualización. O sea, no se encuentran cubiertos por esa norma los riesgos que se deriven de otras características del teletrabajo como su realización fuera de la sede de la empresa (con el consecuente aislamiento en relación con la organización empresarial y el resto del personal), su realización en el propio domicilio (difusas fronteras entre la vida personal, familiar y laboral), o la conectividad a través de la Red (que sobreexpone a quienes teletrabajan al ciberacoso).

Se completa el ámbito de aplicación de la norma con una serie de exclusiones, contenidas en su artículo 1.3, que no afectan al teletrabajo. Únicamente plantea dudas la exclusión de “los sistemas llamados portátiles, siempre y cuando no se utilicen de modo continuado en un puesto de trabajo”, pues acaso se pudiera interpretar como exclusión del teletrabajo itinerante, lo que, sin embargo, no compartimos pues en el teletrabajo itinerante se utiliza sistemas portátiles de modo continuado en el puesto de trabajo.

También se contienen (en su artículo 2) una serie de definiciones: pantalla de visualización: una pantalla alfanumérica o gráfica, independientemente del método de representación visual utilizado; puesto de trabajo: el constituido por un equipo con pantalla de visualización provisto, en su caso, de un teclado o dispositivo de adquisición de datos, de un programa para la interconexión persona/máquina, de accesorios ofimáticos y de un asiento y mesa o superficie de trabajo, así como el entorno laboral inmediato; y trabajador: cualquier trabajador que habitualmente y durante una parte relevante de su trabajo normal utilice un equipo con pantalla de visualización.

.....

4 Accesible en <https://www.insst.es/documents/94886/203536/Gu%C3%ADa+t%C3%A9cnica+para+la+evaluaci%C3%B3n+y+prevenci%C3%B3n+de+los+riesgos+relativos+a+la+utilizaci%C3%B3n+de+equipos+con+pantallas+de+visualizaci%C3%B3n/53afc279-7923-4cdb-a644-f9424f13f578> (consultada a 1 de noviembre de 2020).

## 5.2. Obligaciones generales de los empresarios

El RD 488/1997 (en su artículo 3 rubricado obligaciones generales del empresario) establece la obligación del empresario a adoptar “las medidas necesarias para que la utilización por los trabajadores de equipos con pantallas de visualización no suponga riesgos para su seguridad o salud o, si ello no fuera posible, para que tales riesgos se reduzcan al mínimo”, a cuyo efecto “el empresario deberá evaluar los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta en particular los posibles riesgos para la vista y los problemas físicos y de carga mental, así como el posible efecto añadido o combinado de los mismos”. También el RD 488/1997 establece (en ese mismo artículo 3) que, “si la evaluación pone de manifiesto que la utilización por los trabajadores de equipos con pantallas de visualización supone o puede suponer un riesgo para su seguridad o salud, el empresario adoptará las medidas técnicas u organizativas necesarias para eliminar o reducir el riesgo al mínimo posible”.

Son enunciados que en principio poco aportan con respecto a las obligaciones generales del empresario en materia de salud laboral que se establecen en los artículos 14 a 18 de la LPRL. Acaso lo más novedoso de esos enunciados es la especificación del posible efecto añadido o combinado de los posibles riesgos para la vista y los problemas físicos y de carga mental. La persona trabajadora en su unidad holística es susceptible de padecer mayores daños profesionales si los riesgos se acumulan en su entorno laboral aunque se trate de riesgos proyectados sobre distintas partes o sistemas del cuerpo humano: por ejemplo, un riesgo para la vista se verá agravado en su potencialidad dañina si existe un adicional riesgo de carga mental y a la vez el riesgo de carga mental se verá agravada en su potencialidad dañina si existe un adicional riesgo para la vista.

Además (en ese mismo artículo 3 del RD 488/1997), se encuentran dos especificaciones de gran interés sobre prevención del cansancio informático que suponen una concreción que van más allá de la simple reiteración de normas generales.

1ª: La primera de ellas es que la evaluación de riesgos se realizará tomando en consideración las características propias del puesto de trabajo y las exigencias de la tarea y entre estas, especialmente, las siguientes: el tiempo promedio de utilización diaria del equipo; el tiempo máximo de atención continua a la pantalla requerido por la tarea habitual; y el grado de atención que exija dicha tarea. Nos encontramos ante circunstancias relevantes a la hora de determinar las medidas de prevención más adecuadas en cada supuesto concreto en relación con el cansancio informático pues el tiempo promedio y el tiempo continuo máximo de exposición a pantallas, así como el grado de atención exigido, son las tres variables básicas para evaluar ese cansancio.

2ª. La segunda de esas concreciones, que se debería concretar una vez se haya evaluado el riesgo de exposición a pantallas de conformidad con las tres circunstancias relevantes a que se viene de hacer referencia, es la obligación del empresario en particular de reducir la duración máxima del trabajo continuado en pantalla, organizando la actividad diaria de forma que esta tarea se alterne con otras (lo que es una posibilidad poco más que hipotética en el supuesto de teletrabajo) o estableciendo las pausas necesarias cuando la alternancia de tareas no sea posible o no baste para disminuir el riesgo suficientemente (lo que es la posibilidad más factible en el supuesto de teletrabajo). Sobre esta concreción de la norma reglamentaria se plantean dos temas:

–¿Cómo se regula la periodicidad, duración y condiciones de organización de los cambios de actividad y de las pausas? El RD 488/1997 se remite a los convenios colectivos, expresión a entender en sentido amplio que debería incluir todo convenio colectivo, sea del ámbito que sea, sea estatutario o no, e incluso acuerdos de empresa. Desafortunadamente, las previsiones sobre salud laboral en la negociación colectiva se encuentran aún hoy día por debajo del papel que deberían ostentar no solo en esta cuestión en concreto, también en una apreciación general<sup>5</sup>. Y a la vista de ello se echa muy en falta una regulación supletoria en la normativa estatal heterónoma. La Guía Técnica del INSHT sobre evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de equipos con pantallas de visualización (versión de 2006) establece unas orientaciones (página 19): “lo más habitual sería establecer pausas de unos 10 ó 15 minutos por cada 90 minutos de trabajo con la pantalla; no obstante, en tareas que requieran el mantenimiento de una gran atención conviene realizar al menos una pausa de 10 minutos cada 60 minutos; en el extremo contrario, se podría reducir la frecuencia de las pausas, pero sin hacer menos de una cada dos horas de trabajo con la pantalla”. Pero esto no cubre suficientemente la laguna porque estamos, como se acaba de decir, con orientaciones, aunque, aún siendo orientaciones, su incumplimiento, en especial si este es radical (es decir, se prescinde de realizar ninguna pausa), sí sería un factor trascendental a considerar para valorar el cumplimiento eficaz de la deuda empresarial de seguridad en el supuesto de que el incumplimiento fuera la base de una reclamación.

–¿Cómo se puede vigilar el cumplimiento de la jornada máxima de trabajo y, en su caso, de las pausas establecidas en los convenios colectivos o con carácter orientativo? Anteriormente al RDL 28/2020, la doctrina científica había destacado como la utilización de equipos informáticos posibilitaría una verificación a través de un programa informático que registre, a modo semejante a un tacógrafo, los tiempos de utilización del ordenador, interrumpiendo, en su caso, el funcionamiento si se superan los límites. Tras la introducción generalizada del deber empresarial de registro de la jornada, además ratificado para

.....

5 Véase LOUSADA AROCHENA, José Fernando / RON LATAS, Ricardo Pedro, “La negociación colectiva sobre la prevención de riesgos laborales: significación y delimitación de espacios negociales”, Revista CEF – Trabajo y Seguridad Social, número 427, 2016, páginas 91–114.

el trabajo a distancia en el artículo 14 del RDL 28/2020, este mecanismo sería una buena manera de llevar a la práctica tal registro de jornada, además de posibilitar la adecuada vigilancia de los descansos y las pausas intrajornada.

### 5.3. Vigilancia de la salud

Mientras que no se contienen normas específicas sobre vigilancia de la salud en el artículo 16 del RDL 28/2020, *sí se contienen normas específicas sobre vigilancia de la salud en el RD 488/1997, aunque* en verdad no difieren de las normas generales<sup>6</sup>:

1ª. Según el artículo 4 del RD 488/1997, el empresario garantizará el derecho de los trabajadores a una vigilancia adecuada de su salud, teniendo en cuenta en particular los riesgos para la vista y los problemas físicos y de carga mental, el posible efecto añadido o combinado de los mismos, y la eventual patología acompañante. No se trata de reconocimientos médicos obligatorios en línea con el principio de voluntariedad inspirador del artículo 22 de la LPRL, ni a nuestro juicio se podrían establecer en la negociación colectiva. Únicamente se detallan los riesgos a considerar en particular.

2ª. Tal vigilancia, según el citado artículo 4, se ofrecerá a los trabajadores en las siguientes ocasiones: (a) antes de comenzar a trabajar con una pantalla de visualización; (b) posteriormente, con una periodicidad ajustada al nivel de riesgo a juicio del médico responsable; (c) cuando aparezcan trastornos que puedan deberse a este tipo de trabajo. Lo que tampoco difiere sustancialmente de lo regulado en el artículo 37.3.b) del RSP.

3ª. En particular, el tan citado artículo 4 se preocupa de los riesgos afectantes a la visión en dos reglas específicas. De un lado, en cuanto se reconoce el derecho de los trabajadores a un reconocimiento oftalmológico cuando fuera necesario a la vista de los resultados de la vigilancia de la salud (art. 4.2 RD 488/1997). De otro lado, en cuanto se obliga al empresario a proporcionar gratuitamente a los trabajadores dispositivos correctores especiales para la protección de la vista adecuados al trabajo con el equipo de que se trate, si los resultados de la vigilancia de la salud demuestran su necesidad y no pueden utilizarse dispositivos correctores normales (art. 4.3 RD 488/1997).

### 5.4. Obligaciones empresariales de información y formación

Mientras que no se contienen normas específicas sobre las obligaciones empresariales de información y formación de las personas trabajadoras a distancia sobre materia de pre-

.....

6 Me permito remitir al lector o lectora a LOUSADA AROCHENA, José Fernando / NÚÑEZ CORTÉS-CONTRERAS, Pilar, *La vigilancia de la salud laboral*, Editorial Tecnos (Madrid, 2016).

vención de riesgos laborales en el RDL 28/2020, *sí se contienen* esas normas específicas en el RD 488/1997, aunque son normas un tanto vacuas, bien de mera remisión a las normas generales en la materia, o bien claramente redundantes.

Así se establece, en su artículo 5, que, “de conformidad con los artículos 18 y 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el empresario deberá garantizar que los trabajadores y los representantes de los trabajadores reciban una formación e información adecuadas sobre los riesgos derivados de la utilización de los equipos que incluyan pantallas de visualización, así como sobre las medidas de prevención y protección que hayan de adoptarse en aplicación del presente Real Decreto”.

Y a esta norma de remisión se unen (en ese mismo artículo 5) otras dos normas claramente redundantes según las cuales (1) “el empresario deberá informar a los trabajadores sobre todos los aspectos relacionados con la seguridad y la salud en su puesto de trabajo y sobre las medidas llevadas a cabo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 (sobre obligaciones generales del empresario) y 4 (sobre vigilancia de la salud) de este Real Decreto (488/1997)”, y (2) “el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación adecuada sobre las modalidades de uso de los equipos con pantallas de visualización, antes de comenzar este tipo de trabajo y cada vez que la organización del puesto de trabajo se modifique de manera apreciable”.

### 5.5. Consulta y participación

Mientras que no se contienen normas específicas sobre la consulta y participación de las personas trabajadoras a distancia en cuestiones de prevención de riesgos laborales en el RDL 28/2020, *sí se contienen* esas normas específicas en el RD 488/1997, pero de nuevo es norma de mera remisión. Según su artículo 6, la consulta y participación de los trabajadores o sus representantes sobre las cuestiones a que se refiere, se realizarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LPRL.

### 5.6. Disposiciones técnicas

El RD 477/1997, como es habitual en las normas reglamentarias de prevención de riesgos laborales de carácter técnico, contiene un anexo de disposiciones mínimas que las clasifica en función de la fuente del riesgo: los riesgos derivados de la utilización del equipo, los riesgos derivados del entorno y los riesgos derivados de la interconexión ordenador/persona. Contiene el anexo una “observación preliminar” según la cual “las obligaciones que se establecen en el presente anexo se aplicarán para alcanzar los objetivos del presente Real Decreto en la medida en que, por una parte, los elementos considerados existan en

el puesto de trabajo y, por otra, las exigencias o características intrínsecas de la tarea no se opongan a ello”. Queda abierta una espita a la inaplicación si las exigencias o características intrínsecas de la tarea se oponen a ello.

# EL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL RD-LEY 28/2020, DE 22 DE SEPTIEMBRE<sup>1\*</sup>

*THE REMOTE WORKING AGREEMENT WITH THE APPROVAL OF  
THE ROYAL DECREE LAW 28/2020 OF SEPTEMBER 22*

**ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ**

*Prof<sup>a</sup> Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Santiago de Compostela*

Fecha de recepción: 10/11/2020

Fecha de aceptación: 22/12/2020

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. NATURALEZA, CONTENIDO Y FORMA DEL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA. 2.1. Voluntariedad. 2.2. Contenido. 2.3. Obligaciones formales. 3. CONCLUSIÓN.

**RESUMEN:** La contención de la pandemia mediante ha acelerado el éxodo de los trabajadores hacia un entorno privado. Con su retorno al ámbito del que habían partido durante la Primera Revolución Industrial, regresan aquellas amenazas que el Derecho del Trabajo supo afrontar durante el pasado siglo. Preocupa, en particular, el auge de la autonomía de la voluntad como fuente reguladora de los derechos y obligaciones del trabajador del cual da testimonio el papel que el RDley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, otorga al acuerdo de trabajo a distancia. De su análisis cabrá deducir la suficiencia de los

.....  
1 \* Este trabajo es fruto del Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, titulado “Impacto de la digitalización y la Inteligencia artificial en la empresa y la sociedad: perspectivas jurídicas y económicas – E.S. Digital”. Referencia: PGC2018-093772-B-I00 (2019-2021).

contrapesos previstos por el ordenamiento jurídico para poner coto al predominio de una libertad contractual susceptible de derivar en la imposición de condiciones leoninas al trabajador.

**ABSTRACT:** The containment of the pandemic has accelerated the exodus of workers to a private environment. With their return to the sphere from which they had departed during the First Industrial Revolution, those threats that labour law was able to deal with in the last century are returning. Of particular concern is the rise of the party autonomy as a regulatory source of the rights and obligations of the worker, as witnessed by the role that RD Law 28/2020 of 22 September on distance working gives to the distance working agreement. From its analysis, it can be deduced whether the counterweights provided for by the legal system are sufficient to put an end to the predominance of contractual freedom that can lead to the imposition of unfair conditions on the worker.

**PALABRAS CLAVE:** Trabajo a distancia, autonomía de la voluntad individual, voluntariedad, novación objetiva, consentimiento del trabajador.

**KEW WORDS:** Remote working, party autonomy, voluntary character, objective novation, worker's consent.

## 1. INTRODUCCIÓN

“**D**amos forma a nuestros edificios, luego ellos nos dan forma a nosotros”. Oponiéndose a cualquier proyecto alejado de la fiel reconstrucción del Palacio de Westminster, entonces devastado por los bombardeos alemanes, Sir Winston Churchill observó en su disposición, no sólo el símbolo, sino el molde mismo del parlamentarismo británico. Sirvan sus célebres palabras para ilustrar la influencia del escenario en el devenir de los hechos que en él se representan.

Como aquel emblemático edificio forjó un sistema que sirvió de baluarte contra el fascismo, el centro de trabajo cimentó los pilares sobre los que se erigió el Derecho del Trabajo. De la congregación de trabajadores en los establecimientos fabriles surgieron nuevas amenazas que no se cernían sobre el artesano preindustrial, cuyas consecuencias pretendieron paliar las primeras leyes obreras<sup>2</sup>. Así, la “Ley Benot”, de 24 de julio de 1873, circunscribía la protección a los menores y a las mujeres que prestaran servicios en fábricas, talleres, fundiciones y minas. Posteriormente, la “Ley Dato”, de 30 de enero de 1900, de accidentes de trabajo<sup>3</sup> imputó al patrono la responsabilidad objetiva con relación a los ocurridos “con motivo y en el ejercicio de la profesión” siempre y cuando el operario que los padeciera ejecutare “habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena”. Así fue como la industria delimitó el perímetro dentro del cual se desplegaría el aseguramiento de unas contingencias que todavía hoy reciben mayor protección que las de índole común.

En su seno se engendró también una nueva forma de organización del trabajo cuyo éxito dependía del seguimiento de unas instrucciones destinadas a orquestar la colaboración entre medios humanos y mecánicos bajo la batuta del empresario. Coincidió, por aquel entonces, el lugar de trabajo con el ámbito de organización y dirección al que ahora alude el art. 1 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<sup>4</sup> –en adelante, ET–. Y fue, precisamente, de la convivencia entablada entre las piezas humanas de este engranaje

2 No cabe hablar de Derecho del Trabajo sino transcurrido el “medio siglo de formación” que da comienzo con la promulgación de la primera “ley obrera”, de 24 de julio de 1873 (Gaceta de Madrid nº 209, de 28 de julio de 1873) y culmina hacia 1923 (véase PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873–1923)*, 7ª ed., Tecnos (Madrid, 2011), pp. 33 y ss.).

3 Gaceta de Madrid nº 31, de 31 de enero de 1900.

4 BOE nº 255, de 24 de octubre de 2015.

productivo de donde surgió la defensa colectiva de unos intereses que pronto supieron identificar como comunes.

Por ello, la representación de los trabajadores ha permanecido ligada al centro de trabajo, restaurando en cierto modo el equilibrio que la frágil posición económica de cada trabajador hacía imposible lograr. Su participación obstaculizó la imposición de condiciones leoninas aparentemente negociadas y vinculantes a tenor del principio *pacta sunt servanda* que presidía la regulación decimonónica del derecho de obligaciones y contratos<sup>5</sup>. Desde entonces, el empresario “ya no concierta las condiciones de trabajo con un asalariado aislado, que en la imposibilidad de continuar largo tiempo en la actitud insostenible de oferente de trabajo, tiene que aceptar las que el patrono le imponga, sino con una organización obrera sindical, que por su carácter y sus medios de resistencia puede mejor defender los intereses y derechos de la mano de obra”<sup>6</sup>. Correlato de lo anterior fue el predominio de la autonomía colectiva sobre la individual en la negociación de las condiciones de trabajo<sup>7</sup>. Junto con la normativa estatal, constituyen “fuerzas generadoras de normas cogentes que, imponiéndose a la voluntad de las partes, establecen las condiciones básicas en que debe prestarse el trabajo subordinado”<sup>8</sup>.

A raíz de la depresión del año 2008, este pilar fundamental del Derecho del Trabajo fue socavado por la oleada reformista que trató de rescatar a la empresa como dadora de empleo. Gracias a la concienzuda labor del legislador, que hizo replegarse a la negociación colectiva desde el ámbito sectorial al de empresa, al tiempo que debilitó la posición que a la parte obrera aseguraba la vigencia ultraactiva del convenio, la negociación colectiva se ha batido en retirada dejando un amplio margen ocupado por una autonomía individual que ha recobrado un inusitado protagonismo<sup>9</sup>.

En este contexto debe encuadrarse el alejamiento del trabajador del centro de trabajo tradicional, hoy regulado por el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia<sup>10</sup> –en adelante, RDLTD– y propiciado por las nuevas tecnologías de la



5 En efecto, la aplicación de reglas diseñadas en atención a un esquema de igualdad formal a una relación de desigualdad real desvirtuaba la propia esencia del principio de autonomía de la voluntad sobre el que se asentaban los pilares del Derecho Civil, al anular la libertad individual del trabajador dando rienda suelta a la prevalencia de la voluntad unilateral del empleador [véase BAYLOS GRAU, A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta (Madrid, 1991), p. 71].

6 GALLART I FOLCH, A. *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Comares (Granada, 2000), p. 28.

7 Véase D'ANTONA, M. “La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 1991, p. 284, al sostener que “el Derecho del Trabajo tradicionalmente ha desarrollado su función de ordenamiento protector a través del dominio de la heteronomía sobre la autonomía y a través de la subordinación de lo individual a lo colectivo”.

8 BLASCO PELLICER, A. “La autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación jurídico-laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 5, 2004, p. 2.

9 FERREIRO REGUEIRO, C., “El recuperado protagonismo del contrato de trabajo”, *Questões Laborais*, nº 40, 2012, p. 164.

10 BOE nº 253, de 23 de septiembre de 2020.

información y de la comunicación. Lejos de resultar indiferente, el retorno del trabajador a un espacio ajeno a la empresa reaviva riesgos olvidados y favorece la aparición de otros alimentados por los útiles que hacen posible el trabajo por cuenta ajena en remoto. A su vez, aísla al trabajador de la comunidad en torno a la cual ha articulado la representación y defensa de sus intereses. Y, por último, desgasta todavía más su frágil posición, tornándolo más proclive a la aceptación de condiciones contractuales abusivas. De esto último da buena cuenta la regulación del acuerdo de trabajo a distancia contemplada en los arts. 5 y ss. RDLTD. El calado de la modificación que supone, con relación a la prevista en el derogado art. 13 ET, recomienda determinar su naturaleza jurídica, punto de partida desde el cual comprender las normas que rigen su voluntariedad y reversibilidad, para después indagar acerca de las amplias posibilidades que ofrece su potencial contenido y finalizar abordando los mecanismos de control destinados a evitar que aquél no obre en detrimento de la protección debida al trabajador.

## 2. NATURALEZA, CONTENIDO Y FORMA DEL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA

### 2.1. Voluntariedad

El trabajo a distancia, concebido como aquél que se ejecuta en el domicilio del trabajador o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador, constituye un género al cual pertenecen diversas subespecies<sup>11</sup>. Se acude a la definición realizada por el Convenio nº 177 de la OIT (1996) sobre el trabajo a domicilio<sup>12</sup> que, pese a aludir a ese referente locativo, comprende cualesquiera otras modalidades de trabajo a distancia<sup>13</sup>. De entre ellas, el teletrabajo ha adquirido una notable relevancia por implicar en su ejecución los ingenios que impulsan la revolución tecnológica en curso. Así lo reconoce el RDLTD, cuando admite la insuficiencia del derogado art. 13 ET para afrontar los retos derivados de su uso intensivo y dar cabida a un “trabajo remoto y flexible”.

11 Como ilustra la guía *COVID-19: Guidance for labour statistics data collection: Defining and measuring remote work, telework, work at home and home-based work*, publicada por la OIT el día 5 de junio de 2020, el teletrabajo constituye una subcategoría del concepto “trabajo en remoto”, p. 6, Documento consultado en el siguiente enlace: [https://www.ilo.org/global/statistics-and-databases/publications/WCMS\\_747075/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/statistics-and-databases/publications/WCMS_747075/lang--en/index.htm), el día 11 de noviembre de 2020.

12 Norma de referencia, pese a no haber sido ratificada por el Reino de España.

13 Apuntando que resultaría más apropiado aludir al “trabajo a distancia”, véase USHAKOVA, T., “Convenio sobre el trabajo a domicilio 1996 (núm. 177)”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 7 (extra.), 2019, p. 1371.

No es de extrañar, por tanto, que se invoque la norma reguladora de la especie, el teletrabajo, para extraer de ella los principios que ahora se aplican al género. Siguiendo así la estela del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, firmado por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) en julio de 2002 y revisado en 2009 –en adelante, el Acuerdo Marco– el RDLTD dispone que el trabajo a distancia sea voluntario para el trabajador y el empresario.

Dicha voluntariedad se manifiesta, tanto en la génesis, como en la regulación del trabajo a distancia. Puesto que de lo segundo se ocupará el epígrafe siguiente, procede detenerse en la celebración del “acuerdo de trabajo a distancia”, al que el RDLTD dedica su Capítulo II y que su Disp. trasn. primera obliga a formalizar en el plazo de tres meses desde que la norma 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 su publicación, no derivados de convenios o acuerdos colectivos.

Da comienzo el art. 5 disponiendo que “el trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora y requerirá la firma del acuerdo”. En otras palabras, el acuerdo no ha de ser sino el reflejo del consentimiento libremente otorgado por ambas partes, bien de entablar una relación jurídica que comporte desde sus inicios la realización del trabajo a distancia, bien de acordar el tránsito hacia una prestación en remoto constante la vigencia de un contrato donde se comprometía un trabajo ejecutado de forma presencial. En el primer supuesto, el acuerdo formará “parte del contrato inicial”, mientras que, en el segundo, se admite su realización posterior.

El carácter paccionado del trabajo a distancia se muestra como el primer rasgo digno de mención. Y se confirma cuando, a renglón seguido, se advierte acerca de la imposibilidad de imponer la migración hacia el trabajo a distancia invocando el art. 41 ET. El trabajo a distancia contemplado en este RDLTD se distingue así de la modificación de otras condiciones de trabajo que, pese a merecer el calificativo de sustancial, no altera el objeto mismo del contrato. Con acierto, se elude traer a colación el art. 40 ET, toda vez que su propósito estriba en permitir el traslado del trabajador desde un centro de trabajo a otro de la misma empresa, cambio que no afecta a la organización del trabajo, puesto que en el nuevo entorno probablemente se articule como en el de procedencia. Tampoco a la ejecución misma de la prestación, que continuará siendo presencial. Ni tan siquiera a los instrumentos de trabajo, que continúan siendo proporcionados por el empleador. Apenas concierne a la vida privada de quien se ve compelido a mudar su residencia habitual, con los trastornos familiares y económicos que ello conlleva, y que tanto el ET como la nego-

ciación colectiva ansían paliar mediante el reconocimiento de permisos, compensaciones económicas<sup>14</sup> y otros derechos<sup>15</sup> asociados a esta decisión.

Tampoco constituye, con carácter general, un derecho a ejercer unilateralmente por parte del trabajador, aunque el RDLTD se muestra cauto al pronunciarse “sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva”. Con ello se alude a la configuración que 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<sup>16</sup> hace del teletrabajo como medida tendente a propiciar la conciliación de la vida personal y familiar. Con ese propósito se modificó el art. 34.8 ET para incorporar el derecho a solicitar la prestación del trabajo a distancia, si bien la anuencia de la empresa se hace depender del carácter razonable y proporcionado de la pretensión del trabajador, habida cuenta de las necesidades organizativas o productivas existentes. Así, a falta de convenio colectivo que regule el procedimiento de solicitud, la transición hacia el trabajo a distancia requerirá la consecución de un acuerdo con la empresa, cuya negativa ha de fundarse en razones objetivas. Ante dicha tesitura, es preciso advertir que el trabajador no ostenta el derecho a imponer unilateralmente su decisión, sino que será la jurisdicción social la encargada de apreciar si las razones aducidas por el empleador son suficientes, a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social<sup>17</sup>.

Lo mismo sucede con el derecho a solicitar la prestación de servicios a distancia como medida destinada a hacer frente al cuidado del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado cuando concurren circunstancias excepcionales derivadas de la pandemia de COVID–19 en tres supuestos: 1) cuando por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesite de cuidado personal y directo como consecuencia directa del COVID–19; 2) cuando existan decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con el COVID–19 que impliquen el cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos; y 3) cuando la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directos de cónyuge o familiar hasta el segundo grado de la persona trabajadora no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el COVID–19. Estas medidas, constitutivas del “Plan MECUIDA” introducido por el art. 6 del Real Decreto–ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes ex-

.....

14 Que comprenderán tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se conengan entre las partes, y nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos (art. 40.1 ET).

15 Como, p. ej., el de trasladarse a la misma localidad a la cual se destine al cónyuge, si el marido o la esposa presta servicios en la misma empresa (art. 40.3 ET).

16 BOE nº 57, de 7 de marzo de 2019.

17 BOE nº 245, de 11 de octubre de 2011.

traordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19<sup>18</sup>, han sido prorrogadas por la Disp. Ad. Tercera de este RDLTD hasta el 31 de enero de 2021. Pese a concebirse como un derecho del trabajador, su ejercicio ha de ser “justificado, razonable y proporcionado en relación con la situación de la empresa, particularmente en caso de que sean varias las personas trabajadoras que acceden al mismo en la misma empresa”. Y, como acontece con el trabajo a domicilio regulado en el art. 37.8 ET, será la jurisdicción social la encargada de dirimir los conflictos que entre las partes pudieran entablarse.

No empuja el origen bilateral del acuerdo la prioridad para ocupar puestos de trabajo que se ejecuten total o parcialmente de manera presencial que el art. 8.2 RDLTD otorga a las personas que realicen su trabajo a distancia desde el inicio de la relación laboral durante la totalidad de su jornada. Tampoco la eventual preferencia reconocida por el convenio colectivo en atención a “circunstancias, como las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares”<sup>19</sup>. Sin embargo, ambas previsiones denotan un encauzamiento legal de la voluntad de la empresa hacia un comportamiento socialmente responsable que evoca la prosecución del interés general que se atribuye a las Administraciones Públicas.

No amparándose en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo contemplada en el art. 41 ET, ni configurándose, en general, como un derecho del trabajador, el tránsito hacia el trabajo a distancia forzosamente ha de considerarse como un pacto. Resta determinar de qué tipo. De él no es predicable el carácter accesorio, propio de otros como aquél por el cual se incorpora al contrato el período de prueba.

En su virtud se produce una novación objetiva del contrato. Dentro de esta categoría, el art. 1204 del Código Civil –en adelante, Cc– diferencia la novación extintiva o propia de la modificativa o impropia<sup>20</sup>. La primera, conlleva la extinción de la relación jurídica, dando lugar al nacimiento de una nueva, que se regula en todos sus aspectos por el negocio jurídico actual<sup>21</sup>. La segunda, por el contrario, “consiste en variar el objeto o las condiciones principales de la obligación contraída”<sup>22</sup>. El deslinde entre ambas “debe efectuarse tomando en consideración, esencialmente, la voluntad de las partes, y la significación de

18 BOE nº 73, de 18 de marzo de 2020.

19 En cuyo diseño “se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género y se deberá tener en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa” (art. 8 RDLTD).

20 Sobre la distinción entre la novación extintiva y la novación modificativa en el ámbito laboral, cfr. STS de 18 enero 2007 (RJ 508).

21 CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1983), p. 353.

22 STS (Sala de lo Civil) de 15 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9199).

la modificación introducida en la obligación”<sup>23</sup>. Por consiguiente, la modificación de una o varias condiciones de trabajo llevada a cabo de mutuo acuerdo se considerará modificativa en tanto en cuanto las partes no declaren de manera terminante su naturaleza extintiva o exista incompatibilidad entra la obligación nueva y la antigua (art. 1204 Cc)<sup>24</sup>.

Aunque el ET no haya previsto la novación por mutuo acuerdo del objeto del contrato de trabajo, resulta posible “a partir del ejercicio lícito de la autonomía individual”<sup>25</sup>, pero teniendo presentes “las peculiaridades que para el régimen jurídico de la misma puedan derivarse de la vigencia de ciertos principios informadores del ordenamiento laboral como el de la estabilidad en el empleo; el de protección del trabajador; o en fin, el propio principio de la irrenunciabilidad de derechos indisponibles contenido en el art. 3.5 ET”<sup>26</sup>. Con fundamento en ellos se instituye una suerte de “presunción en favor de la novación meramente modificativa [...] al no ser necesario el efecto extintivo para alterar condiciones principales de la relación laboral que no supongan una incompatibilidad absoluta con la obligación inicial”<sup>27</sup>. Por consiguiente, “se ha señalado que, por lo que se refiere al contrato de trabajo solamente nos encontraremos ante una novación propia o extintiva, cuando del contrato novado resulte que el anterior sistema de regulación de intereses quede totalmente sustituido y sin efecto ni vigencia alguna”<sup>28</sup>. A tal efecto, “se ha aceptado por la jurisprudencia y la doctrina científica que es posible que el cambio de alguno de los elementos de la obligación no produzca por sí misma la extinción de la primitiva [...], sino la modificación simple, en la que perviven los efectos de la misma”<sup>29</sup>.

Esa podría ser la naturaleza de un acuerdo que, afectando a uno de los elementos del contrato de trabajo, no introduce una regulación absolutamente incompatible con la inicial. Esta interpretación resulta congruente con el tenor literal de una norma que, al igual que el recién derogado art.13 ET, rehúye aludir al “contrato de trabajo a domicilio”. Esta mención desaparece tras la entrada en vigor del Real Decreto–ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral<sup>30</sup>, cediendo su lugar al “trabajo a distancia”. En aquél, la subordinación morigeraba en lontananza, ejecutándose la prestación “sin vigilancia del empresario”. Ahora, retorna de la mano del vínculo tecnológico, gracias al cual es posible el intercambio continuo de información y la supervisión constante de la prestación. Existe, no obstante, algún cambio cuya envergadura obliga a reunir el

23 STSJ Andalucía de 22 de mayo de 2007 (AS 2007\3186).

24 STS de 11 de julio de 1983 (RJ 3764).

25 STSJ Andalucía de 22 de mayo de 2007 (cit.).

26 *Ibidem*.

27 “Se renunciaría, en suma, gratuitamente, a determinados derechos relacionados con la estabilidad en el empleo, con la antigüedad, con la prescripción, etc.” (*ibidem*).

28 *Ibidem*.

29 STS (Sala de lo Civil) de 15 de julio de 2009 (RJ 2009\4472).

30 BOE nº 36, de 11 de febrero de 2012.

consentimiento de ambas partes. En concreto, “el desplazamiento del lugar de la ejecución del contrato [...] al domicilio del trabajador tiene [...] implicaciones sobre la esfera personal [...] porque cuando se convierte el domicilio en lugar de trabajo se está obligando al trabajador a poner a disposición del empleador algo más que la fuerza de trabajo”<sup>31</sup>. Al hacer de su hogar un entorno productivo se coloniza un espacio otrora consagrado a su vida privada y/o familiar, lo cual “no sólo supone un coste adicional, que puede quedar sin retribución como en el caso de que haya que destinar al trabajo lugares que antes se destinaban a otros usos familiares”, sino que también “puede tener consecuencias de otro orden en la convivencia en el hogar o en la vida personal del trabajador, que deben quedar al margen tanto de las modificaciones unilaterales del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, como también de las decisiones de la autonomía colectiva”<sup>32</sup>(sic.). Su implantación exige, en consecuencia, la conformidad de un trabajador que no sólo inserta su prestación en el engranaje productivo, sino también parte de su espacio vital.

Atañe, en cierto modo, a la forma de prestar servicios, de ahí su difícil compatibilidad con determinadas fórmulas contractuales. Nótese el recelo manifestado por la doctrina<sup>33</sup> y al que hoy se suma el RDLTD, cuyo Preámbulo recomienda adoptar las “cautelos y limitaciones necesarias para garantizar el cumplimiento de su objeto, ya sea la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursado, ya la obtención de una cualificación profesional, bajo la adecuada y suficiente supervisión de la empresa”. Sin llegar a excluir su ejecución a distancia, finalmente opta por prescribir un porcentaje mínimo del cincuenta por ciento de prestación de servicios presencial en los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje, sin perjuicio del desarrollo telemático, en su caso, de la formación teórica (art. 3).

La modalidad contractual permanece, sin embargo, incólume ante una novación que, como acontece con la impuesta mediante el art. 39 ET<sup>34</sup>, no podrá dar lugar a la posterior extinción o modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando de ella se deriven dificultades para el desarrollo adecuado de la actividad laboral a distancia “que estén exclusivamente relacionadas con el cambio de una prestación presencial a otra que incluya trabajo a distancia” (art. 5.2 RDLTD). No se excluye, por tanto, la extinción contractual fundada en otras causas, pudiendo invocarse circunstancias objetivas de índole económica, organizativa o productiva. Por su proximidad, se antoja más difícil alegar la ineptitud sobrevenida del empleado, a no ser que se funde en alguna circunstancia adicional no

.....

31 STS de 11 de abril de 2005 (RJ\2005\4060).

32 *Ibidem*.

33 ALEMÁN PÁEZ, F., “Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos”, *Temas laborales*, nº 153 (en prensa), p. 17.

34 A tenor del cual “no cabrá invocar como causa de despido objetivo la ineptitud sobrevenida o la falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional”.

inherente a la ejecución en remoto de la prestación. Recuerda esta mención a la contemplada en el art. 12.4.e) ET, cuando proscribe la imposición unilateral de la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa, prohibiendo expresamente el despido derivado de su negativa “sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c), puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”.

Difiere, sin embargo, de ésta en un aspecto fundamental, cual es el reconocimiento de un derecho a revertir el acuerdo en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el propio acuerdo de trabajo a distancia. El derecho de reversión, ausente en la novación que afecta a la duración o a la jornada del contrato de trabajo, revela la pervivencia de un vínculo contractual, no extinto por una novación objetiva que debe reputarse modificativa o impropia, posición a la que contribuye la obligada consignación en acuerdo de trabajo a distancia de una mención a su duración [art.7. 1) RDLTD].

Por último, se apostilla que la negativa de la persona trabajadora a ejecutar su prestación a distancia o el ejercicio de la reversibilidad tampoco serán causas justificativas de la extinción de la relación laboral ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. No obstante, la posibilidad de encubrir dicha represalia bajo otra causa, unida a la debilidad del consentimiento del trabajador, ponen en tela de juicio esta garantía. Esta debilidad permite, asimismo, cuestionar el contenido del acuerdo, como se expondrá a renglón seguido.

## 2.2. Contenido

La incapacidad fáctica del trabajador para negociar en pie de igualdad con el empresario unas condiciones de trabajo dignas ha lastrado el papel de la autonomía de la voluntad como fuente del Derecho del Trabajo. Relegada a un rol apenas constitutivo de una relación de cuyos derechos y obligaciones se ocupaba la normativa heterónoma y la autonomía colectiva, recupera hoy su virtualidad reguladora. Y, con ella, renace el riesgo que, con el desgajamiento del Derecho del Trabajo de la disciplina común de las obligaciones y contratos, se pretendió conjurar: la adhesión del trabajador a unos pliegos redactados por la mano del empresario.

Del resurgimiento de la negociación individual que ha traído consigo el desarraigo del trabajador a distancia da testimonio el extenso “contenido mínimo obligatorio” del acuerdo descrito en el art. 7 RDLTD. Contenido que deja en manos de los contratantes la propia definición del trabajo a distancia al cual decidan acogerse, además de una serie de aspectos cardinales, entre los cuales destacan: la concreción de los parámetros destinados

a mensurar la prestación debida por el trabajador, la delimitación de los riesgos de naturaleza profesional que lo acechan y su adscripción a un centro de trabajo.

La especie de trabajo a distancia seleccionada se deducirá de la necesaria mención al “lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora”; del “porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso”; y del “inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia” [art. 6. f), d) y a) RDLTD]. Puesto que el art. 2.a) RDLTD considera trabajo a distancia tanto aquél que se presta en el domicilio de la persona trabajadora como en el lugar elegido por esta, “durante toda su jornada o parte de ella”, es extenso el elenco de posibilidades que se le ofrecen. En función del lugar, cabe optar por un trabajo realizado desde el domicilio o por un trabajo ejecutado desde otro lugar. De decantarse por esta última opción, podría designarse un entorno de cotrabajo compartido con otros trabajadores procedentes de la misma o de distinta empresa. Pero quizá cabría admitir un pacto en el cual se conceda plena libertad al trabajador para ubicarse en el lugar que estime oportuno, a imagen y semejanza del *lavoro agile* regulado en Italia por la *Legge 22 maggio 2017, n. 81. Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*<sup>35</sup>. Concedido al margen de constreñimiento temporal o locativo alguno, constituye la alternativa más flexible, pero también la más disruptiva. Afecta, sobre todo, al aseguramiento articulado por el sistema de Seguridad Social, habida cuenta de la dificultad de discernir el carácter profesional de los riesgos que se ciernen sobre el trabajador en un ámbito cuya precisión competirá, como se expondrá a renglón seguido, a este mismo acuerdo individual.

En función del porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, cabe diferenciar el trabajo a distancia ejecutado en alternancia con el presencial y el íntegramente ejecutado en remoto. El primero será objeto de atención por el RDLTD siempre que se preste a distancia, “en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo” (art. 1 RDLTD). El segundo resulta posible, puesto que el RDLTD sólo exige establecer el porcentaje y distribución de ambas modalidades “en su caso”. Puesto que no resulta digno de interés para esta norma el trabajo meramente presencial, resulta forzoso admitir que también encuentra cabida en ella el íntegramente ejecutado a distancia, con el riesgo de aislamiento que conlleva y que el contenido del propio acuerdo debe mitigar.

.....

35 Sobre la evolución sufrida desde el “teletrabajo de primera generación”, que ubicada la oficina en casa, hasta el “teletrabajo de tercera generación”, donde la oficina es virtual, pasando por el teletrabajo móvil o de “segunda generación”, véase MESSENGER, J.C., *Telework in the 21st century: An evolutionary perspective*, Edward Elgar Publishing Limited (Cheltenham, 2019).

Del inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia será dable colegir si la modalidad concertada pertenece a la subcategoría “que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación” [art. 2.b) RDLTD]. De esta guisa, se persiguen dos objetivos. El primero, consiste en delimitar los costes que ha de asumir la empresa. Mejora así el régimen jurídico del Acuerdo Marco, que admite que se pacte la utilización del equipo propiedad del trabajador, excepción a la regla general que redundaría en perjuicio del empleado<sup>36</sup>. En concreto, su art. 11 reconoce al trabajador el derecho “a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario”, que deberá incluir “los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación”<sup>37</sup>. Se pretende así recuperar uno de los presupuestos del trabajo subordinado, cual es la ajenidad en los medios<sup>38</sup>. Comprende, asimismo, el derecho al abono y compensación de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral. Adviértase, sin embargo, que la concreción de los mecanismos encargados de la determinación, y compensación o abono de estos gastos incumbe a la negociación colectiva (art. 12 RDLTD)<sup>39</sup>. El segundo, estriba en calificar como teletrabajo esta modalidad de prestación de servicios a distancia, lo que determinará en buena medida la regulación de ciertos derechos vinculados a la prestación basada en el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

Definida la modalidad de trabajo a distancia, procede aludir a los aspectos esenciales objeto de regulación por el acuerdo, comenzando por los parámetros que permiten mensurar la prestación debida. La medición de la prestación ejecutada a distancia constituye uno de los principales retos organizativos de la empresa. A tenor del Preámbulo del RDLTD, “la virtualización de las relaciones laborales desvincula o deslocaliza a la persona trabajadora de un lugar y un tiempo concretos”. Esta “licuefacción de los códigos espacio temporales”<sup>40</sup> hizo caer en desgracia la jornada como medida por excelencia. Persiste como límite máximo destinado a preservar los períodos de descanso del trabajador y, a

36 PÉREZ DE LOS COBOS, F., “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica», *Relaciones Laborales*, nº 10, 2005, p. 1315.

37 Asimismo, se garantizará la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo (art. 11.2 RDLTD).

38 MELLA MÉNDEZ, L., “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”, *Relaciones Laborales*, nº1, 2003, p. 177 y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, p. 55.

39 Sobre la dificultad de determinar qué gastos han de ser objeto de compensación, véase SIERRA BENÍTEZ, E. M. “Breve referencia a la negociación colectiva en la regulación del trabajo a distancia en el RD-ley 28/2020”, *Noticias CIELO*, nº 8, 2020, p. 1.

40 Utilizando la expresión acuñada por ALEMÁN PÁEZ, F., “El derecho a la desconexión digital (I). Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail nº 2016-1088”, *consultado en la base de datos de La Ley*, documento 52/2017, p. 1.

tal efecto, deberá ser objeto de registro (art. 34.9 ET). Pero el trabajador no sólo se compromete a proporcionar un tiempo de trabajo efectivo<sup>41</sup>, sino que adeuda una cantidad de trabajo a prestar durante un cierto tiempo<sup>42</sup>. Los resultados obtenidos por el trabajador durante un período temporal determinado denotan su rendimiento<sup>43</sup>, indicador del cumplimiento de la prestación cuya constatación resulta tanto más compleja cuanto más alejado está del supervisor.

La flexibilidad del parámetro temporal se deduce de los apartados c) y d) del art. 6, que incluyen en el contenido mínimo del acuerdo sendas menciones al horario de trabajo y “dentro de él”, en su caso, a “las reglas de disponibilidad” y, en especial, del art. 13 del RDLTD. Éste permite establecer en el acuerdo de trabajo a distancia “tiempos de disponibilidad obligatoria” al margen de los cuales el trabajador “podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido”, respetando lo dispuesto en el convenio colectivo y en la normativa estatal.

Con la dilución del módulo temporal adquiere relevancia el control por objetivos, referente habitualmente adoptado para constatar la obtención de un determinado rendimiento cuando resulta imposible comprobar presencialmente la dedicación del trabajador. Su consecución debe requerir la inversión por parte del asalariado de un “rendimiento normal”<sup>44</sup>, que no es sino el resultado del cumplimiento diligente de la prestación al que alude el art. 20.2 ET<sup>45</sup>. Se trata de un concepto complejo, compuesto por un elemento subjetivo –esfuerzo invertido por el trabajador– y otro objetivo –obtención de un resultado útil para el empresario–<sup>46</sup>. El primero se ha cifrado en “un cierto punto intermedio entre la holganza y la extenuación”<sup>47</sup>. El segundo debe ajustarse un estándar razonable, con exclusión de cualquier influencia exógena susceptible de frustrar su logro<sup>48</sup>.

41 Medida cronológica de la prestación que se determina a través de la jornada. Cfr. SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “La disminución del rendimiento como causa de despido”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, nº 33, 1968, p. 415.

42 ALZAGA RUIZ, I., “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en AA. VV., *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Cinca (Madrid, 2009), p. 183.

43 ALZAGA RUIZ, I., ob. cit., p. 183 y GÁRATE CASTRO, F. J., *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Civitas (Madrid, 1984), pp. 31–33.

44 Cuya disminución continuada y voluntaria puede justificar el despido disciplinario [art. 52.2.e) ET].

45 Según GÁRATE CASTRO, F. J., (ob. últ. cit., p. 103) “la cantidad del trabajo útil y el tiempo empleado en realizar dicho trabajo, factores que algunos autores proponen como elementos definatorios del concepto de rendimiento, no son consecuencia de un fenómeno carente de todo origen y explicación, sino que, por el contrario, dependen profundamente de la conducta seguida por el trabajador al desarrollar su prestación, y, concretando más esta idea, del hecho de que tal conducta sea o no diligente”.

46 Véase GÁRATE CASTRO, F. J., ob. cit., p. 34, con cita de MENÉNDEZ PIDAL [*Derecho social español*, Revista de Derecho Privado (Madrid, 1952) p. 96], que consideraba que “el rendimiento se refiere a la utilidad que se obtiene en el trabajo, al esfuerzo físico, intelectual, artístico o moral que el obrero pone en su trabajo”.

47 ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E., *Derecho del Trabajo*, 26<sup>a</sup> ed., Civitas (Madrid, 2009), p. 432.

48 Como pueden ser “factores absolutamente ajenos a la voluntad de trabajador, como son la propia voluntad de comprador, la situación del mercado, los precios ofertados, la competencia de otras compañías o la crisis económica” [STS de 3 de julio de 2020 (RJ 2020\2770)].

Lo anterior supone una transmutación del contenido del poder de control del empresario, que se orientará a comprobar el resultado más que los medios empleados para su obtención. So pena de suprimir uno de los rasgos característicos del trabajo por cuenta ajena, el “cómo” ha alcanzado el trabajador dichos resultados debe tomarse en consideración, puesto que compromete una obligación de “hacer”. Simplemente, ese proceso debe tenerse en cuenta a la hora de fijar unos objetivos razonables, claramente especificados y estables, reputándose contrarias a la buena fe las cláusulas contractuales mediante las cuales se fijan objetivos inalcanzables, susceptibles de ser unilateralmente modificados al antojo de la empresa<sup>49</sup> o capaces de determinar la extinción automática del contrato “sin ofrecer elementos de comparación de cuya valoración pudiere desprenderse que el pacto de rendimiento es lícito y no constituye abuso de derecho manifiesto por parte del empresario”<sup>50</sup>.

La proliferación de cláusulas abusivas consignadas en el contrato de trabajo al amparo del art. 49.1.b) ET constituye una manifestación más del inquietante retorno de una autonomía de la voluntad individual que, lejos de regular aspectos accesorios, delimita el objeto mismo del contrato de trabajo<sup>51</sup>. Fenómeno que no sólo se deja entrever en las cláusulas que determinan cuantitativamente la prestación del trabajador, sino también en otras que inciden en cómo la ejecuta. Sucede con los pactos mediante los cuales la empresa se arroga facultades de control que desplegará sobre el teletrabajador. Sin tomar la especie por el género, es preciso considerar el auge que la figura del teletrabajo como forma de trabajo a distancia está cogiendo [...] frente a la organización empresarial tradicional” (Preámbulo del RDLTD) para prevenir sobre los riesgos inherentes a un vínculo virtual cuyos tentáculos se extienden más allá de la esfera profesional del trabajador. Ello acontece incluso con el trabajador presencial, cuya intimidad puede quedar expuesta ante la videovigilancia del empresario o la instalación de programas de control en sus dispositivos de trabajo. Sin embargo, el peligro se recrudece cuando la vigilancia tecnológica se prolonga hasta alcanzar entornos privados, como el propio domicilio del trabajador o el lugar libremente escogido por él para desarrollar la prestación, del que también se puede deducir información privada.

La emergencia de estos nuevos dominios para el poder de control del empresario ofrece un terreno fértil para la introducción de cláusulas mediante las cuales se reserve facultades de supervisión exorbitantes. No en vano el art. 7. h) del RDLTD incluye en el contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia una mención a los “medios de

.....

49 STS de 3 de julio de 2020 (cit.).

50 STS de 1 de julio de 2020 (RJ 2020\3598).

51 PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del trabajo*, 17<sup>a</sup> ed., Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid, 2019), p. 707.

control empresarial de la actividad”. El Preámbulo anticipaba la necesidad de “establecer en la medida precisa las facultades de control y organización que corresponden a la empresa, para garantizar un uso y conservación adecuados de los equipamientos entregados, las limitaciones de uso personal de los equipos y conexiones, el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales y las instrucciones necesarias para preservar a la empresa frente a posibles brechas de seguridad”. Puesto que no todo lo tecnológicamente posible ha de reputarse jurídicamente admisible, el Capítulo IV del RDLTD se refiere de manera específica a las facultades de organización, dirección y control empresarial en el trabajo a distancia, incluyendo la protección de datos y seguridad de la información y el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales. Su contenido no constituye sino un reflejo parcial de los derechos digitales enunciados en el Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales<sup>52</sup> –en adelante, LOPDGDD–.

Lejos de ser accesorios, estos “derechos digitales” deslindan la porción de la personalidad que el trabajador pone hoy día a disposición de la empresa y el tiempo efectivo que a ella consagra. En su configuración ostentará un papel fundamental la negociación colectiva. Así lo evidencia la remisión realizada por el art. 91 de la LOPDGDD cuando invita 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”. Invitación de cuya aceptación depende dotar de contenido a unos derechos que el RDLTD enuncia con una vaguedad harto cuestionable. Se percibe cuando en su art. 22 del RDLTD permite a la empresa “adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”. Reproduce así el juicio de oportunidad enunciado en el art. 20 ET, limitado por el respeto a la dignidad del trabajador. Pero la dignidad, “cuya minoración se resiente en la personalidad, se halla presente en todos los derechos fundamentales, y por supuesto en el derecho a la intimidad consagrado [...] en el art. 18 CE”<sup>53</sup>, ensalzándolo el propio Tribunal Constitucional<sup>54</sup> –en adelante, TC–, como “núcleo central de la personalidad”

.....

52 BOE nº 294, de 6 de diciembre de 2018.

53 GOÑI SEIN, J. L., *El respeto de la esfera privada del trabajador*, Civitas (Madrid, 1988), p. 115 y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo”, *Diario La Ley*, nº 6033, 2004, consultado en la base de datos de La Ley (documento 1049/2004), p. 1.

54 STC 186/2000, de 10 de julio (RTC 186/2000), lo que ha de conllevar una “facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos”.

imprescindible para garantizar “la protección de la libertad y de las posibilidades de auto-realización del individuo”<sup>55</sup>.

No obstante, la actuación de la negociación colectiva esté seriamente “condicionada por el enfoque que escoge la regulación de estos derechos digitales en la Ley Orgánica”<sup>56</sup>, razón por la cual conviene advertir que el art. 87.2 LOPDGDD franquea al empleador el acceso a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores cuando se pretenda garantizar la integridad de los dispositivos en cuestión o controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales del usuario. No obstante, en el acceso a los contenidos deberá observar las garantías previamente especificadas a la hora de deslindar el ámbito concedido al aprovechamiento privado de los útiles de trabajo, de haberse tolerado. Se alude, en concreto, al respeto de los períodos durante los cuales se haya autorizado su uso para fines privados. No existe, por tanto, una prohibición de acceso a los contenidos, sino una modulación del ejercicio de los poderes del empresario, que se ha de atener a las pautas por él establecidas. Menos cortapisas existen de mediar una prohibición relativa a dichos usos privados. En tal caso, el art. 87.3 LOPDGDD habilita al empresario a controlar su utilización sin que exista expectativa alguna de privacidad para un trabajador que consiente el tratamiento de datos de carácter personal transmitidos por dichos medios con la mera celebración del contrato de trabajo, toda vez que la injerencia empresarial viene legitimada por el necesario control del cumplimiento de la prestación comprometida. Resta únicamente añadir el deber de información a cargo del empresario, destinado a producir una suerte de efecto preventivo de un uso torticero de los útiles de trabajo por parte de un asalariado que no podrá considerarse víctima de una supervisión sorpresiva. Se emplaza, no obstante, a los convenios o acuerdos colectivos a especificar, si se estima oportuno, “los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia” (art. 17.3. pfo. 2º RDLTD).

A falta de disposición convencional al respecto, queda en manos del empresario el establecimiento de los criterios de utilización de los dispositivos digitales, que deberán respetar “en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente” (arts. 17.2 RDLTD y 87.3 LOPDGDD). Aunque en su elaboración “deberán participar los representantes de los trabajadores”, no se prescribe su regulación convencional, razón por la cual, de no existir

55 SSTC 142/1993, de 22 de abril (rec. nº 190/91) y 202/1999, de 8 de noviembre (rec. nº 4138/96).

56 Véase BAYLOS GRAU, A. P, “Los derechos digitales y la negociación colectiva”, *Diario La Ley*, nº 9331, 2019, consultado en la Base de datos de La Ley, documento 15588/2018, p. 2.

dicha representación, su regulación podrá ser impuesta por el empresario e incluida a tal efecto en el acuerdo de trabajo a distancia.

Nótese, sin embargo, que la limitación del uso privado y la instalación de programas o aplicaciones para su control sólo podrá llevarse a cabo cuando los dispositivos sean de titularidad empresarial (art. 17.2 RDLTD), lo que hasta ahora dificultaba la fiscalización cuando era el teletrabajador quien aportaba su equipo. No obstante, el deber de proporcionar los útiles de trabajo que el art.11 del RDLTD atribuye al empleador conlleva la facultad de regular su uso, razón por la cual este acuerdo cobra una singular relevancia.

Más cuestionable se antoja la videovigilancia del trabajador en su entorno íntimo, toda vez que el art. 89.2 LOPDGDD prohíbe expresamente la instalación de sistemas de grabación de sonidos y de videovigilancia “en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos”. Desterrada de los lugares de la empresa donde la intimidad del trabajador está comprometida, tampoco debe ser bien recibida en un entorno especialmente protegido como el domicilio del trabajador. Tampoco en otro lugar de su elección que pudiera comprometer datos íntimos de él o de terceras personas ajenas al negocio jurídico que lo vincula con su empleador. La ausencia de mención alguna a este instrumento por parte del RDLTD no hace sino confirmar esta posición.

Procede, por tanto, rechazar la aceptación de dicho sistema de control mediante una cláusula incorporada al acuerdo de trabajo a distancia. Por lo demás, introduciría un método de supervisión inidóneo para canalizar el cambio organizativo que entraña la implantación del trabajo a distancia. Éste se basa esencialmente en la constatación de unos objetivos razonables claramente identificados y de obtención asequible para un trabajador formado al respecto. El cuidado en su determinación, amén de la combinación de este método con el registro y control de la jornada máxima (art. 13 RDLTD) deviene necesario para evitar que el control por objetivos resulte una “bomba de relojería que [active] insidiosamente la espoleta del exceso, el sobre-esfuerzo y la auto-explotación”<sup>57</sup>.

Se asiste con ello a una definición del objeto contractual en negativo, también deducible del denominado “derecho a la desconexión”, cuya determinación parece quedar extramuros del acuerdo individual de trabajo a distancia. Contemplado en el art. 87 LOPDGDD y concretado en el art 18 RDLTD, persigue la demarcación del tiempo que el trabajador sacrifica en aras del correcto cumplimiento de su prestación, aun “fuera de su horario de trabajo”, cuya determinación sí atañe al susodicho acuerdo. Además del respeto a la jornada máxima, “el deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los

.....

57 ALEMÁN PÁEZ, F., “Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos”, *Temas laborales*, nº 153 (en prensa), p. 18.

periodos de descanso” (art. 18.1 RDLTD). Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer “los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso”. A falta de disposición convencional, incumbirá a la empresa la elaboración de “una política interna [...] en la que [definirá] las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”, contando con la participación de los representantes de los trabajadores. No obstante, procede reparar en que las menciones incluidas en el art 7 del RDLTD integran su “contenido mínimo”. A *contrario sensu*, nada impediría dejar la regulación de este derecho a la autonomía individual, posibilidad que quedará expedita mientras la negociación colectiva no recoja el guante lanzado por el legislador.

Los “derechos digitales” recién citados evidencian la *vis expansiva* que las nuevas tecnologías han insuflado a los poderes del empresario, defendiendo el tiempo y el espacio vitales del trabajador frente a la empresa panóptica<sup>58</sup> que resulta de esta Cuarta Revolución Industrial. Que su contenido quede en manos de la autonomía de la voluntad significa permitir que el trabajador abdique de sus derechos mediante la adhesión a un contenido que no está en condiciones de negociar. Se comprende así el destino que la negociación colectiva está llamada a cumplir en la regulación del trabajo a distancia.

Además de dotar de contenido a estos derechos de nuevo cuño, el acuerdo de trabajo a distancia cumple otra función decisiva, cual es la delimitación del ámbito donde se extiende la presunción de laboralidad que atañe a toda lesión sufrida en tiempo y lugar de trabajo (art.156.3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social<sup>59</sup>, en adelante, LGSS). En él se ha de consignar el “lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo” en remoto [art. 7. f) RDLTD]. Al tiempo, se acota el ámbito hasta donde alcanza la evaluación de riesgos, ceñido a “la zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia”. Contribuye también a precisar los límites donde opera la presunción la concreción del horario, también realizada en el acuerdo, y su registro, a efectos probatorios<sup>60</sup>.

.....

58 Concebido por BENTHAM con fines penitenciarios, el Panóptico consistía en una torre rodeada de un anillo compuesto por celdas individuales, donde cada sujeto era consciente de ser observado por un vigía que permanecía oculto en la estructura central. Aquel ingenio “polivalente en sus aplicaciones” servía para enmendar a los presos, “pero también para [...] vigilar a los obreros” [FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Siglo veintiuno (Madrid, 2018), p. 238].

59 BOE nº 261, de 31 de octubre de 2015.

60 SELMA PENALVA, A., “El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas”,

Lo anterior no significa que sea necesariamente laboral cualquier accidente sufrido por el trabajador en su domicilio o en el lugar elegido por éste<sup>61</sup>. Podrá enervarse la presunción de acreditarse la ruptura del nexo causal que media entre trabajo por cuenta ajena lesión<sup>62</sup>. Tampoco supone excluir la laboralidad del padecido fuera del entorno demarcado en el acuerdo. Acontece simplemente que el acaecido fuera de sus lindes no se beneficiará de la citada presunción, debiendo acreditarse el motivo del desplazamiento del trabajador. Así, se ha propuesto incluir dentro del concepto de accidente de trabajo en misión “los padecidos por teletrabajadores móviles durante su tiempo de trabajo, en relación a los desplazamientos causados por el contenido de su actividad profesional”<sup>63</sup>. También “el de los teletrabajadores en centros satélite o similares respecto de sus desplazamientos hacia la sede de la empresa o algún otro lugar requerido en cumplimiento de su actividad, sin que para ello sea necesario una orden expresa del empresario”. Otros reservan la calificación de accidente de trabajo *in itinere* para el sucedido durante esos desplazamientos, entendiendo que la libertad de elección del lugar de trabajo excluye que se puedan considerar “en misión” toda vez que el desplazamiento no se realiza en interés de la empresa<sup>64</sup>. Entendiendo que la aceptación de la empresa de un lugar concreto o de un entorno flexible en el acuerdo de trabajo a distancia denota su interés, se considera preferible adoptar la primera posición. En suma, el carácter laboral del accidente ocasionado dependerá, como sucedía en el trabajo presencial, de su origen. Pero si en la ejecución presencial de la prestación el entorno sobre el cual se extendía la presunción venía dado fundamentalmente por el centro de trabajo, aquí el mismo dependerá de la mayor o menor precisión de la que hayan hecho gala las partes en la redacción del acuerdo.

El acuerdo de trabajo a distancia sirve así para concretar el objeto de la prestación y definir las fronteras espacio-temporales de la esfera privada del trabajador. Asimismo, es útil para determinar el entorno donde se desarrolla la labor preventiva y se presume la laboralidad de las lesiones ocasionadas. Pero el acuerdo de trabajo a distancia cumple una postrera función esencial, al adscribir al trabajador a un centro de trabajo en concreto [art. 7.e) RDLTD]. Con ello se establece dónde desarrollará la parte de la jornada de



*Temas Laborales*, nº 134, 2016, p. 144.

61 Así, han de descartarse “como laborales aquéllas [lesiones] cuyas características permitan deducir que no guardan relación alguna con el trabajo realizado, y en cambio, resultan ser claramente acreditativas de otro tipo de accidentes domésticos o incluso, de manifestaciones concretas propias de una patología común de la que ya adolecía el trabajador en cuestión” (ibídem).

62 SELMA PENALVA, A., ob. cit., p. 143.

63 CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>. J. y JOVER RAMÍREZ, C., “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, nº 4, 2015, p. 23.

64 POQUET CATALÁ, R., “Accidente de trabajo *in itinere* en el teletrabajo: su difícil conjunción”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, nº 4, 2017, p. 54.

trabajo presencial, pero también la unidad electoral a la que pertenece. Así, el art. 19 del RDLTD dispone que las personas trabajadoras tendrán “derecho a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas” (sic.).

Dista mucho de tratarse de una cuestión baladí, toda vez que el TS<sup>65</sup> ha avalado la extinción del mandato de los representantes de los trabajadores cuyo centro de trabajo había desaparecido tras haber suscrito un acuerdo novatorio en el cual se pactaba el tránsito hacia el trabajo a distancia, con la consiguiente adscripción a un nuevo centro de trabajo, dotado ya de representación. Ello se consideró así “en la medida en que la conservación del mandato representativo requiere la subsistencia del substrato objetivo y subjetivo o electoral de su representación”<sup>66</sup>. Sólo escaparán de esta consecuencia los cierres “en fraude de ley o maquinación para conseguir la finalización *ante tempus del* mandato representativo de los trabajadores”<sup>67</sup> o el traslado de parte de los representantes a otro centro carente de representación.

Ante estos supuestos, se comparte la posición de quien, para evitar “maniobras elusivas”<sup>68</sup>, recomienda introducir en el RDLTD alguna referencia que condicione la libre asignación mediante el acuerdo, que entrará en juego a falta de disposición convencional al respecto<sup>69</sup>. Con ello se persigue, una vez más, poner coto a los desmanes de la autonomía de la voluntad como fuente de regulación inapropiada para una relación aquejada de un notable desequilibrio entre los contratantes.

### 2.3. Obligaciones formales

El acuerdo de trabajo a distancia deberá celebrarse por escrito, pudiendo estar incorporado al contrato de trabajo o plasmado en un documento aparte, de formalizarse en un momento posterior. En todo caso, debe firmarse antes de que se inicie el trabajo a distancia. (art. 6 RDLTD). Su exigencia se ha considerado *ad probationem*<sup>70</sup>. El RDLTD omite las consecuencias de su inobservancia, que procede buscar en el art. 8.2 ET, a tenor del cual

.....

65 Véase STS de 28 de abril de 2007 (RJ\2017\2768).

66 *Ibidem*. Posición de la que se discrepa en el voto formulado por la Magistrada VIROLES PIÑOL, para quien la adscripción se ha realizado de modo “meramente administrativo o de organización interna en la empresa puesto que la desaparición de tres centros de trabajo y la adscripción de sus trabajadores al centro de trabajo de Madrid no ha implicado modificación geográfica o funcional alguna con respecto a los trabajadores que prestaban servicios en los centros que han sido cerrados”.

67 DE LAS HERAS GARCÍA, A., “La adscripción del teletrabajador y la representación legal de los trabajadores: una asignatura pendiente (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 379/2017, de 28 de abril)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 413-414, 2017, p. 202.

68 DE LAS HERAS GARCÍA, A., *ob. cit.*, p. 206.

69 *Ibidem*.

70 ÁLVAREZ CUESTA, H., “Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, nº 43, 2020, p. 181.

“el contrato de trabajo se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios”. No falta quien haya entendido que, en este caso, el desenlace más oportuno consistiría en estimar la prestación como debida en el centro de trabajo al que esté adscrita la persona trabajadora<sup>71</sup>. Pero, de configurarse como una presunción *iuris tantum*, sería sencillo desvirtuarla mediante la acreditación de la prestación efectiva fuera de las dependencias de la empresa. Por otra parte, no parece del todo adecuado exigir la ejecución de la prestación en las dependencias de la empresa cuando ya se está dando la situación de hecho si no se discute el consentimiento del deudor. Quizá por ello fortalecería más la posición de éste decantarse por la opción proporcionada por el texto legal, debiendo el empresario asumir un vínculo contractual más estable, salvo prueba en contrario de la naturaleza temporal o a tiempo parcial de la relación.

Se trata de una interpretación tendente a robustecer el deber de consignar por escrito el acuerdo, propósito al cual contribuirá en mayor medida la tipificación de la inobservancia de la forma escrita del acuerdo de trabajo a distancia como una infracción grave (art. 7.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>72</sup>, en adelante, LISOS).

Sea como fuere, el reconocimiento de dicho deber resulta de suma importancia, puesto que la imposición de una forma escrita contribuirá a facilitar el control del contenido de un acuerdo proclive a albergar cláusulas de dudosa licitud. Consciente de ello, el legislador obliga a la empresa a entregar a la representación legal de las personas trabajadoras la copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones, “excluyendo aquellos datos que, de acuerdo con 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, pudieran afectar a la intimidad personal, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores”. Asimismo, se recuerda que el tratamiento de dicha información “estará sometido a los principios y garantías previstos en la normativa aplicable en materia de protección de datos”. Se evocan así las cautelas consignadas en el art. 8.4 ET al exigir la entrega de la “copia básica”<sup>73</sup> de todos los contratos que deban celebrarse por escrito a la representación legal de los trabajadores, indicio inequívoco de novación objetiva.

Dicha entrega se realizará “en un plazo no superior a diez días desde su formalización”, debiendo ser firmada por el receptor “a efectos de acreditar que se ha producido la entre-

71 *Ibidem*.

72 BOE nº 189, de 8 de agosto de 2000.

73 Por contraposición a la “copia íntegra”, que sí contendrá tales datos (ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., “El deber de información relativo a la clasificación profesional del trabajador”, *Base de datos de La Ley*, documento 5903/2002, p. 13).

ga' (art. 6.2 RDLTD). Aunque se omita en el RDLTD, su propósito no es otro que el de comprobar la adecuación del contenido del acuerdo a la legalidad vigente, como reconoce sin ambages el art. 8.4 ET.

Se introduce así una instancia de fiscalización que recuerda a un método de control abstracto, cuyo objeto no es un contrato concreto y determinado<sup>74</sup>, sino el acto de predisposición en sí mismo, concebido para ser aplicado a las condiciones generales de la contratación. Sin embargo, el control abstracto *stricto sensu* opera sin necesidad de que la cláusula en cuestión se vea incorporada a contrato alguno<sup>75</sup>, evitando así un posterior litigio, lo cual no sucede en este supuesto, donde el contenido en cuestión ya ha sido incorporado a un acuerdo. Lo más parecido a un control abstracto del contenido contractual conocido por el Derecho del Trabajo deriva del deber de dar a conocer a los representantes de los trabajadores los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa, así como los documentos relativos a la terminación de la relación laboral (art. 64.2 ET). Se echa en falta una conveniente mención al acuerdo de trabajo a distancia. Puesto que tampoco alude a este deber el RDLTD, resulta obligado señalar su reconocimiento como una de las carencias a solventar por una futura reforma.

Con todo, es de advertir que este método de control, configurado como un derecho de los representantes de los trabajadores, no repara en su probable ausencia en multitud de empresas, como acontece en aquéllas que cuenten con diez o menos trabajadores, a no ser que al tener entre seis y diez se decida nombrar por mayoría un delegado de personal (art. 62.1 ET)<sup>76</sup>. Por ello, se ha reforzado añadiendo el deber de enviar la copia básica del acuerdo a la oficina de empleo, incluso cuando no exista representación legal (art. 6.2 RDLTD).

No se evita, empero, la incorporación del contenido contractual potencialmente abusivo al acuerdo, riesgo a cuya evitación deberá contribuir la negociación colectiva, identificando las prácticas dimanantes del desequilibrio que el Derecho del Trabajo está destinado a corregir. De esta forma, el control de la ilicitud del contenido del acuerdo no se llevará a cabo acudiendo a los vagos conceptos de abuso de derecho o fraude de ley (art. 6.4 y 7.2 Cc), sino que la cláusula en cuestión podría subsumirse en el supuesto de hecho de una norma directamente prohibitiva<sup>77</sup>.

74 Al respecto, véase DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *et alia*, *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Civitas (Madrid, 1996), p. 9.

75 BUSTO LAGO, L.M., "El control abstracto de las condiciones generales de los contratos", *Base de datos de Westlaw*, documento BIB 1998\568, p. 1.

76 Sobre este extremo, véase GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., "La negociación colectiva en empresas sin representantes legales de los trabajadores, en especial tras la reforma del mercado de trabajo", *Revista española de Derecho del Trabajo*, n° 70, 1995, pp. 244 y ss.

77 VILLALBA SÁNCHEZ, A., *La condición resolutoria consignada en el contrato de trabajo*, Comares (Granada, 2018), p. 325.

### 3. CONCLUSIÓN

**E**n virtud del acuerdo de trabajo a distancia se introduce una novación objetiva del contrato de trabajo que no puede ser impuesta por el empresario, sino que ha de ser libremente consentida por ambas partes. Su régimen jurídico constituye una especialidad del contemplado en los arts. 1203 y ss. Cc, cuya regulación descansa fundamentalmente en la propia autonomía de la voluntad que la ha generado. A ella incumbe establecer su duración y los plazos de preaviso para su reversibilidad, derecho que ha de disciplinar la negociación colectiva y cuyo ejercicio supondrá tornar al contenido inicial de un vínculo contractual no extinto merced a una novación que, por consiguiente, será modificativa o impropia.

La trascendencia de esta novación, más intensa que cualesquiera otras de las permitidas por el art. 41 ET, justifica que haya venido acompañada de mecanismos concebidos para controlar la licitud de sus estipulaciones. De su eficacia dependerá la detección de cláusulas susceptibles de ensanchar el débito laboral hasta desbordar la esfera profesional, antaño recluida entre las paredes del centro de trabajo. Su previsión, sin embargo, no basta para restaurar el equilibrio de un acuerdo destinado a modular el objeto mismo del contrato, propósito que sólo podrá alcanzarse dentro del marco diseñado por una negociación colectiva cuya evolución ha de correr pareja a la sufrida por el trabajo por cuenta ajena. A tal fin, procede dotar de contenido a unos “derechos digitales” que, lejos de ser accesorios, constituyen el acervo jurídico del trabajador del s. XXI. Es menester, pues, que la perspectiva de los interlocutores sociales cambie para que la protección debida al trabajador a distancia sea igual que la otrora deparada al tradicional.

# CIBERSEGURIDAD EN EL TRABAJO EN MOVILIDAD Y A DISTANCIA (TELETRABAJO)

*CYBERSECURITY AT MOBILITY WORKING AND REMOTE WORKING  
(TELEWORKING)*

**MIGUEL RECIO GAYO<sup>1</sup>**

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

Fecha de recepción: 1/11/2020

Fecha de aceptación: 23/11/2020

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. TRABAJO EN MOVILIDAD Y A DISTANCIA (TELETRABAJO). 3. ¿QUÉ ES Y POR QUÉ ES FUNDAMENTAL LA CIBERSEGURIDAD? 4. AMENAZAS O CIBERAMENAZAS. 4.1. *Phishing*. 4.2. Correos electrónicos fraudulentos. 4.3. *Ransomware*. 4.4. Riesgos y amenazas en el caso de videoconferencias y reuniones virtuales. 5. MEDIDAS DE CIBERSEGURIDAD. 5.1. Red privada virtual. 5.2. Necesidad de una política para situaciones de movilidad. 5.3. Recomendaciones de diversas autoridades y entidades. 6. PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE CIBERSEGURIDAD. 7. FORMACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS. 8. INSTRUCCIONES DE LA EMPRESA EN MATERIA DE CIBERSEGURIDAD. 9. TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES. 10. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** El trabajo en movilidad o a distancia (teletrabajo) era ya una realidad en muchas organizaciones, pero la pandemia por COVID-19 ha dado lugar a la necesidad de

.....  
1 Abogado del departamento de TMC y Delegado de Protección de Datos de CMS Albiñana & Suárez de Lezo. Doctor en Derecho. Máster Universitario en Protección de Datos, Transparencia y Acceso a la Información por la Universidad CEU San Pablo. Máster en Derecho de la Propiedad Intelectual por The George Washington University Law School. ORCID 0000-0002-2282-9907 / e-mail: miguelrecio@miguelrecio.com.

que muchas personas trabajadoras teletrabajen. El teletrabajo es una oportunidad, pero también supone un reto para las organizaciones ya que, si no se adoptan medidas de seguridad de la información o ciberseguridad adecuadas, sus activos de información pueden quedar expuestos a amenazas que son un riesgo para la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información. Que las personas trabajadoras sepan identificar ataques como los de *phishing* o evitar que los dispositivos que utilizan queden desatendidos, es esencial. Además, la ciberseguridad tiene otras implicaciones que las organizaciones deben conocer para mitigar los riesgos a los que están expuestas.

**ABSTRACT:** Mobility work and work from distance (teleworking) was already a reality in many organizations, but the COVID-19 pandemic has led to the need for many working people to telework. Teleworking is an opportunity, but also a challenge for organizations because, if adequate information security or cybersecurity measures are not taken, their information assets may be exposed to threats that are a risk to the confidentiality, integrity and availability of information. It is essential that workers know how to identify attacks such as phishing or prevent the devices they use from being left unattended. In addition, cybersecurity has other implications that organizations must be aware of to mitigate the risks to which they are exposed.

**PALABRAS CLAVE:** Teletrabajo, ciberseguridad, red privada virtual, *phishing*, protección de datos.

**KEY WORDS:** telework, cybersecurity, virtual private network (VPN), phishing, data protection.

## 1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que el Real Decreto-ley 28/2020<sup>2</sup> regula el trabajo a distancia en el sector privado y el Real Decreto-ley 29/2020<sup>3</sup> regula el teletrabajo, ambos hacen referencia a la seguridad de la información. En el primer caso, ya en la Exposición de Motivos se indica que el real decreto-ley “se refiere de manera específica a las facultades de organización, dirección y control empresarial en el trabajo a distancia, incluyendo la protección de datos y seguridad de la información”, debiendo entenderse esta última en un sentido amplio de manera que incluye también a la ciberseguridad. Y en el segundo caso, también en la Exposición de Motivos, se indica que se debe prestar “una especial atención a los deberes en materia de confidencialidad y protección de datos”.

Las divergencias entre ambos sectores se producen también por lo que se refieren a las previsiones en materia de seguridad de la información. En el sector privado no existe una norma específica, sin perjuicio de algunas medidas técnicas y organizativas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo incluidas en el artículo 32.1 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)<sup>4</sup>. Pero en el sector público, las Administraciones Públicas, salvo “los sistemas que tratan información clasificada regulada por Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales y normas de desarrollo”<sup>5</sup>, tienen que cumplir con el

.....

2 Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 253, de 23 de septiembre de 2020. En relación con este Real Decreto-ley deben tenerse en cuenta tanto la Resolución de 15 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 279, de 22 de octubre de 2020, como el Proyecto de Ley de trabajo a distancia, presentado el 15 de octubre de 2020 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, XIV Legislatura, serie A, 23 de octubre de 2020.

3 Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 259, de 30 de septiembre de 2020. En relación con este Real Decreto-ley debe tenerse en cuenta la Resolución de 15 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 279, de 22 de octubre de 2020.

4 En concreto, la lista de medidas de seguridad técnicas y organizativas a las que se refiere el citado artículo son: “a) la seudonimización y el cifrado de datos personales; b) la capacidad de garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento; c) la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente físico o técnico; d) un proceso de verificación, evaluación y valoración regulares de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad del tratamiento.” 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 (Reglamento general de protección de datos). Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea L 119, de 4 de mayo de 2016.

5 Véase el artículo 3 del Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Segu-

Esquema Nacional de Seguridad (ENS). El ENS es también aplicable en el caso del teletrabajo.

En ambos casos, una nota esencial es que **el trabajo se lleva a cabo fuera de las instalaciones de la organización lo que supone un cambio relevante**. Y esto es importante también porque la organización tendrá que adoptar medidas adecuadas para reducir el riesgo derivado de amenazas a las que se encuentran expuestos sus activos de información como consecuencia de que **los usuarios puedan trabajar en un entorno no controlado** por aquélla.

Identificar el riesgo al que dan lugar las amenazas, tales como el *phishing*, y adoptar medidas adecuadas, en particular en materia de ciberseguridad, son esenciales. Una de estas medidas es la relativa a la posibilidad de que la información viaje cifrada a través de una red privada virtual, de manera que se evite el acceso no autorizado a la información. Además, estas medidas pueden quedar recogidas en una política de seguridad de la información o ciberseguridad, que debe complementarse con procedimientos.

Por otra parte, la adopción y aplicación de medidas de ciberseguridad pueden implicar un tratamiento de datos personales, lo que supone que la organización tenga que adoptar también medidas para cumplir con la normativa aplicable.

## 2. TRABAJO EN MOVILIDAD Y A DISTANCIA (TELETRABAJO)

La posibilidad de trabajar en movilidad o a distancia no es algo nuevo en España, tal como pone de manifiesto la Exposición de Motivos del Real Decreto–ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Entre otras normas, se mencionan la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral<sup>6</sup>, que modificó el Estatuto de los Trabajadores<sup>7</sup> para introducir el trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías.

En concreto, como se indica también en la Exposición de Motivos del Real Decreto–ley 28/2020, el trabajo a distancia “en su concepción clásica de trabajo a domicilio, como



tividad en el ámbito de la Administración Electrónica, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 25, de 29 de enero de 2010. Este Real Decreto fue modificado por el Real Decreto 951/2015, de 23 de octubre, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

6 Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 162, de 7 de julio de 2012.

7 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Esta disposición fue derogada y el 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. A su vez, este último fue modificado por lo que se refiere al trabajo a distancia por el Real Decreto–ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

aquel que se realiza fuera del centro de trabajo habitual y sin el control directo por parte de la empresa y vinculado a sectores y ámbitos geográficos muy concretos, se ha visto superado por la realidad de un nuevo marco de relaciones y un impacto severo de las nuevas tecnologías”.

Ahora bien, tanto en el caso de las empresas como de las Administraciones Públicas, incluso aunque pudiera trabajarse en movilidad o a distancia, **será necesario analizar o evaluar los riesgos en materia de seguridad de la información** o, en particular, ciberseguridad. Aunque hay multitud de actividades que sí se pueden realizar mediante el teletrabajo, tales como en las áreas de artes gráficas y diseño, servicios para Internet, administración y secretaría, o marketing y atención telefónica<sup>8</sup>; otras no lo son, en particular por razones de confidencialidad de la información que requiere que esta solo pueda ser tratada en las instalaciones de la organización.

En este sentido, sería recomendable realizar una evaluación de la viabilidad del teletrabajo, debiendo tener en cuenta como parte de esta las cuestiones relativas a si podría trabajarse en movilidad o a distancia de manera que la información, sean datos personales o no, quede protegida a través de medidas de ciberseguridad.

Es el riesgo de que se materialice una amenaza contra la confidencialidad de la información de la organización o la disponibilidad de un servicio lo que plantea que deba evaluarse si una actividad es susceptible de trabajo en movilidad o a distancia. En este sentido, toda organización, ya sea del sector privado o público, tiene que **analizar el riesgo existente** y si las medidas técnicas y organizativas aplicables son adecuadas para minimizar o reducir dicho riesgo o si, por el contrario, no es posible teletrabajar.

En el caso de las Administraciones Públicas, debe tenerse en consideración que el ENS incluye como uno de los principios básicos el relativo a la **gestión de la seguridad basada en riesgos**. Este principio, en virtud de lo previsto en el artículo 6 del ENS, implica, por una parte, que el riesgo sea analizado y gestionado, debiendo mantenerse permanentemente actualizado este análisis y gestión. Y, por otra parte, la gestión del riesgo implica también que deba permitirse “el mantenimiento de un entorno controlado, minimizando los riesgos hasta niveles aceptables” (art. 6.2 del ENS).

Además, cuando se traten datos personales y se encomiende dicho tratamiento a tercero, es necesario tener en cuenta que las medidas de seguridad previstas en el ENS son también aplicables a dicho tercero en virtud de lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD)<sup>9</sup>.



8 Gobierno de Aragón, *Actividades susceptibles a realizar mediante el teletrabajo*. Consultado en [http://servicios.aragon.es/redo\\_docs/guias\\_ol/docs/actividades\\_teletrabajo.pdf](http://servicios.aragon.es/redo_docs/guias_ol/docs/actividades_teletrabajo.pdf).

9 En concreto, esta disposición adicional primera indica, en el segundo párrafo del apartado 2, que “En los casos

En cualquier caso, el hecho de que los dispositivos que se utilizan para tratar la información estén fuera de las instalaciones de la organización requiere que se adopten también medidas para evitar que, en caso de robo o pérdida, puedan ser utilizados para acceder de manera ilícita a los servicios electrónicos de la organización, así como al sistema de información y/o a la información tratada en este.

### 3. ¿QUÉ ES Y POR QUÉ ES FUNDAMENTAL LA CIBERSEGURIDAD?

**C**iberseguridad (en inglés *cybersecurity* o *cyber security*) es un término complejo de definir y todavía bastante reciente. Este término surgió a partir del término ciberespacio (en inglés *cyberspace* o *cyber space*) y fue elaborado por profesionales de Tecnologías de la Información (TI), consultores, grupos de presión (*lobbyists*) y políticos para abordar las preocupaciones de seguridad del ciberespacio<sup>10</sup>.

Aunque no hay una definición normativa de ciberseguridad, siguiendo referencias internacionales sería posible definirla como la **capacidad de proteger o defender el uso del ciberespacio de los ciberataques**<sup>11</sup>, o también como que comprende todas las actividades necesarias para proteger el ciberespacio, sus usuarios y las personas afectadas por las ciberamenazas<sup>12</sup>.

No obstante, sí hay definiciones normativas del concepto de seguridad de las redes y de la información. El ENS define este concepto en el Anexo IV, que incluye un glosario, como “la capacidad de las redes o de los sistemas de información de resistir, con un determinado nivel de confianza, los accidentes o acciones ilícitas o malintencionadas que comprometan la disponibilidad, autenticidad, integridad y confidencialidad de los datos almacenados o transmitidos y de los servicios que dichas redes y sistemas ofrecen o hacen accesibles”. Y en la Directiva europea sobre la seguridad de las redes y sistemas de información, también conocida como Directiva NIS<sup>13</sup>, define este concepto como “la capacidad de las redes y sis-



en los que un tercero preste un servicio en régimen de concesión, encomienda de gestión o contrato, las medidas de seguridad se corresponderán con las de la Administración pública de origen y se ajustarán al Esquema Nacional de Seguridad”.

10 European Union Agency for Network and Information Security, *Definition of Cybersecurity – Gaps and overlaps in standardization*, December 2015.

11 National Institute of Standards and Technology, *Managing Information Security Risk, Organization, Mission, and Information System View*, NIST Special Publication 800–39.

12 European Union Agency for Network and Information Security, *ENISA overview cybersecurity and related technology*, September 2017.

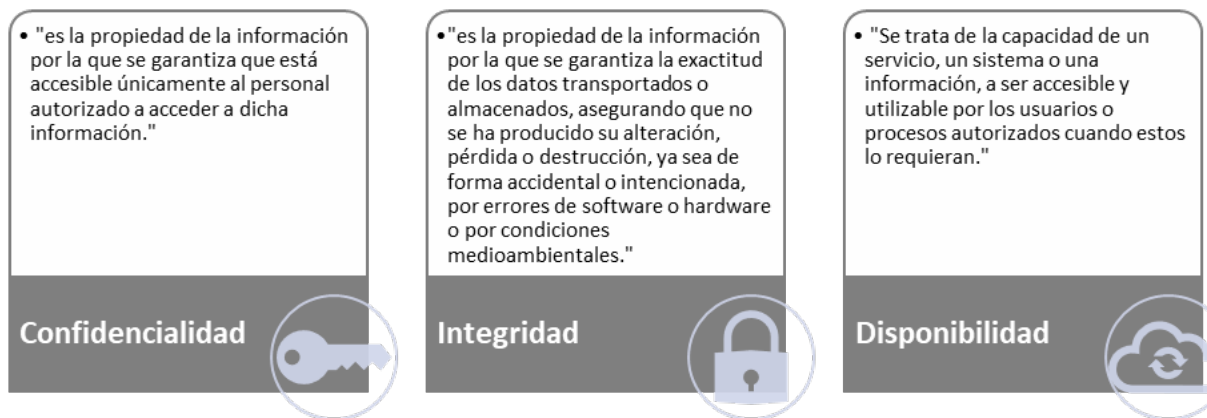
13 Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. Diario Oficial de la Unión Europea L 194, de 19 de julio de 2016.

temas de información de resistir, con un nivel determinado de fiabilidad, toda acción que comprometa la disponibilidad, autenticidad, integridad o confidencialidad de los datos almacenados, transmitidos o tratados, o los servicios correspondientes ofrecidos por tales redes y sistemas de información o accesibles a través de ellos”.

**La ciberseguridad es un término genérico que, en la práctica, es también una obligación de las organizaciones, ya sean públicas o privadas, para proteger tanto sus activos de información<sup>14</sup> como los derechos fundamentales de las personas físicas**, lo que ocurre en este último caso cuando se tratan datos personales.

En relación con la ciberseguridad, si se sigue el modelo clásico de la seguridad de la información, los tres objetivos son proteger la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad.

Al respecto, siguiendo al Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE)<sup>15</sup>, cada uno de estos conceptos puede ser definido de la siguiente manera:



A estas tres dimensiones de seguridad pueden añadirse, si se sigue una aproximación actual, los siguientes atributos:

Para sistemas de información y redes tangibles	Para apoyar la dinamicidad del ciberespacio	Para apoyar la seguridad de la información
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Fiabilidad</li> <li>▪ Seguridad</li> <li>▪ Mantenibilidad</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Fiabilidad</li> <li>▪ Seguridad</li> <li>▪ Mantenibilidad</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Fiabilidad</li> <li>▪ Seguridad</li> <li>▪ Mantenibilidad</li> </ul>

14 El Instituto Nacional de Ciberseguridad define el activo de información como “cualquier información o sistema relacionado con el tratamiento de la misma que tenga valor para la organización, pueden ser procesos de negocio, datos, aplicaciones, equipos informáticos, personal, soportes de información, redes, equipamiento auxiliar o instalaciones. Es susceptible de ser atacado deliberada o accidentalmente con consecuencias para la organización.” Instituto Nacional de Ciberseguridad, Glosario de términos de ciberseguridad: una guía de aproximación para el empresario, Febrero de 2017 <https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/guias/glosario-terminos-ciberseguridad-guia-aproximacion-el-empresario>.

15 *Cit.*

## 4. AMENAZAS O CIBERAMENAZAS

Según la definición dada por INCIBE<sup>16</sup> una amenaza es una “[c]ircunstancia desfavorable que puede ocurrir y que cuando sucede tiene consecuencias negativas sobre los activos provocando su indisponibilidad, funcionamiento incorrecto o pérdida de valor.” Y, siguiendo esta definición de INCIBE, hay que tener en cuenta que “[u]na amenaza puede tener causas naturales, ser accidental o intencionada. Si esta circunstancia desfavorable acontece a la vez que existe una vulnerabilidad o debilidad de los sistemas o aprovechando su existencia, puede derivar en un incidente de seguridad.”

Las amenazas o ciberamenazas, si se presta atención específica en este último caso al entorno cibernético, son constantes y cambiantes, siendo buena muestra el hecho de que durante “el confinamiento en España<sup>17</sup>, el Ministerio del Interior informó y/o alertó, entre otros, de un intento viral de fraude a través de phishing<sup>18</sup>, del bloqueo por la Policía Nacional de 45.773 dominios web utilizados para actividades criminales utilizando el Covid-19 como gancho<sup>19</sup> o de la detención de un menor de 16 años que llevó a cabo numerosos ciberataques a organismos públicos y entidades privadas<sup>20</sup>.”<sup>21</sup>

Y el teletrabajo, que es una oportunidad para las organizaciones ya que, entre otros, facilita la movilidad y permite la conciliación laboral; lo es también para los ciberdelincuentes, que en muchas ocasiones dirigen sus ataques contra el usuario, como “eslabón más débil de la cadena y posiblemente, el más débil”<sup>22</sup>.

Algunos ataques relevantes son el phishing y los correos electrónicos fraudulentos con archivos adjuntos que tienen por finalidad la descarga e instalación de *malware*.

### 4.1. Phishing

INCIBE define el *phishing* como “la estafa cometida a través de medios telemáticos me-



16 Instituto Nacional de Ciberseguridad, *Glosario de términos de ciberseguridad ...*, Cit.

17 Declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y prorrogado en varias ocasiones.

18 Ministerio del Interior, “La Policía Nacional alerta de una tentativa viral de fraude a través de phishing”, Madrid, 31 de marzo de 2020. Consultado en <https://bit.ly/2zzpMqx>

19 Ministerio del Interior, “La Policía Nacional bloquea 45.773 dominios web utilizados para actividades criminales relacionadas con el COVID-19”, Madrid, 16 de abril de 2020. Consultado en <https://bit.ly/2VBl9ES>

20 Ministerio del Interior, “La Policía Nacional detiene a un hacker de 16 años por realizar numerosos ciberataques a organismos públicos y entidades privadas”, Madrid, 17 de abril de 2020. Consultado en <https://bit.ly/2KC1Cxy>

21 RECIO GAYO, M., *Hacker ético: el profesional frente a quienes aprovechan la Covid-19 para cometer fraudes o estafas online y ciberataques*, Revista de Derecho Digital e Innovación, núm. 5, Abril-Junio 2020.

22 Instituto Nacional de Ciberseguridad, *La formación como elemento imprescindible en ciberseguridad*, 2019 <https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/formacion-elemento-imprescindible-ciberseguridad>.

dian­te la cual el estafador intenta conseguir, de usuarios legítimos, información confiden­cial (con­tra­señas, datos bancarios, etc.) de forma fraudulenta.

El *phishing* es una de las formas de ingeniería social<sup>23</sup> en las que el ciberdelincuente trata de manipular a la víctima potencial para lograr llevar a cabo un ciberataque ya sea a partir de la información que pueda obtener de esta o de alguna acción, tal como instalar un virus en el dispositivo del usuario que le permita después obtener acceso al sistema de información de la organización para la que trabaja.

El estafador o *phisher* suplanta la personalidad de una persona o empresa de confianza para que el receptor de una comunicación electrónica aparentemente oficial (vía e-mail, fax, SMS o telefónicamente) crea en su veracidad y facilite, de este modo, los datos privados que resultan de interés para el estafador<sup>24</sup>.

Aunque los ataques de *phishing* se llevan a cabo principalmente a través del correo electrónico, existen también otras técnicas como *smishing*, *vishing* y *spear phishing*.

En el caso del *smishing*, la víctima potencial recibe un mensaje de texto, ya sea SMS o través de una plataforma de mensajería electrónica, de alguien desconocido que le pide proporcionar alguna información, ya sean credenciales de usuario del sistema de información, datos personales u otra. El *phisher*, no obstante, intenta suplantar la identidad de alguien en quien la víctima confiaría como, por ejemplo, una personal del departamento o área de TI, etc.

De esta manera, intentando aprovechar además una situación de urgencia y confiden­cialidad como, por ejemplo, que se esté llevando a cabo una auditoría, el *phisher* busca conseguir la información o la realización de una acción que le sirve para conseguir su objetivo o llevar a cabo un ataque o ciberataque posterior.

El *vishing* tiene la misma finalidad, llevándose a cabo a través de Voz sobre IP. Y en el caso del *spear phishing*, como explica INCIBE, “los atacantes intentan mediante un correo electrónico, que aparenta ser de un amigo o de empresa conocida, conseguir que les facilitemos: información financiera, números de tarjeta de crédito, cuentas bancarias o contraseñas”<sup>25</sup>.

Con independencia de cuál sea la modalidad de *phishing*, una persona trabajadora que desconozca este tipo de ataques podría ser víctima y, al mismo tiempo, ayudar a un ciberatacante a conseguir su objetivo cuando el objetivo sea el sistema de información o la información de la organización en la que trabaje.

.....

23 Por ingeniería social se entienden las “tácticas utilizadas para obtener información datos de naturaleza sensible, en muchas ocasiones claves o códigos, de una persona. Estas técnicas de persuasión suelen valerse de la buena voluntad y falta de precaución de la víctima”. Instituto Nacional de Ciberseguridad, *Glosario de términos de ciberseguridad ...*, Cit.

24 Cit.

25 Cit.

Los ataques de phishing son frecuentes y en particular cuando se trabaja en movilidad o a distancia pueden dar lugar a situaciones graves, que requieren que la persona que reciba alguna de estas comunicaciones pueda reaccionar y no responder o no hacer nada de lo que le piden. La posibilidad de comunicarse de inmediato con el área de seguridad de la información o TI pueden ser relevantes al respecto.

## 4.2. Correos electrónicos fraudulentos

El *malware*, según la definición dada por INCIBE, es “un tipo de *software* que tiene como objetivo dañar o infiltrarse sin el consentimiento de su propietario en un sistema de información. Palabra que nace de la unión de los términos en inglés de *software* malintencionado: *malicious software*.”<sup>26</sup>

El envío de correos electrónicos fraudulentos que adjuntan ficheros con *malware* o incluyen un enlace son un riesgo para los sistemas de información ya que el ciberdelincuente trata de engañar al destinatario con la finalidad de que lleve a cabo una acción como, por ejemplo, abrir el archivo adjunto o un enlace que permitirá ejecutar el virus e infectar la red o sistema de información de la organización o, incluso, llevar a cabo un ataque de *ransomware*, cifrando la información y pidiendo un rescate a cambio.

Al igual que en el caso de los ataques de *phishing*, la persona trabajadora tiene que conocer, para poder identificar, los riesgos derivados de este tipo de correos electrónicos. Aun estando fuera de la ubicación de la organización y, por tanto, no conectado a la red, este tipo de ataques podrían permitir el acceso no autorizado por el ciberdelincuente.

## 4.3. Ransomware

Dada su importancia debe hacerse una referencia específica al *ransomware* o “secuestro de datos” que puede ser definido como aquella acción en la que un ciberdelincuente “toma control del equipo infectado y «secuestra» la información del usuario cifrándola, de tal forma que permanece ilegible si no se cuenta con la contraseña de descifrado. De esta manera extorsiona al usuario pidiendo un rescate económico a cambio de esta contraseña para que, supuestamente, pueda recuperar sus datos”<sup>27</sup>. Se trata, por tanto, de una extorsión que surgió en los años 80 pero que aumenta de manera exponencial<sup>28</sup>.

.....

26 Cit.

27 Cit.

28 Instituto Nacional de Ciberseguridad, *Ransomware: una guía de aproximación para el empresario*, 2017 [https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia\\_ransomware\\_metad.pdf](https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia_ransomware_metad.pdf)

Si la persona que recibe el correo electrónico fraudulento o malicioso que incluye un archivo adjunto, que es un virus, o abre el enlace que, por lo general, permite la descarga y ejecución automática del virus, podría producirse el cifrado de la información, o al menos de una parte, que se trata en el sistema de información, pidiendo un rescate a cambio. El pago del rescate se suele pedir a través de monedas virtuales como, por ejemplo, *bitcoins*, evitando así el rastreo del pago.

#### 4.4. Riesgos y amenazas en el caso de videoconferencias y reuniones virtuales

La pandemia ha dado lugar también a un aumento exponencial del uso de aplicaciones o soluciones para videoconferencias y reuniones virtuales. Estas no están exentas de amenazas y, por tanto, requieren también de la adopción y aplicación de medidas de seguridad.

Según explica el Centro Criptológico Nacional (CCN), estas soluciones para videoconferencias “hacen referencia a aquellas tecnologías que permiten la comunicación audiovisual a través de redes LAN o WAN con infraestructuras locales (on-premise), en la nube (Cloud VaaS o SaaS) o soluciones híbridas on-premise y cloud y con terminales (endpoints) físicos dotados de procesador (códec), cámara, micrófono y mando remoto (pantalla táctil o mando convencional); o soluciones software ejecutándose en diferentes plataformas hardware (sobremesa, portátiles, móviles y tabletas), con aplicativos software (MS Windows, iOS, Android o Linux).”<sup>29</sup>

INCIBE señala que los principales riesgos que podrían presentar las aplicaciones de videollamadas<sup>30</sup> son:

- **Cifrados inseguros.** En muchos casos, la comunicación puede ser vista, grabada y compartida por la compañía proveedora del servicio. Para que esto no suceda, se debe escoger una herramienta que permita el cifrado de extremo a extremo (E2EE, *end-to-end encryption*).
- **Bombing.** Un atacante accede a la videoconferencia haciéndose pasar por un participante legítimo, mediante esta técnica pueden espiar las conversaciones y proceder a la extorsión.
- **Ataques de denegación de servicio (DoS).** Estos ataques sobrecargan las plataformas de videoconferencia haciendo imposible utilizar sus servicios.

29 Centro Criptológico Nacional, *Recomendaciones de Seguridad para situaciones de teletrabajo y refuerzo en vigilancia*, CCN-CERT BP/18, Mayo 2020.

30 Instituto Nacional de Ciberseguridad, *Videollamadas: riesgos asociados a su uso y recomendaciones de seguridad*, 2020. Consultado en <https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/videollamadas-riesgos-asociados-su-uso-y-recomendaciones-seguridad>

- **Acceso a salas sin control de seguridad.** Hay que establecer el acceso a las salas de videoconferencia de forma segura, empleando contraseñas o enlaces de invitación seguros en las salas de espera de video.
- **Aplicaciones no actualizadas frecuentemente.** No actualizar la plataforma de videoconferencia puede provocar vulnerabilidades graves que podrían permitir a un ciberdelincuente tomar el control de un equipo y la información que gestiona.
- **Descargas de las aplicaciones de videoconferencia desde páginas no seguras.** Es de vital importancia asegurarse de descargar la aplicación de videollamada desde su web oficial, verificando que el sitio es seguro, mediante los certificados *https* y los sellos de confianza que pueda tener.
- **Contraseñas poco seguras.** Es importante tomarse en serio la importancia de una contraseña segura (compuesta por letras, números, símbolos, mayúsculas y minúsculas y que no forme palabras de diccionarios), ya que de esta forma podemos evitar suplantaciones de identidad. Además, aún mejor si la plataforma ofrece más mecanismos de autenticación, como la verificación en 2 pasos.”

Y, según INCIBE<sup>31</sup>, las principales recomendaciones a adoptar con la finalidad de evitar el riesgo de sufrir un incidente de ciberseguridad son:

- Utilizar un plan empresarial en lugar de uno básico.
- Activar la sala de espera y bloquear la reunión.
- Requerir contraseña para acceder a la reunión.
- Vigilar a quién se envía la convocatoria.
- Vídeo y micrófono apagados por defecto.
- Software actualizado y descargado desde de la web oficial.
- Cifrado de las comunicaciones.

Además, el uso de aplicaciones para videoconferencias y reuniones virtuales pueda dar lugar a un tratamiento de datos personales, en concreto, la necesidad de registrarse mediante nombre de usuario y contraseña para poder unirse a la sesión, así como el tratamiento de su imagen y/o voz en caso de que la sesión sea grabada. Este tratamiento, cuando se produzca, tendrá que cumplir con los requisitos establecidos en la normativa sobre protección de datos, en particular el RGPD y la LOPDGDD.

.....

31 Instituto Nacional de Ciberseguridad, *Aplica estos consejos y protege tus videollamadas*, 2020. Consultado en <https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/aplica-estos-consejos-y-protege-tus-videollamadas>

## 5. MEDIDAS DE CIBERSEGURIDAD

La regulación actual en España sobre la seguridad de la información, en particular cuando se trata de datos personales, difiere para los sectores público y privado. Mientras que en el primer caso es aplicable el ENS, en el segundo, actualmente, el RGPD prevé que “el responsable y el encargado del tratamiento aplicarán medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo” (art. 32.1).

Es decir, las medidas de seguridad de la información o ciberseguridad que adopte e implemente la organización dependerán del riesgo existente, debiendo tenerse en cuenta las amenazas y el impacto que estas podrían tener para los activos de información en caso de materializarse.

Algunas medidas de ciberseguridad relevantes son las relativas a la red privada virtual y la adopción de una política específica para situaciones de movilidad.

### 5.1. Red privada virtual

Si atendemos a la definición dada por INCIBE, una red privada virtual (en inglés *Virtual Private Network*, VPN) es “una tecnología de red que permite una extensión segura de una red local (LAN) sobre una red pública o no controlada como Internet.

Al establecerlas, la integridad de los datos y la confidencialidad se protegen mediante la autenticación y el cifrado.

Se trata realmente de una conexión virtual punto a punto entre dos redes LAN usando para la conexión una red pública como es Internet y consiguiendo que esta conexión sea segura gracias al cifrado de la comunicación”.

Es decir, la VPN, como medida de ciberseguridad, permite a la persona que está fuera de las instalaciones de la organización poder conectarse desde un dispositivo (portátil, *tablet*, etc.) al servidor de aquella de manera que toda la información que se intercambia viaja cifrada y, por tanto, queda protegida frente a terceros no autorizados que intenten interceptar la comunicación y acceder a su contenido.

Por tanto, una VPN es una herramienta que “además de permitir una comunicación directa entre el lugar de teletrabajo y la empresa, ofrecen una alta seguridad al construir un túnel seguro a través de internet por donde viajan los datos”<sup>32</sup>.

.....

32 Junta de Andalucía, *Guía de recomendaciones y buenas prácticas para el impulso del teletrabajo*, Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, 2010.

## 5.2. Necesidad de una política para situaciones de movilidad

Esta política formaría parte, en su caso, de la política de protección de datos y seguridad de la información, que es o son las políticas corporativas aplicables con la finalidad de proteger los activos de información.

En el caso del tratamiento de datos personales, el artículo 24.2 del RGPD indica que el responsable del tratamiento, cuando resulte adecuado para la organización, adoptará una política de protección de datos. Esta política tiene por objeto, entre otros, establecer las directrices o instrucciones que deberán seguir quienes tratan datos personales en la organización, siendo compatible con cualesquiera otras políticas o procedimientos en materia de seguridad de la información, tanto si la información son datos personales o no. Es decir, se trata de proteger de manera adecuada los activos de información de la organización, debiendo entenderse y aplicarse en un sentido amplio de manera que quedarían incluidos en dicho concepto tanto datos personales como cualquier otra información de la organización.

En relación con la política específica para situaciones de movilidad en el caso del tratamiento de datos personales, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), en sus Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo<sup>33</sup>, indica que tendrá que contemplar “las necesidades concretas y los riesgos particulares introducidos por el acceso a los recursos corporativos desde espacios que no están bajo el control de la organización”. Es decir, es esencial prestar atención a que la persona usuaria podría acceder a través de conexiones no seguras, utilizar dispositivos que no han sido aprobados o acceder a más recursos de los necesarios para el desempeño de sus funciones.

De igual manera, la política de seguridad de la información o política de ciberseguridad, dependiendo del nombre que le dé cada organización y de su alcance, tiene por objeto proporcionar a quienes tratan la información las directrices e instrucciones a seguir para proteger la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información, además de otros factores a tener en cuenta cuando se trate de las Administraciones Públicas, conforme al ENS.

En cualquier caso, las Recomendaciones de la AEPD, aunque están centradas en el tratamiento de datos personales, podrían aplicarse en cualquier otro ámbito, es decir, aunque se trate de cualquier otro activo de información de la organización, ya que se trata de lograr la seguridad de la información. Y ateniendo a estas Recomendaciones, en situaciones de movilidad o trabajo a distancia habría que considerar las siguientes cuestiones:

.....

33 Agencia Española de Protección de Datos, *Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo*, 2020. Consultadas en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-04/nota-tecnica-protoger-datos-teletrabajo.pdf>

1. Formas de acceso remoto. De manera que, por ejemplo, el acceso remoto solo esté permitido a través de una red privada virtual (VPN por las siglas en inglés de *Virtual Private Network*).
2. Dispositivos válidos. Lo que podría dar lugar a que solo se puedan utilizar dispositivos corporativos, de manera que estaría prohibido el uso de dispositivos personales o el uso de dispositivos corporativos con fines personales. Además, estos dispositivos corporativos podrían tener instalado un DLP (siglas en inglés de *Data Loss Prevention*), que es una herramienta que permite prevenir pérdidas o fugas de información de manera que, por ejemplo, no es posible el envío fuera de la organización de correos electrónicos que contengan información que haya sido clasificada como confidencial.
3. Nivel de acceso. Debe tenerse en cuenta que un acceso desde espacios o ubicaciones no controladas por la organización, como podrían ser tanto el domicilio de la persona trabajadora como cualquier otro lugar en el que pueda estar trabajando, puede suponer un riesgo cuando se accede y trata o procesa la información ya que puede exponerse a la vista de terceros que no están autorizados. Por ejemplo, en un entorno no controlado sería necesario que bloquee la sesión de usuario cuando la persona se ausenta de su puesto de trabajo, además de no poder dejar desatendido el dispositivo de que se trate con la finalidad de evitar su robo o manipulación por terceras personas.

Junto con lo anterior, es importante también que las personas usuarias estén informadas continuamente sobre las amenazas específicas a las que podrían exponerse al trabajar fuera de las instalaciones de la organización, tales como conexiones inseguras, dejar desatendido el dispositivo, exponer información a la vista de terceros no autorizados para ver la información o la pérdida de información por no hacer copias de seguridad debido a que se guarden en ubicaciones no previstas.

### 5.3. Recomendaciones de diversas autoridades y entidades

El Centro Criptológico Nacional (CCN) fue creado en 2004 con funciones, entre otras, tales como “elaborar y difundir normas, instrucciones, guías y recomendaciones para garantizar la seguridad de los sistemas de las tecnologías de la información y las comunicaciones de la Administración”<sup>34</sup>. En mayo de 2020, el CCN actualizó sus recomendaciones de seguridad para situaciones de teletrabajo y refuerzo en vigilancia<sup>35</sup>.

34 Artículo 2.2.a) del Real Decreto 421/2004, de 12 de marzo, por el que se regula el Centro Criptológico Nacional <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-5051>

35 Centro Criptológico Nacional, *Recomendaciones de seguridad para situaciones de teletrabajo y refuerzo en vigilancia*, CCN-CERT BP/18, Mayo 2020 <https://www.ccn-cert.cni.es/informes/informes-de-buenas-practicas-bp/4688-ccn-cert-bp-18-recomendaciones-de-seguridad-para-situaciones-de-teletrabajo-y-refuerzo-en-vigi->

En estas recomendaciones se incluye también una tabla resumen de comprobación con acciones relativas a los usuarios, al acceso remoto, al correo electrónico, a la videoconferencia, a la detección y vigilancia, así como otras acciones.

También en materia de ciberseguridad en el teletrabajo, INCIBE publicó una guía dirigida a empresas<sup>36</sup>. Además de ofrecer información y recomendaciones sobre varias medidas de seguridad, tales como los métodos de acceso remoto, la seguridad del software cliente de acceso o las principales amenazas para los terminales de teletrabajo, INCIBE incluye los principales elementos que deberían estar definidos en una política de teletrabajo y que son:

1. Relación de usuarios que disponen de la opción de trabajar en remoto;
2. Procedimientos para solicitud y autorización del teletrabajo;
3. Aplicaciones y recursos a los que tiene acceso cada usuario;
4. Mecanismos de acceso seguro mediante contraseña;
5. Configuración que deberán tener los dispositivos desde los que se establezcan las conexiones remotas;
6. Procedimiento y tecnología para cifrar los soportes de información;
7. Definición de la política de almacenamiento en los equipos de trabajo, así como de almacenamiento en la red corporativa;
8. Procedimiento y planificación de las copias de seguridad periódicas de todos los soportes;
9. Uso de conexiones seguras a través de una red privada virtual;
10. Virtualización de entornos de trabajo;
11. Utilización de aplicaciones de administración remota cuando se utilicen dispositivos móviles, y
12. Formar a los empleados.

Cuando se tratan datos personales, como ya se ha indicado, la Unidad de Evaluación y Estudios Tecnológicos de la AEPD publicó una nota técnica con recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo<sup>37</sup>. Estas recomendaciones se dirigen, respectivamente, a responsables del tratamiento y al personal que participa en operaciones de tratamiento.

En el caso de los responsables del tratamiento, que es quien solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento<sup>38</sup>, las Recomendaciones de la AEPD se refieren a:



lancia/file.html.

36 Instituto Nacional de Ciberseguridad, *Ciberseguridad en el teletrabajo: una guía de aproximación para el empresario*, Julio de 2020 [https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/ciberseguridad\\_en\\_el\\_teletrabajo.pdf](https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/ciberseguridad_en_el_teletrabajo.pdf).

37 *Cit.*

38 El responsable del tratamiento o responsable es definido como “la persona física o jurídica, autoridad pública,

1. Definir una política de protección de la información para situaciones de movilidad;
2. Elegir soluciones y prestadores de servicio confiables y con garantías;
3. Restringir el acceso a la información;
4. Configurar periódicamente los equipos y dispositivos utilizados en las situaciones de movilidad;
5. Monitorizar los accesos realizados a la red corporativa desde el exterior, y
6. Gestionar racionalmente la protección de datos y la seguridad.

Y las recomendaciones para el personal que participa en las operaciones de tratamiento<sup>39</sup> son:

1. Respetar la política de protección de la información en situaciones de movilidad definida por el responsable;
2. Proteger el dispositivo utilizado en movilidad y el acceso al mismo;
3. Garantizar la protección de la información que se está manejando;
4. Guardar la información en los espacios de red habilitados, y
5. Si hay sospecha de que la información ha podido verse comprometida comunicar con carácter inmediato la brecha de seguridad.

## 6. PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE CIBERSEGURIDAD

La seguridad de la información, especialmente en situaciones de movilidad y trabajo a distancia, requiere también de **procedimientos ágiles y efectivos para evitar riesgos** y, en caso de materializarse una amenaza, poder responder de manera inmediata.

Un ejemplo de lo anterior podría ser el hecho de que, en situaciones de movilidad o trabajo a distancia, se produjera un acceso no autorizado a datos personales como consecuencia de un ataque de *phishing* en el que el ciberdelincuente consiga que la víctima



servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros” (art. 4.7 del RGPD).

39 El tratamiento es definido como “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción” (art. 4.2 del RGPD).

descargue software malicioso que le permita dicho acceso. En este caso, que implicaría una violación de la seguridad de los datos personales y “a menos que sea improbable que dicha violación de la seguridad constituya un riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas” (art. 33.1 del RGPD), habría que cumplir con la obligación de notificarla a la autoridad competente en materia de protección de datos.

Y lo anterior al margen de que los operadores de servicios esenciales y los proveedores de servicios digitales, en los términos previstos en el Real Decreto–ley 12/2018<sup>40</sup>, estén también obligados a notificar los incidentes o ciberincidentes a las autoridades competentes<sup>41</sup>. Por incidentes, según la definición dada en el citado Real Decreto–ley 12/2018, se entiende un “suceso inesperado o no deseado con consecuencias en detrimento de la seguridad de las redes y sistemas de información” (art. 3.h).

También sería necesario revisar otros procedimientos ya establecidos en las organizaciones, dado que, por ejemplo, cuando se tratan datos personales, si se almacenasen en la nube o en los dispositivos de las personas que trabajan a distancia, será necesario tenerlo en consideración si el interesado ejerce su derecho de acceso u otros derechos en protección de datos, tales como los de rectificación, supresión o portabilidad. Esto implica que el procedimiento de gestión de solicitudes de ejercicio de derechos que hubiera sido adoptado e implementado por la organización tenga que ser revisado para asegurarse de que contempla todos los tratamientos.

Estos procedimientos, sobre los que se basan las políticas, ya sean la de ciberseguridad o la protección de datos, sirven también para asegurar que los controles sean efectivos. De otra manera, las medidas de seguridad técnicas y organizativas podrían ser insuficientes o no efectivas. Y también es necesario que los usuarios, en particular aquellos que trabajen a distancia, sean informados y los conozcan para garantizar así que si fuera necesario saber cómo actuar.

## 7. FORMACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

Los riesgos que pueden existir en el caso del teletrabajo implican que la aplicación de medidas de seguridad técnicas y organizativas por cualquier organización, pública o

40 Real Decreto–ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 218, de 8 de septiembre de 2018.

41 En relación con la obligación de notificación de incidentes, puede verse la Guía Nacional de Notificación y Gestión de Ciberincidentes, aprobada por el Consejo Nacional de Ciberseguridad el 9 de enero de 2019. Consultada en <http://www.interior.gob.es/documents/10180/9771228/Gu%C3%ADa+Nacional+de+Notificaci%C3%B3n+y+Gesti%C3%B3n+de+Ciberincidentes.pdf>

privada, tenga que complementarse con la formación de las personas trabajadoras. Podría ser considerada también como una medida de seguridad.

Se trataría tanto de formar a las personas trabajadoras sobre las amenazas existentes, con la finalidad de que las conozcan y entiendan, así como que cumplan con las políticas y procedimientos aplicables<sup>42</sup>; como de ofrecer información sobre estas. En este sentido, medidas tales como sesiones específicas de formación, formación para las personas trabajadoras que se incorporan al puesto de trabajo o incluso que van a teletrabajar, así como la inclusión o distribución de contenidos en materia de ciberseguridad que les recuerden o alerten sobre amenazas.

Esta formación es también necesaria para que las personas trabajadoras comprendan las instrucciones que, en materia de ciberseguridad, les dé la organización para la que trabajan. Además, una formación adecuada es esencial como medida de seguridad, ya que sirve para que la persona pueda identificar y actuar ante amenazas ante las que puedan quedar expuestas.

Al respecto, si por ejemplo la persona no sabe identificar un ataque de *phishing* o alguna otra técnica de ingeniería social, tales como el *vishing* y el *smishing*, ya mencionadas, podría estar dando información confidencial o llevando a cabo un acción que ayude al ciberdelincuente a lograr su objetivo.

También los contenidos que, sobre estas cuestiones, puedan proporcionar diferentes entidades, como hace INCIBE<sup>43</sup> entre otras, son importantes para evitar riesgos y saber responder ante amenazas o ciberamenazas. Estos riesgos y amenazas son continuos y, además, cambiantes de manera que la formación e información deben ser también continuas.

Por último, la formación para personas en situación de movilidad o trabajo a distancia es también importante para evitar riesgos de incumplimiento, ya sea de las políticas adoptadas por la organización como de la normativa que, en su caso, le sea aplicable.

## 8. INSTRUCCIONES DE LA EMPRESA EN MATERIA DE CIBERSEGURIDAD

**E**n materia de ciberseguridad, el Real Decreto-ley 28/2020 indica que “las personas trabajadoras deberán cumplir con las instrucciones de seguridad de la información específicamente fijadas por la empresa”.

42 Instituto Nacional de Ciberseguridad, *Políticas de seguridad para la pyme: concienciación y formación*.

43 Instituto Nacional de Ciberseguridad, *Guía de ciberataques. Todo lo que deber saber a nivel usuario*, 2020.

A falta de algún criterio específico al respecto, cabría considerar que el empresario puede dar estas instrucciones a través de diferentes instrumentos que, en su caso, podrían estar también interrelacionados entre sí.

Desde cláusulas contractuales hasta políticas de ciberseguridad podrían ser medidas adecuadas para dar estas instrucciones que las personas que trabajan en situaciones de movilidad o a distancia. En concreto, cabría considerar:

- Cláusulas contractuales: En virtud de las que las personas trabajadoras se obliguen a cumplir con las medidas de seguridad de la información o ciberseguridad aplicables.
- Política de seguridad de la información o ciberseguridad: Que sea aplicable y, además, efectiva, en el sentido de que incluya consecuencias para quien incumple con la misma, que podrían materializarse en sanciones.
- Políticas específicas: Que complementen la política de seguridad de la información o ciberseguridad y que podrían incluir también consecuencias para las personas trabajadoras en caso de incumplimiento.
- Procedimientos específicos: Con los que sea necesario cumplir en situaciones de trabajo en movilidad o a distancia y que incluyen controles de seguridad que desarrollan la política de seguridad de la información o ciberseguridad.

Por último, en el sector público, estas instrucciones serán las derivadas de los deberes y responsabilidades que estén incluidos en la correspondiente política de seguridad. Es decir, toda persona usuaria queda sujeta al cumplimiento de las responsabilidades que les sean exigibles en materia de seguridad de la información.

## 9. TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

Las medidas que sea adopten en materia de ciberseguridad para proteger los activos de información puede implicar un tratamiento de datos personales, debiendo considerar que puede ser tanto de las personas trabajadoras como de quienes intentan llevar a cabo un ataque contra una organización.

La aplicación de medidas técnicas y organizativas puede dar lugar a que se produzca incluso un tratamiento de datos personales que no ocurriría en otros ámbitos. Debe tenerse en consideración que **el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones**

**(TIC) implica, en casi todas las ocasiones, que se produzca un tratamiento de datos personales que, además, puede ser desconocido para la persona o personas de quienes se tratan.**

El Grupo de Trabajo del artículo 29 (GT29), actualmente integrado en el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD), manifestó al respecto, y entre otras cuestiones, que “los avances tecnológicos que han permitido formas de control más nuevas, potencialmente más intrusivas y generalizadas. Estos avances incluyen, entre otros:

- herramientas de prevención de pérdida de datos (DLP), que controlan las comunicaciones salientes con el fin de detectar posibles violaciones de la seguridad de los datos;
- cortafuegos de próxima generación (NGFW) y sistemas de gestión unificada de amenazas (UTM), que pueden proporcionar una variedad de tecnologías de control, entre ellas la inspección profunda de paquetes, interceptación TLS, filtrado de sitios web, filtrado de contenido, informes sobre dispositivos, información de identidad de usuario y (como se describió anteriormente) prevención de pérdida de datos. Estas tecnologías también pueden utilizarse individualmente, dependiendo del empresario;
- aplicaciones y medidas de seguridad que impliquen registrar el acceso de los trabajadores a los sistemas del empresario”<sup>44</sup>.

Esto implica que puedan tratarse datos personales de las personas trabajadoras, en particular cuando están trabajando en situaciones de movilidad o a distancia, que deberán ser informadas de dicho tratamiento para evitar así una infracción de la normativa aplicable sobre protección de datos.

Como tratamiento de datos personales y dadas sus implicaciones, el GT29 indica que, en el caso de las personas trabajadoras, se “deben aplicar y comunicar políticas de uso aceptables, junto con políticas de privacidad, que indiquen el uso permisible de la red y los equipos de la organización, y que detallen de manera rigurosa el tratamiento que se está llevando a cabo.”<sup>45</sup> Y señala también que “[e]n algunos países, la formulación de una política de este tipo requeriría legalmente la aprobación de un comité de empresa o una representación similar de los trabajadores”<sup>46</sup>, ya que “su principal interés será sobre todo la seguridad y no la expectativa legítima de privacidad de los trabajadores”<sup>47</sup>. En cualquier

44 Grupo de Trabajo del artículo 29, Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, WP 249, adoptado el 8 de junio de 2017.

45 *Cit.*

46 *Cit.*

47 *Cit.*

caso, tanto si es necesaria o no la participación del comité de empresa o de una representación de similar de los trabajadores, el GT29 recomienda que siempre “una muestra representativa de trabajadores participe en la evaluación de la necesidad del control, así como en la lógica y accesibilidad de la política”<sup>48</sup>.

Y el GT29 ilustra esta cuestión con una referencia específica al uso de la herramienta de prevención de pérdida de datos (DLP), que podría ser aplicada también de manera específica a dispositivos que sean utilizados en situaciones de movilidad o trabajo a distancia e incluye el ejemplo el siguiente ejemplo:

“Un empresario utiliza una herramienta de prevención de pérdida de datos para controlar automáticamente los correos electrónicos salientes, con el fin de prevenir la transmisión no autorizada de datos protegidos (por ejemplo, datos personales del cliente), independientemente de si dicha acción es involuntaria o no. Cuando se considera que un correo electrónico es fuente potencial de una violación de la confidencialidad de los datos, se realiza una investigación adicional.

Una vez más, el empresario se basa en la necesidad para su interés legítimo de proteger los datos personales de los clientes, así como sus activos contra el acceso no autorizado o la fuga de datos. Sin embargo, dicha herramienta DLP puede implicar un tratamiento de datos personales innecesario, por ejemplo, una alerta de «falso positivo» puede dar lugar a un acceso no autorizado a correos electrónicos legítimos enviados por los trabajadores (que pueden ser, por ejemplo, correos electrónicos personales).

Por tanto, la necesidad de la herramienta DLP y su utilización deben estar plenamente justificadas para lograr el equilibrio adecuado entre sus intereses legítimos y el derecho fundamental a la protección de los datos personales de los trabajadores. Para que se puedan invocar los intereses legítimos del empresario, deben adoptarse determinadas medidas para mitigar los riesgos. Por ejemplo, las reglas que el sistema sigue para definir un correo electrónico como posible violación de la confidencialidad de los datos deben ser completamente transparentes para los usuarios y, en el caso de que la herramienta reconozca un correo electrónico que se va a enviar como posible violación de datos, un mensaje de advertencia debe informar al remitente del correo electrónico antes de su transmisión, a fin de ofrecerle la opción de cancelar dicha transmisión”<sup>49</sup>.

.....

48 *Cit.*

49 *Cit.*

Este tratamiento de datos personales tiene que ser, por tanto, lícito. Esto implica, en particular, que el tratamiento de los datos personales tenga que ser transparente; contar con una base de legitimación, que en este caso sería el interés legítimo, y cumplir con los principios aplicables.

Por último, habría que tener también en cuenta que algunas medidas de seguridad pueden dar lugar también a que se traten datos personales de quienes, por ejemplo, intentan atacar la página o sitio web de una organización. Es una cuestión sobre la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó en su sentencia de 19 de octubre de 2016, en el asunto C-582/14, que el tratamiento de direcciones IP dinámicas por el gestor de un sitio de Internet puede llevarse a cabo sobre la base de su interés legítimo para defenderse de ciberataques<sup>50</sup>.

## 10. CONCLUSIONES

Las principales conclusiones que se derivan de lo expuesto anteriormente son las que se exponen a continuación.

La primera es que el trabajo en movilidad y a distancia (teletrabajo) pueden ser una oportunidad para las organizaciones y las personas trabajadoras, como ha puesto de manifiesto la situación generada por la pandemia por COVID-19. Pero trabajar fuera de las instalaciones de la organización, cuando sea posible, requiere tener en cuenta el riesgo para los activos de la información, ya que tanto estos como las personas trabajadoras están expuestos a múltiples amenazas o ciberamenazas. Esto da lugar a la necesidad de adoptar e implementar medidas de seguridad de la información o ciberseguridad con la finalidad de reducir el riesgo hasta niveles controlables.

La segunda es que las organizaciones tienen que adoptar, en particular, medidas tales como el uso de redes privadas virtuales (VPN) o políticas de seguridad de la información o seguridad que contemplen las situaciones de trabajo en movilidad y a distancia, que protejan la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los activos de información. Además, las personas trabajadoras tienen que cumplir con las instrucciones dadas por la organización en materia de ciberseguridad, que pueden incluirse, por ejemplo, en cláusulas contractuales, políticas o procedimientos.

Y la tercera es que la aplicación de medidas de seguridad de la información o ciberseguridad puede dar lugar a un tratamiento de datos personales. La organización tendrá

.....

50 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 19 de octubre de 2016.

que adoptar, por tanto, medidas para cumplir con la normativa aplicable en protección de datos, asegurando así que el tratamiento sea lícito y legítimo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo, Madrid, 2020.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS e ISMS Forum, *Guía para la gestión y notificación de brechas de seguridad*, Madrid, 2019.

ALMENAR PINEDA, F., *El delito de hacking*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

ARANZADI, *Guía práctica de Ciberseguridad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

CENTRO CRIPTOLÓGICO NACIONAL, *Recomendaciones de seguridad para situaciones de teletrabajo y refuerzo en vigilancia*, CCN-CERT BP/18, Madrid, 2020.

CONSEJO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD, *Guía nacional de notificación y gestión de ciberincidentes*, Madrid, 2019.

GARCÍA RAMBLA, J. L. y ALONSO CEBRIÁN, J. M., *Esquema Nacional de Seguridad con Microsoft*, Microsoft, 2009.

INSTITUTO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD, *Guía de ciberataques. Todo lo que tienes que saber a nivel usuario*, 2020.

MERCADER UGUINA, J. R., *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, 3ª edic., Madrid, 2019.

– *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

PIÑAR MAÑAS, J. L., *Memento Protección de Datos*, Lefebvre, 1ª edic., Madrid, 2019.

PIÑAR MAÑAS, J.L. (Director), ÁLVAREZ CARO, M. y RECIO GAYO, M. (Coords.), *Reglamento General de Protección de Datos, Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016.

RECIO GAYO, M., *Kit de herramientas para el delegado de protección de datos*, Lefebvre, 1ª edic., Madrid, 2020.

SAGARDOY DE SIMÓN, I., *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales*, Lefebvre, 1ª edic., Madrid, 2020.

VELASCO NÚÑEZ, E., *Delitos cometidos a través de Internet, Cuestiones Procesales, La Ley*, Madrid, 2012.

# INSTRUCCIONES DE PUBLICACIÓN

## PROCESO DE EVALUACIÓN POR PARES

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

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

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

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

## **POLÍTICA DE ACCESO ABIERTO**

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

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

## CONTROL DE PLAGIO

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

## INDEXACIÓN

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

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

## DECLARACIÓN ÉTICA Y BUENAS PRÁCTICAS

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

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

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

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

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

## ENVÍOS

**P**ara poder enviar artículos como autor se deberá, bien hacer un envío a través de la web de la Revista, o bien escribir un correo electrónico a la dirección [revista@centrosagardoy.com](mailto:revista@centrosagardoy.com) indicando el título de la Revista en el Asunto.

## INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES/AS

### Cuestiones Generales para la Publicación

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

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

Se deben entregar en soporte informático PC Word, RTF o Wordperfect a las direcciones electrónicas de la Revista ([revista@centrosagardoy.com](mailto:revista@centrosagardoy.com)) o a través de la web de la Revista ([www.revistaderechosocialyempresa.com](http://www.revistaderechosocialyempresa.com)). Para facilitar el anonimato en el informe externo, se deberá incluir:

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

### Normas de edición e Instrucciones de Publicación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **Normas para las reseñas bibliográficas**

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

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

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

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

## **Proceso de evaluación y revisión por pares**

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

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

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

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

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

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

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

## **Lista de comprobación de preparación de envíos**

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

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

## NOTA DE COPYRIGHT

**L**a **Revista Derecho Social y Empresa** es una Revista del Centro de Estudios Sagardoy, perteneciente al Despacho Sagardoy Abogados.

Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento–Sin obras derivadas 3.0 *España* de Creative Commons. Permite Atribución–NoComercial–SinDerivadas 3.0 España.

La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

## DECLARACIÓN DE PRIVACIDAD

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

# **PUBLISHING INSTRUCTIONS**

## PEER REVIEWING PROCESS

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

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

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

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

## OPEN ACCESS POLICY

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

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

## PLAGIARISM CONTROL

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

## INDEXING

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

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

## ETHICAL STATEMENT AND GOOD PRACTICES

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

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

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

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

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

## CONSIGNMENT

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

## INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

### General issues for publishing

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

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

Only PC Word, RTF or Wordperfect formats will be accepted in the Magazine e-mail ([revista@centrosagardoy.com](mailto:revista@centrosagardoy.com)) or through the Magazine's webpage ([www.revistaderechosocialyempresa.com](http://www.revistaderechosocialyempresa.com)). To ease the anonymity in the external report, there shall have included:

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

### Edition rules and Publication Instructions

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **Bibliographic reviewing rules**

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

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

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

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

### **Process of evaluation and reviewing in pairs**

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

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

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

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

The report sent by the copy editors includes:

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

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

### **Check list of consignment preparation**

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

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

## COPYRIGHT NOTE

**T**he **Revista Derecho Social y Empresa** is a magazine from “Centro de Estudios Sagardoy”, belonging to “Despacho Sagardoy Abogados”.

Published articles in this magazine are –if not indicated contrary– under the recognition license –without any work derivation– Spain from Creative Commons. Allows Responsibility–NonCommercial–WhithoutDerivation 3.0 Spain.

Complete license can be seen in: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

## PRIVACY STATEMENT

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



