



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS HUMANOS

CURSO ACADÉMICO 2018/2019

CONVOCATORIA DE JUNIO 2019

TÍTULO: Los retos del Derecho del Trabajo en la Era Digital

APELLIDOS/NOMBRE ESTUDIANTE:

RUIZ CHACÓN, MARÍA JESÚS

APELLIDOS/NOMBRE TUTOR:

ARETA MARTINEZ, MARÍA

Fecha: 30 de mayo de 2019

AESST	Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo
AN.....	Audiencia Nacional
Art(s).....	Artículo(s)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCo.....	Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
CCOO.....	Comisiones Obreras
CDFUE.....	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH.....	Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales)
CIE.....	Clasificación Internacional de Enfermedades
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
DOUE.....	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH.....	Declaración Universal de Derechos Humanos
EBEP.....	Estatuto Básico del Empleado Público
EM	Exposición de motivos
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
FJ	Fundamento Jurídico
ICD	International Classification of Diseases
IBM.....	Inventario de Burnout de Maslach
Íd.....	<i>Ídem</i>
INE.....	Instituto Nacional de Estadística
INSHT.....	Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LECRIM.....	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LETA	Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo
LGSS.....	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
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LOIEMH	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
LOLS.....	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPDPGDD.....	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantías de los Derechos Digitales

LORTAD.....	Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal
LPRL.....	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales
NTP.....	Nota Técnica de Prevención
Núm.	Número
Ob. Cit.....	Obra citada
OIT.....	Organización Internacional del Trabajo
OMS.....	Organización Mundial de la Salud
ONCE.....	Organización Nacional de Ciegos
PDeCAt.....	Partido Demócrata Europeo Catalán
PSOE.....	Partido Socialista Obrero Español
PYME.....	Pequeña y Mediana Empresa
S(S)AN.....	Sentencia(s) de la Audiencia Nacional
S(S)TC.....	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
S(S)TJUE.....	Sentencia(s) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
S(S)TS.....	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
S(S)TSJ.....	Sentencia (s) del Tribunal Superior de Justicia
TC.....	Tribunal Constitucional
TEDH.....	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFG.....	Trabajo Fin de Grado
TFUE.....	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE.....	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRADE.....	Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente
TS.....	Tribunal Supremo
TSJ.....	Tribunal Superior de Justicia
UE.....	Unión Europea
UGT.....	Unión General de Trabajadores
Vid.....	Véase
VTC.....	Vehículo de Transporte con Conductor o Vehículo de Turismo con Conductor

I. INTRODUCCIÓN	6
II. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA ERA DIGITAL	8
1. LA FRONTERA ENTRE TIEMPO DE TRABAJO Y TIEMPO DE DESCANSO.....	8
1.1. Introducción.....	8
1.2. Garantizar al trabajador el descanso necesario a través de la ordenación de un tiempo mínimo de descanso.....	10
1.3. Garantizar al trabajador el descanso necesario a través de la ordenación del tiempo máximo de trabajo.....	12
1.4. El derecho laboral a la desconexión digital como medida dirigida a garantizar al trabajador el descanso necesario en la “Era Digital”.....	14
1.4.1. Introducción.....	14
1.4.2. El significado y alcance del derecho laboral a la desconexión digital.....	17
1.4.3. El derecho laboral a la desconexión digital: un análisis desde el Derecho comparado.....	20
A. Introducción.....	20
B. La regulación del derecho a la desconexión digital en Francia.....	21
C. La regulación del derecho a la desconexión digital en Italia.....	25
D. Semejanzas y diferencias entre el modelo francés y el modelo italiano.....	26
2. LAS TIC COMO INSTIGADORAS DE RIESGOS LABORALES (EMERGENTES) PARA LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES.....	27
2.1. Los riesgos psicosociales.....	27
2.2. Los desórdenes de la salud ya conocidos susceptibles de agravarse por la acción de las TIC.....	29
2.2.1. El estrés laboral (eustrés y distrés).....	29
2.2.2. El síndrome burnout (desgaste profesional).....	31
2.2.3. La adicción al trabajo.....	33
2.3. Las alteraciones de la salud directamente relacionadas con el uso de las TIC. Las tecnopatologías: el tecnoestrés.....	34
2.3.1. Introducción.....	34
2.3.2. La tecnoansiedad y la tecnofobia.....	35
2.3.3. La tecnofatiga.....	35
2.3.4. La tecnoadicción.....	36
III. LA INCIDENCIA DE LAS TIC EN EL EJERCICIO DEL PODER DE VIGILANCIA Y CONTROL DEL EMPRESARIO	37
1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS TIC EN EL CONTEXTO LABORAL.....	37
1.1. Introducción.....	37
1.2. El derecho a la privacidad.....	38
1.3. La libertad de expresión y el derecho a la información.....	40
2. REDEFINICIÓN DE LOS LÍMITES DEL PODER DE FISCALIZACIÓN DEL EMPRESARIO.....	41

IV. LA ECONOMÍA COLABORATIVA POR MEDIO DE PLATAFORMAS DIGITALES	45
1. DEFINICIONES	46
2. MODALIDADES DE ECONOMÍA COLABORATIVA	47
3. EFECTOS FAVORABLES Y EFECTOS ADVERSOS. SOSTENIBILIDAD Y HUIDA DEL DERECHO DEL TRABAJO.....	48
4. HACIA UN MARCO NORMATIVO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA.....	51
V. CONCLUSIONES	53
VI. ANEXOS.....	57
1. DISPOSICIONES NORMATIVAS	57
2. BIBLIOGRAFÍA	58
3. SENTENCIAS	63
4. TABLAS	75

I. INTRODUCCIÓN

Las leyes no se adoptan como algo apriorístico, sino en conexión con el devenir histórico de los hechos de la materia positivada, y en consecuencia, se conciben a la zaga de la realidad social que regulan. Por consiguiente, lo habitual suele ser que se produzca en la realidad de los hechos un suceso que precise un marco jurídico, y que posteriormente el legislador positive dicho suceso. Esto es exactamente lo que está sucediendo con la incorporación de las TIC en todos los ámbitos de la vida de las personas.

El orden penal ha acometido en la última década las modificaciones oportunas para dar cabida a los denominados *delitos informáticos* o *ciberdelitos*, así como a los procedimientos legales dirigidos a su prevención o descubrimiento¹. En el ámbito mercantil no es desconocido que una parte importante del volumen total de las transacciones que se realizan en el mercado a nivel mundial tienen lugar por medios digitales²; tampoco se ignora que la tecnología se ha convertido en un elemento fundamental para el marketing de las empresas³, al permitir ampliar lo que se conoce como “mercado relevante” e incrementar los clientes potenciales; ni que los avances de la Era Digital han propiciado el surgimiento de establecimientos mercantiles que no disponen de un local abierto al público donde el empresario desarrolle su actividad mercantil, sino que esta se efectúa a través de Internet, surgiendo las denominadas *plataformas digitales*. Por su parte, las Administraciones Públicas también se están adaptando a las herramientas telemáticas, utilizándolas para realizar trámites administrativos, bastando como muestra de ello el art. 13 y concordantes de la LGSS, atinentes a las notificaciones administrativas por vía electrónica y a la tramitación de las altas y bajas de los trabajadores en la Seguridad Social a través de Internet.

El hecho de que los clientes tengan la posibilidad de adquirir sus productos o contratar servicios por medio de sistemas telemáticos implica que al otro lado del terminal hay un trabajador, y por extensión, que la tecnología se ha introducido en el entorno laboral como un instrumento más. Empero, la utilidad de estas herramientas no se agota en su inserción en los procesos productivos, pues también son empleadas con fines fiscalizadores o de control y vigilancia de los trabajadores por parte del empleador⁴.

El presente TFG tiene por objeto analizar los principales retos que presenta la Era Digital en el contexto de las relaciones laborales, algunos de los cuales están comenzando a ser abordados por el legislador, mientras otros aún esperan una respuesta. Los desafíos analizados en las próximas páginas son: 1) la prevención de los riesgos laborales en el entorno digital, 2) los límites al ejercicio

¹ Los delitos informáticos son todos aquellos actos antijurídicos y culpables que se cometen a través de medios electrónicos e informáticos. Se trata de conductas criminales surgidas en la Era Digital, y que precisan un encaje en el Ordenamiento Jurídico, bien a través del establecimiento de nuevas modalidades o subtipos de figuras ya existentes o bien mediante la creación *ex novo* de tipos penales, como los delitos de *child grooming* (art. 183 ter 1 CP) o de *phishing* (art. 248.2 a) del CP). La adaptación del ámbito legal al desarrollo tecnológico se completa con la actualización de las normas procesales, albergando así nuevos sistemas de acometimiento de diligencias judiciales (ver art. 588 bis a. 2 y secciones 2 y 3 del Capítulo V del Título VIII LECRIM).

² En el tercer trimestre del año 2018 el comercio electrónico en España facturó más de 10.000 millones de euros ([CNMC: Nota de prensa](#). Recuperado el 1 de Mayo de 2019. Pág. 1); y en la UE, el porcentaje de facturación en ventas electrónicas ascendió al 17% de la facturación total de empresas con 10 o más trabajadores ([EUROSTAT: E-commerce statistics](#). Recuperado el 1 de Mayo de 2019. Pg. 2).

³ Según los últimos datos publicados por el INE, el 35,29 % de las empresas con menos de 10 empleados y el 51,79 % de las empresas con más de 10 trabajadores, utilizan los medios sociales para promocionar sus productos o servicios. Asimismo, un 79,78 % de las empresas con menos de 10 empleados, y un 99,22 % de las empresas con más de 10, disponen de ordenadores ([INE: Encuesta sobre el uso de TIC y comercio electrónico en las empresas](#). Recuperado el 22 de septiembre de 2018).

⁴ ALEMÁN PÁEZ, F. (2017). El derecho de desconexión digital (1). Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la "Loi Travail N° 2016-1088". *Trabajo y Derecho* (30), 12-33. Pág. 14.

del poder de vigilancia y control empresarial por medio de instrumentos tecnológicos y 3) la economía colaborativa.

Las principales fuentes utilizadas para realizar el estudio han sido las disposiciones normativas y la doctrina científica y de los tribunales. La reciente aprobación y entrada en vigor de la LOPDPGDD ha supuesto un paso muy importante en aspectos tales como el reconocimiento y tutela de los derechos digitales de los trabajadores por cuenta ajena. Sin perjuicio de ello, conviene destacar que la jurisprudencia y la doctrina judicial vienen desarrollando un papel esencial en lo que a la ordenación de esta materia se refiere. De hecho, la doctrina de los tribunales se ha convertido en la hoja de ruta de la incipiente regulación jurídica.

Aun cuando este trabajo se centra en el sistema español de relaciones laborales, ello no impide que, en ciertos aspectos, se tenga en consideración el tratamiento jurídico y jurisprudencial que otros Estados están dispensando a esta materia. Así, por ejemplo, no puede soslayarse el hecho de que Francia haya sido el primer Estado miembro de la UE en reconocer expresamente el derecho de los trabajadores a la desconexión digital. En definitiva, las referencias puntuales al Derecho comparado constituyen una fuente valiosa para el estudio y análisis del tema, si bien, teniendo en cuenta las diferentes realidades jurídicas y fácticas de cada país.

II. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA ERA DIGITAL

1. LA FRONTERA ENTRE TIEMPO DE TRABAJO Y TIEMPO DE DESCANSO

1.1 INTRODUCCIÓN

El descanso forma parte del ciclo vital de todos los seres vivos, que necesitan un periodo de recuperación tras otro de actividad. Los estudios científicos del campo de la Neurociencia ponen de manifiesto que el “descanso no es holgazanería”, y que incluso cuando nuestro cerebro está en reposo continúa activo⁵. Se trata este de un órgano que, aunque ocupa tan solo un 2 % de la masa total del cuerpo humano, consume entre el 10 % y el 20 % de la energía que nuestro organismo produce, gasto que se incrementa en una media de 5 ó 10 puntos porcentuales cuando se desarrolla una actividad que necesita mayor atención, como la lectura o la resolución de un problema⁶. Aun partiendo de la existencia de un adecuado descanso, mantenerse “conectado” (*on line*) de manera ininterrumpida en el tiempo no dedicado al reposo redundará en una merma de las capacidades cognitivas que se manifiesta en un menoscabo de la concentración, de la motivación y, por ende, de la productividad. Si este desgaste físico y mental se prolonga en el tiempo, previsiblemente degenerará en enfermedades y patologías relacionadas con el agotamiento o la fatiga crónica, tales como el síndrome de *burnout* (síndrome del quemado)⁷. De hecho, en la Medicina moderna se ha instaurado el término *tecnopatología* para aglutinar el conjunto de enfermedades crónicas propias del siglo XXI que son inducidas por la tecnología⁸.

Por otro lado, el descanso no solo es necesario para el ser humano desde una perspectiva netamente física y psicológica, sino también desde un punto de vista social. Por ello, el derecho al descanso necesario debe ponerse en relación con otros conceptos como el ocio, la dignidad, la intimidad y el derecho a tomar parte en la “vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten” (art. 27.1 DUDH). A la sazón, el ocio desempeña un papel reseñable en el desarrollo integral de la persona⁹, tanto así que se ha configurado como un derecho básico del ser humano (art. 2.4 Carta Internacional para la Educación del Ocio)¹⁰.

Por lo dicho, no es ocioso ni tampoco casual que la normativa de prevención de riesgos laborales se afane en procurar a los trabajadores un periodo de descanso. Ya a principios del siglo XX, las largas jornadas de trabajo a las que se enfrentaban los empleados se concebían como un

⁵ INMORDINO-YANG, M. H., CHRISTODOULOU, J. A., & SINGH, V. (2012). Rest Is Not Idleness: Implications of the Brain’s Default Mode for Human Development and Education. *Perspectives on Psychological Science* (4), 352-364. Pág. 360.

⁶ RAICHLE, M. E., & GUSNARD, D. A. (2002). Appraising the brain’s energy budget. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* (16), 10237-10239. Pág. 10237.

⁷ [ACHOR, S., & GIELAN, M.](#): *Resilience Is About How You Recharge, Not How You Endure*. Recuperado el 29 de Septiembre de 2018, de Harvard Business Review; y [BARNES, C. M., LANAJ, K., & JOHNSON, R.](#): *Research: Using a Smartphone After 9 pm Leaves Workers Disengaged*. Recuperado el 29 de Septiembre de 2018, de Harvard Business Review.

⁸ EGGER, G., BINNS, A., RÖSSNER, S., & SAGNER, M. (2017). *Medicina del estilo de vida. Hábitos, entorno, prevención y promoción de la salud* (Tercera ed.). Barcelona: Elsevier. Pág. 226.

⁹ LÁZARO, Y., MADARIAGA, A., LAZCANO, I., & DOISTUA, J. (2012). El derecho al ocio: un derecho humano en ocasiones desconocido. *VIII Jornadas Científicas Internacionales de Investigación sobre Discapacidad*, (págs. 1-13). Salamanca. Pág. 2.

¹⁰ La Carta Internacional para la Educación del Ocio fue adoptada en 1970 por la Asociación Mundial del Ocio y la Recreación, WLRA en sus siglas en inglés [*World Leisure and Recreation Association*] o WLO (*World Leisure Organization* [Organización Mundial del Ocio]). Se trata de un organismo no gubernamental y sin ánimo de lucro, que congrega entre sus miembros a personas y organizaciones de todo el mundo. Está reconocido como organismo consultivo del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y su misión es investigar y estudiar las condiciones que permiten mejorar el estilo de vida por medio del ocio.

peligro para la salud. En vista de ello, la OIT adoptó en 1919 el Convenio núm. 1 sobre las horas de trabajo, al que le seguirían otros seis Convenios concordantes, cuyo objeto principal es articular un marco legal mínimo relativo a las horas de trabajo y a las de descanso diario, semanal y anual. El art. 24 de la DUDH otorga al descanso la naturaleza de derecho, y en la misma línea se manifiestan ulteriores acuerdos internacionales, entre otros: 1) el art. 7 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 2) el art. 2 de la Carta Social Europea de 1961. El Derecho de la UE también se pronuncia en este sentido, destacando el art. 31.2 de la CDFUE y la Directiva 2003/88/CE. En el plano nacional, el Derecho interno español eleva a la Carta Magna el reconocimiento de la interrupción de la actividad laboral, así que el art. 40.2 de la CE otorga a los poderes públicos el mandato de garantizar a los trabajadores el descanso necesario.

A excepción de los Convenios de la OIT, el resto de preceptos traídos a colación en el párrafo precedente tienen en común tanto la referencia *ex professo* al derecho al descanso en calidad de elemento autónomo dentro de la prevención de los riesgos laborales, como su tratamiento en términos abstractos, por cuanto no definen qué ha de entenderse por tiempo de descanso ni lo concretan siquiera en sentido negativo, esto es, estableciendo unos límites ciertos al tiempo de trabajo. Esa labor de concreción se ha confiado a otros instrumentos normativos: la UE lo ha hecho a la Directiva y España, a la Ley.

El art. 5.1 de la Directiva 89/391/CEE encomienda al empresario el deber de “garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo”. A estos efectos, el empresario adoptará las medidas oportunas para asegurar esa protección, medidas que deben adaptarse al “cambio de las circunstancias y tender a la mejora de las situaciones existentes” (art. 6.1, párrafo 2º Directiva 89/391/CEE). En términos similares se expresa el art. 14.1, párrafos 1º y 2º, de la LPRL, que proclama como un derecho del trabajador esa correlativa obligación del empresario de protegerlo frente a los riesgos laborales. De los citados preceptos se infiere que el papel del empresario en la protección de los trabajadores frente a los riesgos profesionales es activo¹¹, y que los compromisos que tiene en materia de prevención de riesgos laborales son de resultado, no de mera actividad¹².

Como ya se ha dicho *supra*, una dilatada jornada laboral que impida la recuperación física y mental del empleado es un claro ejemplo de factor de riesgo laboral, y a la vista de ello, la Directiva 2003/88/CE¹³ plantea la necesidad de establecer un límite máximo de duración al tiempo de trabajo, con el objeto de que el derecho al descanso de los trabajadores sea un concepto susceptible de “expresarse en [...] días, horas o fracciones de los mismos” (considerando 5). Sin perjuicio de lo dicho, y partiendo del necesario respeto del derecho de todo trabajador a ver protegida su seguridad y salud en el trabajo, el art. 17 de la Directiva 2003/88/CE permite a los Estados miembros sustraer de las reglas de descanso diario y semanal a los titulares de ciertos puestos de trabajo que, entre

¹¹ STJUE de 7 de septiembre de 2006, caso *Comisión contra Reino Unido*, asunto C-484/04 (apartados 40-44). En este caso, el TJUE determina que el Reino Unido incumplió sus obligaciones al trasponer erróneamente la Directiva 93/104 en su Reglamento sobre la Jornada Laboral (*Working Time Regulations* 1998), que según la interpretación que de él hace el Ministerio de Comercio e Industria inglés (*Department of Trade and Industry*), impone a los empresarios el deber de no impedir que los trabajadores disfruten de sus periodos de descanso, pero no tienen la obligación de garantizar su efectivo cumplimiento. El TJUE determinó que el derecho al descanso de los trabajadores recogido en la Directiva tiene la finalidad de proteger su seguridad y salud, y que aun cuando la responsabilidad del empresario en el cumplimiento por parte de los empleados de este mismo derecho necesariamente es limitada, no puede llevar ello a un Estado miembro a establecer una regulación en su Derecho interno que exonere al empresario de la responsabilidad de adoptar las medidas precisas para asegurar que los trabajadores están en disposición de ejercitar su derecho al descanso, ya que ello significaría vaciar de contenido los correspondientes preceptos de la Directiva.

¹² MELLA MÉNDEZ, L. (2016). Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores (1). *Trabajo y Derecho* (16), 1-33. Pág. 14.

¹³ La Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, derogó la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo

otras características específicas, tengan una mayor flexibilidad y autonomía en lo que a la organización de su tiempo de trabajo se refiere, tales como el personal de alta dirección o ejecutivos. Ello no obsta para que a este colectivo de trabajadores se le provea de un periodo equivalente de descanso compensatorio, y en caso de que por razones objetivas ello no pueda ser posible, “se [les] conceda una protección equivalente” (art. 17.2 Directiva 2003/88/CE). Esta previsión del art. 17 de la Directiva 2003/88/CE se transpone al Derecho interno español a través del Real Decreto 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo.

1.2 GARANTIZAR AL TRABAJADOR EL DESCANSO NECESARIO A TRAVÉS DE LA ORDENACIÓN DE UN TIEMPO MÍNIMO DE DESCANSO

La expresión “tiempo de trabajo” refiere a “todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones” (art. 2. 1 Directiva 2003/88/CE). Obsérvese que son tres los elementos que conforman esta definición: 1) el lugar de trabajo, 2) la situación de subordinación del trabajador respecto del empresario y 3) la circunstancia de estar prestando el empleado su fuerza de trabajo. Por su parte, la noción de periodo de descanso se infiere de la propia de tiempo de trabajo aunque en sentido negativo, de modo que se define como el lapso de tiempo en el que no se prestan servicios profesionales (art. 2. 2 Directiva 2003/88/CE).

Por lo dicho, el tiempo de descanso es la antítesis del tiempo de trabajo, *ergo*, son conceptos excluyentes. Aparentemente, la frontera entre un periodo y otro debe ser fácil de discernir. Sin embargo, la introducción de las TIC en el mundo laboral ha provocado que los contornos de ambas nociones se diluyan hasta casi confundirse¹⁴. Efectivamente, las (nuevas) tecnologías permiten que el trabajador continúe prestando servicios fuera del centro de trabajo y acabada la jornada laboral, lo cual plantea un problema de subsunción o de calificación de ese concreto lapso temporal: *prima facie*, parece que no es tiempo de trabajo, porque de los tres elementos que constituyen su definición concurrirían la subordinación y la prestación efectiva de los servicios profesionales, pero no el elemento de lugar de trabajo; mas, sin embargo, tampoco puede sostenerse que el trabajador esté disfrutando de su tiempo de descanso, ya que *de facto* está trabajando. Podría plantearse un *tertium genus* como solución, una tercera alternativa distinta al tiempo de trabajo y al tiempo de descanso. Empero, esta posibilidad ha sido expresamente descartada por el TJUE¹⁵, quien se decanta por considerar tiempo de trabajo únicamente aquel en el que se produce prestación efectiva de servicios¹⁶.

La Directiva 2003/88/CE, a nivel europeo, y el ET, a nivel interno español, ordenan el tiempo de descanso como sigue:

- **Pausa.** El art. 4 de la Directiva 2003/88/CE señala que los trabajadores tienen derecho a disfrutar de una pausa dentro de su jornada diaria cada 6 horas de trabajo, sin más precisión. La modalidad, duración y condiciones para el disfrute de la pausa han de fijarse en cada Estado a través de: 1) los convenios colectivos, 2) los acuerdos colectivos o 3) la legislación nacional. En el caso de España, tales aspectos han sido recogidos por la legislación estatal. Concretamente, el art. 35.4.párrafo 1º del ET establece una pausa por cada 6 horas diarias de trabajo continuado

¹⁴ MELLA MÉNDEZ, L. (2016). Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores (1). Ob. Cit. Pág. 2.

¹⁵ SSTJUE de 3 de octubre de 2000, caso SIMAP, asunto C-303/98 (apartado 47); de 9 de septiembre de 2003, caso *Jaeger*, asunto C-151/02 (apartado 48); de 1 de diciembre de 2005, caso *Dellas*, asunto C-14/04 (apartados 42-43); de 10 de septiembre de 2015, caso *Federación de Servicios Privados del sindicato CCOO*, en el asunto C-266/14 (apartados 25-26); y Autos del TJUE de 11 de enero de 2007, caso *Jan Vorel*, asunto C-437/05 (apartados 24-25); y de 4 de marzo de 2011, caso *Grigore*, C-258/10 (apartado 43).

¹⁶ SSTJUE de 3 de octubre de 2000, caso SIMAP, asunto C-303/98 (apartado 50).

que: 1) tendrá una duración mínima de 15 minutos, y 2) computará como tiempo de trabajo efectivo y será retribuida si así lo dispone el convenio colectivo o el contrato de trabajo¹⁷.

- **Descanso diario.** El art. 3 de la Directiva 2003/88/CE fija un periodo de descanso diario mínimo de 11 horas consecutivas por cada espacio de 24 horas. El Derecho interno español mejora el Derecho de mínimos de la referida Directiva al implantar un descanso diario de 12 horas entre jornadas (art. 34.3 párrafo 1º ET).
- **Descanso semanal.** El art. 5, párrafo 1º de la Directiva 2003/88/CE señala que la duración mínima del descanso semanal es de 24 horas ininterrumpidas “a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario”. En otras palabras, el descanso semanal tiene una duración mínima de 35 horas ininterrumpidas. El Derecho interno español mejora el contenido de la Directiva, porque el art. 37.1.párrafo 1º del ET fija la duración mínima del descanso semanal en día y medio ininterrumpido (36 horas), mejorando en 1 hora la normativa comunitaria.
- **Descanso anual (vacaciones).** El art. 7 de la Directiva 2003/88/CE dispone que las vacaciones: 1) tienen una duración mínima de 4 semanas, 2) son retribuidas, 3) no pueden sustituirse por compensación económica, salvo que el contrato de trabajo se extinga antes de su disfrute, y 4) sus condiciones de devengo y disfrute han de quedar delimitadas, bien por la legislación nacional de cada Estado miembro, bien por las prácticas nacionales. A nivel interno español, el art. 38 del ET se pronuncia en los mismos términos que la Directiva y concreta, además, cómo se fijará el disfrute del periodo vacacional. El descanso anual, elevado a la consideración de principio del Derecho social de la UE¹⁸, resulta tan importante para nuestro Ordenamiento Jurídico que en caso de no poderse disfrutar por sobrevenir durante el mismo una incapacidad temporal o las contingencias de paternidad o maternidad, el trabajador puede disponer de sus vacaciones anuales en fecha diferente a la inicialmente acordada, concibiéndose así como el único supuesto en el que es posible diferir el disfrute de las vacaciones, incluso a la siguiente anualidad (art. 38.3 párrafos 2º y 3º ET)¹⁹.

Mención aparte merece el colectivo de trabajadores menores de edad, especialmente sensible a ciertos riesgos laborales, para quienes el legislador exige adoptar medidas específicas de prevención (arts. 25 y 27 LPRL). Precisamente una de esas medidas consiste en cumplir, de manera específica, unos tiempos mínimos de descanso, que son los siguientes:

- **Pausa.** Tanto el art. 12 de la Directiva 1994/33/CE como el art. 34.4.párrafo 2º del ET establecen una pausa de, al menos, 30 minutos de duración por cada periodo de 4 horas y media de trabajo continuado.
- **Descanso diario.** El art. 10.1 de la Directiva 1994/33/CE configura un derecho de mínimos en virtud del cual los menores de edad de, al menos, 14 años, que desarrollen actividades formativas en alternancia, prácticas en empresas o trabajos ligeros distintos de los relacionados con actividades culturales o semejantes, deberán tener garantizado un tiempo de descanso diario

¹⁷ El art. 35.4.párrafo 1º del ET no contempla como Derecho de mínimos que la pausa compute en todo caso como tiempo de trabajo y, por tanto, que sea retribuida.

¹⁸ En este sentido, entre otras, SSTJUE de 18 de marzo de 2004, caso *Merino Gómez*, asunto C-342/01 (apartado 29); de 18 de septiembre de 2009, caso *Pereda*, asunto C-277/08 (apartado 18); de 22 de noviembre de 2011, caso *KHS AG*, asunto C-214/10 (apartado 23); y 21 de junio de 2012, caso *ANGED*, asunto C-78/11 (apartado 16).

¹⁹ En este sentido también SSTJUE de 10 de septiembre de 2009, caso *Pereda*, asunto C-277/08 (apartados 18-22); y de 21 de junio de 2012, caso *ANGED*, asunto C-78/11 (apartados 16 y 19); y STS de 3 octubre de 2012 (FJ 5), entre otras. A este respecto, conviene hacer una matización: si el periodo de vacaciones anual coincide con una incapacidad temporal relacionada con la maternidad o la paternidad, se tiene derecho al disfrute de las vacaciones al finalizar el correspondiente periodo de suspensión derivado de tal contingencia, aun habiendo finalizado el año natural al que correspondan esas vacaciones. Pero, si la incapacidad temporal se debe a contingencia distinta de las predichas, el trabajador puede disponer de su periodo vacacional una vez finalizada su incapacidad y dentro de los 18 meses posteriores al término del año en que se hubieren devengado esas vacaciones (art. 38.3, párrafos 2º y 3º ET).

mínimo de 14 horas consecutivas (a). A los trabajadores adolescentes, por su parte, les garantiza un descanso mínimo de 12 horas consecutivas por cada periodo de 24 horas (b). En la misma línea preventiva y protectora de la seguridad y salud de los menores de 18 años, el Derecho interno español limita su jornada diaria de trabajo efectivo a 8 horas, lo que granjea 16 horas diarias de asueto a este colectivo (art. 34.3 párrafo 3º ET).

- **Descanso semanal.** El art.10.2 de la Directiva 1994/33/CE fija en 2 los días de descanso a la semana, siendo estos preferiblemente consecutivos. Este mismo precepto prevé la posibilidad de que ese tiempo de reposo se vea minorado atendiendo a razones técnicas o de organización, si bien, nunca podrá verse reducido por debajo de 36 horas consecutivas. En el Derecho nacional, el art. 37.2.párrafo 1º *in fine* del ET fija también en 2 días el periodo de descanso semanal, al mismo tiempo que establece el carácter ininterrumpido del mismo, no como sugerencia sino como obligación.
- **Descanso anual.** Al respecto de este descanso, ni la normativa comunitaria ni la española contemplan reglas especiales para los trabajadores menores de edad, lo que significa que será de aplicación lo dispuesto con carácter general.

1.3 GARANTIZAR AL TRABAJADOR EL DESCANSO NECESARIO A TRAVÉS DE LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO MÁXIMO DE TRABAJO

El art. 35 del ET define las horas extraordinarias como: 1) aquellas que se realizan “sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo”, 2) se retribuyen económicamente o se compensan en tiempo de descanso y 3) no pueden ser superiores a 80 horas al año en el caso de los trabajadores con contratos a jornada completa – exceptuando del cómputo las horas extraordinarias por fuerza mayor –. Para conocer la cantidad de horas extras que realiza un trabajador, la empresa debe llevar un registro diario de las mismas, que posteriormente quedan totalizadas en el periodo fijado para el abono de las retribuciones. De dicho registro debe entregarse al trabajador una copia que irá aneja a su nómina (art. 35.5 ET).

Poniendo en relación el art. 35 del ET con la línea argumental de la jurisprudencia referida en líneas superiores, debe considerarse tiempo de trabajo aquel que el trabajador dedica a responder correos o requerimientos solicitados telemáticamente tras la jornada laboral. Por tanto, para posibilitar al trabajador el reclamo del abono de esas horas es necesario que el empleador lleve a cabo un registro de esa actividad realizada “sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo”, lo cual exige, de antemano, conocer cuál es la duración de esa jornada ordinaria. Al hilo de este planteamiento conviene traer a colación dos pronunciamientos judiciales ciertamente reveladores que se dictan en un mismo *íter* judicial, a saber:

- SAN-SOC 207/2015, de 4 de diciembre. La Sala entiende que para llevar un control efectivo de las horas extraordinarias y poder proporcionar al trabajador la prueba documental que acredite su realización, debe existir un registro de la jornada diaria (FJ 3). Si solo hubiera un registro de las horas extraordinarias, se provocaría “un círculo vicioso”, dado que las horas extraordinarias tienen esa condición en la medida en que sobrepasan las horas de jornada ordinaria, y para conocer ese exceso, hay que conocer antes la jornada ordinaria (FJ 3)²⁰. El modo de saber si se sobrepasa la jornada ordinaria es registrándola.
- STS-SOC 246/2017, de 23 de marzo. La Sala de lo Social del TS resuelve el recurso interpuesto frente a la SAN-SOC 207/2015. El fallo del TS, que no es unánime, señala que la empresa no tiene obligación de llevar un registro de la jornada diaria ordinaria de la plantilla para comprobar

²⁰ Esta sentencia se hace eco de las reflexiones y fundamentos de Derecho recogidos en las SSTSJ de Andalucía de 19 de diciembre de 2002 y de 6 de noviembre de 2006. Posteriormente queda asentada esta doctrina a través de las SSAN (Sala de lo Social, Sección1ª) 25/2016, de 19 de febrero; y (Sala de lo Social, Sección1ª) 77/2016, de 6 de mayo.

el cumplimiento de la jornada laboral y los horarios pactados. Asimismo, los Magistrados que se alinean en esta postura manifiestan que “la solución interpretativa dada se ajusta a lo dispuesto en la normativa comunitaria sobre jornada laboral y la ordenación del tiempo de trabajo”. Los argumentos que fundamentan el fallo son dos, esencialmente: 1) que el control de horas está recogido en el precepto relativo a las horas extraordinarias y no al reservado para la jornada ordinaria (art. 34 ET) y 2) que, de haber querido el legislador que el registro se extendiera a la jornada ordinaria, lo hubiera recogido en el correspondiente precepto y no lo habría referido únicamente en relación con determinados tipos de contratos y puestos de trabajo, como en efecto resulta, pues la totalización de horas de jornada ordinaria solo se prevé para el contrato a tiempo parcial (art. 12.4.c).párrafo 4º ET) y para trabajadores móviles, de la marina mercante y ferroviarios (arts. 10 bis.5 y 18 bis.2 Real Decreto 1561/1995) (FJ 2).

El fallo de la STS indicada no es unánime porque cuenta con 3 votos particulares suscritos por 5 Magistrados de la Sala. Con distintos argumentos, se posicionan a favor de los razonamientos y el fallo de la SAN. En términos generales, inciden en la necesidad de no concentrar el debate del control del tiempo de trabajo en el registro del art. 35.5 del ET, sino en el deber del empresario de proteger la seguridad y salud de los trabajadores. Rescatan también el argumento de la SAN en el que se indica la necesidad de contabilizar las horas de la jornada ordinaria para conocer el límite a partir del cual se están haciendo horas complementarias – en el contrato a tiempo parcial – u horas extraordinarias – en el contrato a tiempo completo –. Por último, descartan que la especificación que hace el art. 12.4.c).párrafo 4º del ET sobre cómo debe controlarse la jornada laboral en el contrato a tiempo parcial sugiera que en el resto de contratos no deba existir control alguno. En definitiva, sea cual sea el tipo de contrato en el que se proyecte la relación laboral, el empresario tiene los deberes de: 1) proteger la seguridad y salud de sus trabajadores, 2) respetar el tiempo de trabajo máximo legal o convencionalmente establecido y 3) retribuir conforme a lo trabajado. No obstante estos votos particulares, la doctrina del TS quedó asentada cuando en abril de 2017 el Alto Tribunal volvió a dictar una sentencia en el mismo sentido²¹.

Por su parte, la ITSS, siguiendo la doctrina judicial vigente hasta el año 2017, exigía a las empresas la llevanza de un control efectivo de la jornada ordinaria, hubiera o no horas extraordinarias. La falta de ese registro justificaba que la actuación inspectora finalizara con la extensión de un acta de infracción al considerar que “el registro diario de la jornada es el presupuesto que permite la contabilidad de las horas que se hagan para deducir luego la existencia de las extraordinarias”²². En un sentido similar se expresó la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social en sus informes de 31 de julio de 2014 y de 1 de marzo de 2016, donde señaló que las horas extraordinarias no tienen entidad propia si no es en relación con la jornada ordinaria.

Las guías de actuación de la ITSS y de la Dirección General de Empleo tuvieron que modificarse para alinearse con la jurisprudencia imperante del TS. Así, aun cuando las empresas seguían estando obligadas a respetar los límites legales y convencionales en materia de tiempo de trabajo, y los inspectores de trabajo debían cerciorarse de ese cumplimiento, la correspondiente comprobación no podía depender en exclusiva del susodicho registro de horas ordinarias, que no era preceptivo conforme a dicha jurisprudencia, y era necesario acudir a razonamientos lógicos y a la prueba indiciaria²³.

La falta de una interpretación unívoca sobre esta materia ponía negro sobre blanco la ambigüedad del legislador, puesta también de manifiesto expresamente por los Magistrados de la

²¹ Vid., STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) 338/2017, de 20 abril (RJ\2017\1869).

²² Instrucción 3/2016, de la Dirección General de la ITSS, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias.

²³ Instrucción 1/2017, de la Dirección General de la ITSS complementaria a la Instrucción 3/2016, de 21 de marzo, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias.

AN y del TS en sendas sentencias. Recogiendo esta crítica/propuesta, el Grupo Parlamentario Socialista registró el 23 de junio de 2017 una Proposición de Ley dirigida a la modificación del art. 34 del ET, con la intención de especificar la obligación de los empresarios de registrar diariamente el tiempo efectivamente trabajado por los empleados, incluyendo la jornada ordinaria y las horas extraordinarias. Finalmente, el art. 10 del Real Decreto-ley 8/2019 ha modificado el art. 34 del ET para incorporarle un nuevo apartado, el noveno, que establece la obligación de la empresa de llevar un registro diario de la jornada de trabajo, con mención del horario de inicio y de finalización de la misma. Este deber empresarial entró en vigor el 12 de mayo de 2019, y su coerción queda reforzada tras calificar como infracción grave la falta de registro de la jornada ordinaria y del horario de trabajo de los trabajadores (art. 7.5 LISOS).

El registro de jornada y horario se revela como una tarea harto compleja en el caso de trabajadores que no prestan servicios en la sede física de la empresa. Piénsese, por ejemplo, en los teletrabajadores o en los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas digitales. Hallar un único sistema o medida que permita controlar efectivamente el horario de trabajo es difícil debido a la heterogénea composición de los puestos de trabajo, aspecto que se ha acentuado con la digitalización. Además, el uso universalizado de las TIC permite la conexión a las mismas en cualquier lugar y en cualquier momento, y la incidencia de estos efectos no es la misma ni en todos los sectores ni en todos los puestos²⁴. Aun así, algunos ejemplos de sistemas tecnológicos de control de tiempo de trabajo son los registros de las conexiones a la intranet de los empleados o la instalación de un *software ad hoc* en los dispositivos facilitados por la empresa a los trabajadores²⁵.

Tener presente las definiciones de tiempo de descanso y de trabajo, los límites de este último y la interpretación que de todo ello hacen los Tribunales y la ITSS es esencial, máxime cuando el uso de las TIC con fines profesionales fuera de la jornada laboral puede llegar a suponer una vulneración de los tiempos máximos de trabajo legal o convencionalmente establecidos, lo que sería tanto como decir que el empresario no cumple su deber de proveer al trabajador de una protección de su seguridad y salud contra los riesgos profesionales. El uso de las TIC con fines profesionales fuera de la jornada laboral impediría la desconexión digital, concebida legalmente como un derecho del trabajador. En ocasiones, los trabajadores, por propia voluntad, siguen conectados fuera de la jornada laboral. Llegados a este punto cabe plantearse si, en aras de la seguridad y salud laboral, convendría configurar la desconexión digital no solo como un derecho (art. 88 LOPDPGDD), sino también como un deber del trabajador, tal y como sucede, por ejemplo, con el derecho y deber que tiene el trabajador de recibir formación en materia preventiva (art. 19 ET).

1.4 EL DERECHO LABORAL A LA DESCONEXIÓN DIGITAL COMO MEDIDA DIRIGIDA A GARANTIZAR AL TRABAJADOR EL DESCANSO NECESARIO EN LA “ERA DIGITAL”

1.4.1 Introducción

El contenido del epígrafe II.1 del presente TFG pone de manifiesto que el derecho al descanso de los trabajadores ya estaba legalmente reconocido antes de la incorporación de las TIC en el trabajo. Considerar que la falta de previsión explícita del derecho a la desconexión digital debilita o anula aquella medida de prevención de riesgos laborales (el descanso) sería un error. No obstante, a nadie se le escapa que, *de facto*, el uso de los dispositivos digitales con fines laborales ha puesto en entredicho la aplicación efectiva del derecho a la desconexión laboral (fuera del horario de trabajo)²⁶. Estas consideraciones llevan a plantearse dos cuestiones:

²⁴ Así, por ejemplo, el sistema de fichaje puede ser útil en empresas en las que los trabajadores prestan sus servicios en el centro de trabajo, pero no es tan eficaz si se aplica a trabajadores en misión.

²⁵ *Bodet* o *Winworld* son ejemplos de empresas que desarrollan *software* de gestión de tiempo para empresas.

²⁶ Proposición no de ley número 162/000366 presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie D (General), n.º 125, de 17 de marzo de 2017, págs. 9 y 10.

- 1) ¿Era necesaria la regulación expresa del derecho a la desconexión digital? Antes de que la desconexión digital contara con previsión legal, los órganos judiciales españoles resolvían los contenciosos aplicando la normativa sobre los límites de tiempo de trabajo y descanso, modulando su interpretación para adaptarla a los nuevos supuestos traídos por la incorporación de la tecnología a los puestos de trabajo. No menos cierto es, sin embargo, que los hechos probados de tales sentencias revelaban supuestos de vulneración palmaria de aquellos límites, transgresiones que se recogían por escrito bien en una cláusula contractual²⁷ o bien en instrucciones o circulares²⁸, que se encontraban con la férrea oposición de sindicatos o representantes legales de los trabajadores. La evolución en el uso de los dispositivos digitales como herramientas de trabajo ha revelado casos de más difícil solución, prácticas que podrían conculcar los límites de los tiempos de descanso y de trabajo que no se recogen por escrito, sino que se llevan a cabo *de facto* y de manera espontánea y sistemática. Naturalmente se está haciendo alusión a las comunicaciones profesionales hechas al trabajador fuera de su horario laboral a través de llamadas telefónicas, correos electrónicos o *whatsapps*. Estos escenarios en los que la impugnación de la actuación se dificulta y el trabajador se encuentra indefenso, solo pueden paliarse por medio de una regulación, legal o convencional, que coadyuve a la concienciación de la necesidad de abandonar una práctica cada vez más común que pone en serio peligro la salud de los trabajadores²⁹.
- 2) ¿Es el derecho a la desconexión digital un nuevo derecho, o se trata en realidad de una medida que trata de garantizar la efectividad de un derecho previamente reconocido? Ha quedado sobradamente demostrado, en los tres subapartados precedentes a este, que el derecho al descanso es un derecho consolidado. No puede negarse que la desconexión digital trata de poner freno a la dilución de la frontera entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso propiciada por el uso de la tecnología, y que el derecho al descanso contiene implícitamente el derecho a que este no se vea interrumpido por requerimientos laborales de ningún tipo, incluyendo los que se hacen a través de los aparatos de comunicación a distancia. Por lo dicho, el derecho a la desconexión digital bien puede entenderse como una concreción del derecho más general al descanso³⁰.

El extendido uso de los aparatos electrónicos y dispositivos digitales 24 horas al día tiene el incontrovertible efecto de difuminar las fronteras entre la vida laboral y la personal, además de subvertir los conceptos físicos de espacio y tiempo³¹. Esta circunstancia fue la que condujo al sindicato español UGT a requerir una ordenación de su uso en el trabajo, y más concretamente, a

²⁷ STS 4086/2015, de 21 de septiembre.

²⁸ SAN 94/1997, de 17 de julio.

²⁹ TALÉNS VISCONTI, E. E. (2018). La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva. *Revista de Información Laboral* (4), 1-12. Pág. 5.

³⁰ En contra de esta reflexión se manifiesta MOLINA NAVARRETE, C. (2017). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: "desconexión digital", garantía del derecho al descanso. *Temas laborales* (138), 249-283. Págs. 270-274. El catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social mantiene que para el trabajador, el derecho a la desconexión digital no es más que "una garantía de eficacia de su verdadero derecho: el derecho al descanso".

³¹ En este sentido: TALÉNS VISCONTI, E. E. (2018). Ob. Cit. Pág. 2; ALEMÁN PÁEZ, F. (2017). Ob. Cit. Pág. 16; WEISS, M. (2017). Challenges and perspectives for labour law. En L. MELLA MÉNDEZ, P. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, & A. MORENO SOLANA, *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: estudios desde el derecho español y comparado. Alemania, Reino Unido, Polonia, Portugal y Argentina* (págs. 22-31). Madrid: Dykinson. Pág. 22; EUROFOUND. (2017). *Sixth European Working Conditions Survey*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union. Págs. 61, 85 y 139-140; EUROFOUND. (2017). *Working time patterns for sustainable work*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union. Págs. 39 y 66; MELLA MÉNDEZ, L. (2016). Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores (1). Ob. Cit. Pág. 2; OBSERVATOIRE DE LA RESPONSABILITÉ SOCIÉTALE DES ENTREPRISES. (2015). *Du meilleur usage des outils de communication numérique dans les entreprises*. París. Págs. 8 y 18; y ABA CATOIRA, A. (2014). La efectividad de los derechos de los trabajadores y del empresario desde la implantación de las tecnologías en el ámbito laboral. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 79-106. Pág. 80.

instar al legislador a la incorporación de la desconexión digital en la LPRL y en el ET, con la naturaleza de derecho³².

La demanda del sindicato se trasladó a la sede parlamentaria a través de proposiciones no de ley (Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea³³ y Grupo Parlamentario Socialista³⁴) y de preguntas al Gobierno³⁵. Ante las numerosas peticiones, el Ejecutivo de la XII Legislatura comunicó a la prensa en marzo de 2017 su disposición a trabajar en un proyecto de ley que abordara la regulación del empleo de las TIC en el trabajo. Varios meses de negociaciones después, desde el Ministerio de Empleo y Seguridad Social se alertó de la dificultad del tratamiento de la cuestión en el contexto de una reforma legal y se indicó que su regulación parecía más plausible por la vía de la negociación entre empresarios y sindicatos³⁶.

El Grupo Parlamentario Socialista no cejó en su empeño de tipificar legalmente la desconexión digital como un derecho de los trabajadores, aunque inserto en la categoría más general de derechos digitales de la ciudadanía. Guiado por esa aspiración presentó en abril de 2018 una batería de 92 enmiendas al proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, al que propuso renombrar como Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y de Garantía de Derechos Digitales, vigente desde el 7 de diciembre de 2018. Una de esas enmiendas fue la propuesta de adición del Título X (enmienda 229), que, bajo la rúbrica “Garantía de los derechos digitales”, alberga actualmente un total de 19 preceptos, entre los que a la sazón destaca el número 88³⁷. El mentado precepto es el encargado de dotar al derecho a la desconexión digital de un contenido legal expreso en los siguientes términos:

1. “Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.
2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.
3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la

³² [UGT](#): *Regular el derecho a la desconexión por ley*. Recuperado el 22 de septiembre de 2018.

³³ Proposición no de ley número 162/000366, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie D (General), núm. 125, de 17 de marzo de 2017; Proposición no de ley número 161/001559, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie D (General), núm. 127, de 22 de marzo de 2017; y Proposición no de ley número 161/002176 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie D (General), núm. 208, de 14 de septiembre de 2017.

³⁴ Proposición no de ley número 162/00384, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie D (General), núm. 141, de 11 de abril de 2017; y Proposición no de ley número 161/001720, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie D (General), núm. 141, de 11 de abril de 2017,

³⁵ Baste como ejemplo la intervención del señor Carles Campuzano (PDeCat) en uno de los debates de la Comisión de Empleo, donde le preguntaba al Gobierno por el estado en que se encontraba la propuesta de regulación del derecho a la desconexión digital [Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (núm. 416). Comisión de Empleo y Seguridad Social de 25 de enero de 2018, sesión núm. 22 (extraordinaria). Pág. 16].

³⁶ La noticia puede consultarse en [DEL ROSAL, P.](#): Empleo ve imposible regular por ley la "desconexión digital" fuera del trabajo. Recuperado el 20 de septiembre de 2018, de *El Economista*; y [PALACIOS, C.](#): *El Gobierno estudia regular el derecho a la desconexión digital*. Recuperado el 20 de Septiembre de 2018, de Lefebvre El Derecho.

³⁷ Tanto la numeración como el número de artículos contenidos en el Título X han sido objeto de modificación en el texto final. Así, por un lado, en el Proyecto de Ley Orgánica el número de este artículo era el 87, y por otro, eran 14 los preceptos que contenía el Título X en su redacción original.

que definirán 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. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

1.4.2 El significado y alcance del derecho laboral a la desconexión digital

El art. 88 de la LOPDPGDD reconoce al trabajador el derecho a la desconexión digital con el objeto de asegurar “el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”. Del tenor literal del precepto se infiere que la finalidad perseguida con el reconocimiento del derecho laboral a la desconexión digital se relaciona estrechamente con el tiempo de trabajo/descanso, la prevención de riesgos laborales y la conciliación de la vida laboral, personal y familiar³⁸.

En lo que al procedimiento de aplicación del derecho se refiere, se aboga por la negociación colectiva, tal y como hace el modelo francés (*infra* apartado II.1.4.3.B), aunque sin precisar si el instrumento a utilizar ha de ser el convenio o el acuerdo colectivo³⁹. Junto a esa regulación convencional, la empresa, previa audiencia a los representantes de los trabajadores, debe elaborar una política interna vinculante para todos los empleados – incluyendo directivos – en la que se delimiten las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y se conciencie a la plantilla de la necesidad de hacer un uso responsable de los dispositivos digitales. Dicho protocolo deberá necesariamente sujetarse a lo que hubieran convenido empleador y representantes de los trabajadores en la negociación colectiva.

Este derecho a la desconexión digital se traslada al ET y al EBEP por medio de las disposiciones finales decimotercera y decimocuarta, respectivamente, que incorporan el art. 20 bis en el ET y el apartado j) bis en el art. 14 del EBEP, ambos con un contenido similar y más amplio que el recogido en el art. 88 de la LOPDPGDD, ya que también aluden al derecho a la intimidad de los trabajadores, tanto en lo que concierne al uso de los dispositivos electrónicos proporcionados por la empresa o la Administración Pública como a los dispositivos de videovigilancia y geolocalización.

La incipiente regulación de la desconexión digital en España se coloca en la misma línea que las regulaciones europeas precedentes al conceder a la negociación colectiva un papel preeminente. Se trata de una solución absolutamente razonable si se tiene en cuenta que la negociación colectiva es la herramienta que proporciona una mayor adaptabilidad de la positivación de una materia, al permitir su acomodo a las especificidades del sector o de la empresa en cuestión. Y es que, ciertamente, el grado de conectividad que se pide a los trabajadores no es el mismo en todas las

³⁸ BARRIOS BAUDOR, G. L. (2019). El derecho a la desconexión digital en el ámbito español: primeras aproximaciones. *Revista Aranzadi Doctrinal* (1/2019), 1-15. Pág. 8; y QUÍLEZ MORENO, J. M. (2019). La garantía de Derechos Digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores. *Revista Española de Derecho del Trabajo* (217), 1-17. Pág. 12.

³⁹ El texto actual del art. 88 de la LOPDPGDD no es el mismo que el que se recogía en la enmienda 308 del Proyecto de Ley Orgánica del que deriva. La revisión parece ser más gramatical que de contenido, y personalmente considero más clara la redacción que presentaba el artículo en el Proyecto de Ley Orgánica, pues la actual resulta redundante e incluso capciosa, ya que al señalar que la realización efectiva del derecho se sujetará “a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores” parece dar a entender que en el primer inciso se refiere al convenio colectivo y en el segundo al acuerdo de empresa. Sin embargo esta interpretación no es correcta desde un punto de vista técnico porque tanto el convenio colectivo como el acuerdo colectivo de empresa son manifestaciones de la negociación colectiva, y en ningún momento la dicción del precepto refiere de manera inequívoca y expresa al convenio colectivo. Por su parte, la primera redacción del artículo únicamente disponía que las medidas en cuestión “serán acordadas por la empresa y la representación de los trabajadores en el marco de la negociación colectiva”.

empresas ni en todos los sectores, y en consecuencia, sería ilógico elaborar una regulación estándar o general. Definitivamente, lo más sensato es que la Ley remita a la negociación colectiva la concreción del contenido del derecho a la desconexión digital, y que sean los actores sociales quienes, por la vía convencional, elaboren las normas, protocolos y guías de actuación que eviten la aparición de riesgos psicosociales que desemboquen en tecnopatologías.

No obstante, tal y como sucede en la regulación francesa, tampoco en la española existe un reforzamiento del carácter vinculante del deber de negociación de las condiciones del derecho, dado que a la norma primaria o de definición del comportamiento no se le ha asociado otra secundaria o sancionadora que compela ni a las partes a alcanzar un acuerdo ni a la empresa a establecer la política interna de uso de los dispositivos electrónicos conforme a aquella negociación. De hecho, ni siquiera parece ser de obligada incorporación al convenio colectivo la cláusula que reconozca y regule el derecho a la desconexión digital, sino que la exposición que se recoge en los artículos referidos a esta materia, incluyendo el art. 91 de la LOPDPGDD, que prevé el establecimiento de medidas adicionales de protección de los derechos digitales laborales en el convenio colectivo, tiene un carácter más programático que funcional. Para garantizar la efectividad del derecho a la desconexión digital y que los trabajadores lo puedan hacer valer realmente, hubiese sido deseable que se hubiera insertado dentro del contenido mínimo del convenio colectivo, que el art. 88 de la LOPDPGDD hubiera ido acompañado de la inclusión de una nueva infracción en la LISOS, consistente en la vulneración por parte del empresario de este derecho del trabajador⁴⁰; o incluso haberlo planteado, además de como un derecho del trabajador, como un deber del empleador: el deber de respetar el descanso de los trabajadores no enviándoles comunicaciones de contenido laboral extemporáneamente, so pena de sanción⁴¹. Además, tal y como ha quedado apuntado más arriba, en ocasiones, los trabajadores, por propia voluntad, siguen conectados fuera de la jornada laboral, y no para atender a requerimientos de la empresa, sino para “sacar adelante” trabajo pendiente. Llegados a este punto cabe plantearse si, en aras de la seguridad y salud laboral, convendría configurar la desconexión digital no solo como un deber del empresario y un correlativo derecho del trabajador (art. 88 LOPDPGDD y art. 20 bis ET), sino también como un deber del trabajador.

La relevante posición de los actores sociales en la regulación del derecho a la desconexión digital no es gratuita, pues ciertamente las empresas y los representantes de los trabajadores, conscientes de los cambios que la revolución tecnológica estaba – y continúa – introduciendo en el mundo laboral, se adelantaron a los legisladores y comenzaron a autorregular a partir de la primera década del segundo milenio sus relaciones en lo atinente al uso de las TIC. Esa ordenación a través de los instrumentos de la negociación colectiva ha elevado en algunos casos la desconexión digital al estatus de derecho del trabajador.

En España, el interés de las empresas por incorporar la desconexión digital en sus relaciones laborales por la vía de la negociación colectiva despuntó en 2017. En este sentido:

- La empresa **Real Madrid Club de Fútbol**, precursora en España de esta regulación, introdujo, entre otras novedades, la desconexión digital en su convenio colectivo vigente tras el acuerdo alcanzado el 15 de junio de 2017 por la comisión negociadora. Con esta medida se pretende asegurar un lapso no inferior de 9 horas diarias ininterrumpidas de desconexión de los aparatos tecnológicos puestos a disposición del trabajador por la entidad (art. 18.8).

⁴⁰ Como contrapartida de esta opción de política legislativa se encuentra la incorporación de la obligación de registrar la jornada ordinaria, comentada en este mismo TFG. No solamente se modificó el art. 34 del ET para dar cabida a esta nueva exigencia, sino que además se incluyó en la LISOS una nueva infracción grave a través del art. 7.5, cual es la falta de aquel registro.

⁴¹ En una línea similar se pronuncian QUÍLEZ MORENO, J. M. (2019). Ob. Cit. Pág. 13; TALÉNS VISCONTI, E. E. (2018). Ob. Cit. Págs. 7, 9 y 11; y MOLINA NAVARRETE, C. (2017). Ob. Cit. Pág. 273.

- El **Grupo AXA** insertó la desconexión digital en su convenio colectivo el 18 de julio de 2017. En puridad, la aseguradora multinacional trasladó la ordenación del derecho desde su propia matriz, radicada en Francia, donde le era de aplicación dicha regulación, *ex lege*, desde el 1 de enero de 2017. Lo reseñable del tratamiento de la materia que hace el art. 14 de este convenio colectivo es la expresa atribución de la cualidad de derecho a la desconexión digital, lo cual no impide que esa facultad que se le proporciona a los trabajadores de negarse a responder los emails, llamadas o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo pueda ser eludida por “causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales”.
- **IKEA, Banco Santander y Telefónica** se sumaron a la previsión de la desconexión digital en 2018. Las dos primeras compañías, en lugar de formalizar el reconocimiento del derecho en convenio colectivo, como ha sido la tendencia en España, optaron por recogerlo en sendos acuerdos. En el caso de Telefónica ni siquiera existe un acuerdo, sino que ha sido la propia organización la que, el 23 de noviembre de 2018, publicó un comunicado posicionándose a favor del reconocimiento del derecho y anunciando su predisposición a la adopción de cuantas medidas fueran necesarias para garantizar su ejercicio real y efectivo⁴².
- El **Grupo Repsol** y la **ONCE** incorporaron la desconexión digital en sendos instrumentos de negociación colectiva en diciembre de 2017 y enero de 2018, respectivamente. Ambos optaron por remitir el tratamiento de la materia al apartado dedicado a los Planes de Igualdad, otorgándole la consideración de medida dirigida a lograr la conciliación de la vida laboral, personal y familiar (art. 16.9 IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol y Anexo 3 apartado B.5 párrafo 3 Convenio de la ONCE). Se trata de cláusulas programáticas y meramente enunciativas en las que ni se llega a asumir la desconexión digital como un derecho de los trabajadores, ni se le dota de un procedimiento a través del cual pueda llegar a hacerse efectiva. Solo el Convenio del Grupo Repsol concreta algo más desde un punto de vista práctico esta declaración de intenciones al prever que la Mesa de Igualdad del Acuerdo Marco “analizará en el seno de la empresa esta materia e identificará, en su caso, posibles buenas prácticas y recomendaciones acerca del uso de herramientas digitales de comunicación”.

La inclusión de la desconexión digital dentro de los planes de igualdad es acertada por cuanto se trata de un derecho que favorece la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y, por extensión, la idea de corresponsabilidad en el cuidado de la familia y la igualdad entre hombres y mujeres. Con todo, conviene añadir dos ideas al respecto: 1) el art. 45.2 de la LOIEMH, tras la redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2019, no incluye referencia alguna a la desconexión digital como parte del contenido mínimo obligatorio de un plan de igualdad; y 2) la desconexión digital se configura no solo como una medida de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sino también como una medida de prevención que garantiza la seguridad y salud de los trabajadores, de ahí la necesidad de valorar su inclusión en los planes de prevención de riesgos laborales que las empresas deben elaborar e implementar (art. 16 LPRL).

En el ámbito judicial, dada la reciente incorporación del derecho a la desconexión digital en el Ordenamiento Jurídico español, existen pocas referencias a la materia, pero ello no impide que puedan destacarse un par de pronunciamientos judiciales. El primero de ellos es la SAN-SOC 94/1997, de 17 de julio, en la que los Magistrados consideraron un menoscabo para los intereses y derechos de los trabajadores el que la compañía les obligara a mantener una conexión telefónica constante con sus clientes y con la propia empresa, a la espera de “recibir instrucciones en todo momento”, una vez terminada su jornada de trabajo (FJ 4). El segundo fallo se recoge en la STS-SOC 4086/2015, de 21 de septiembre, que calificó como abusiva la cláusula que, recogida en el contrato de trabajo, indicaba que el trabajador facilitaba a la empresa voluntariamente su número de teléfono y correo electrónico, al mismo tiempo que se comprometía a comunicar las variaciones en estos datos, todo ello para que la compañía pudiera ponerse en contacto con el trabajador para

⁴² Comunicado de [Telefónica](#) (última visualización 15 de diciembre de 2018).

notificarle cualquier vicisitud habida respecto “al contrato, la relación laboral o el puesto de trabajo” (FJ 2). En ambos casos se apreció una extralimitación del empresario en el ejercicio de sus facultades de dirección y control de la actividad laboral, propia del “feudalismo industrial”.

1.4.3 El derecho laboral a la desconexión digital: un análisis desde el Derecho comparado

A. Introducción

El epicentro del interés por la regulación de la desconexión digital se situó desde el principio en Europa, por lo que no es de extrañar que los Estados pioneros en positivarla hayan sido dos países europeos, concretamente Francia e Italia. En Alemania no existe todavía una norma al respecto, pero en su Parlamento no pocas veces se ha debatido la necesidad de adoptar medidas legislativas relativas a la desconexión digital de los empleados, conversaciones seguidas con mucho interés por sindicatos e investigadores. La inexistencia en Alemania de una regulación legal de la desconexión digital, o en un sentido más amplio, del uso de los dispositivos electrónicos como herramientas laborales fuera del horario de trabajo, ha llevado a los tribunales alemanes a pergeñar el concepto de “disponibilidad telefónica” (*Rufbereitschaft*) – identificada con la figura de la guardia localizada española –. En virtud de la mentada figura jurisprudencial germana, la comunicación hecha al trabajador por su superior a través de medios telemáticos fuera de su horario laboral, le obliga a aquel a incorporarse al trabajo. Ahora bien, en el mismo sentido en que se pronunció el TJUE en el caso *SIMAP* (asunto C-303/98), y más recientemente en el caso *Nivelles* (asunto C-518/15), la mera disponibilidad no sugiere hallarse en tiempo de trabajo, teniendo únicamente esa calificación el lapso en el que el trabajador esté efectivamente prestando sus servicios, cuando estando en periodo de disponibilidad, se encontrara en tiempo de descanso⁴³. La regulación del derecho a la desconexión digital por medio de la negociación colectiva se encuentra en un estado mucho más avanzado; de hecho, fueron las empresas germanas las que se colocaron a la vanguardia en la positivación del uso de las TIC como herramientas de trabajo, por delante incluso de las francesas. En este sentido:

- En **Volkswagen**, desde 2011, cerca de un millón de trabajadores de la compañía automovilística se benefician de la restricción en la recepción de e-mails fuera del centro de trabajo en la franja horaria comprendida entre las 18 horas y 15 minutos y las 7 horas del día siguiente. A la zaga de esta iniciativa se encuentra la de **Daimler-Benz AG**, empresa que en 2014 impulsó el *Mail on Holiday*, un *software* que elimina los emails enviados a los trabajadores que estén disfrutando de su periodo vacacional, remitiendo al emisor el siguiente mensaje: *I am on vacation. I cannot read your email. Your email is being deleted. Please contact Hans or Monika if it's really important, or resend the email after I'm back in the office. Danke Schön.*
- **Bosch** prevé, por medio de un acuerdo, implementar un nuevo sistema de trabajo al que ha dado el nombre de “trabajo móvil conectado a la red”, con el propósito de permitir “una asignación flexible del trabajo fuera del establecimiento”⁴⁴. Para los trabajadores, acogerse al trabajo móvil es plenamente voluntario y la diferencia entre este procedimiento y el convencional estriba en que los trabajadores distribuyen su jornada de trabajo, que ni se reduce ni se incrementa, entre periodos de trabajo presenciales en el centro de trabajo y periodos en los que desarrollan sus funciones por medio de herramientas de comunicación a distancia.

Más allá de las fronteras europeas existen dos conatos de regulación en América:

⁴³ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. (2017). Alemania. Evolución del mercado laboral en octubre. *Actualidad internacional sociolaboral* (217), 84-105. Pág. 100.

⁴⁴ [Mobiles Arbeiten](#), IGM. (8 de Diciembre de 2015). *Betriebsvereinbarung bei Bosch*. Recuperado el 21 de agosto de 2017, de *Betriebsvereinbarung bei Bosch*.

- En Entre Ríos (Argentina) se presentó en junio de 2017 un Proyecto de Ley que persigue, precisamente, evitar que los empleadores se pongan en contacto con los trabajadores por medio de dispositivos digitales fuera de su horario de trabajo.
- En Nueva York se registró en su Ayuntamiento, el 22 de marzo de 2018, un Proyecto de Ley Local para acabar con las comunicaciones electrónicas de carácter profesional fuera del horario laboral, asociándole a esta medida una sanción de 250 dólares por infracción cometida. El objetivo de la propuesta neoyorquina no es tanto la prohibición *per se* de estos contactos, cuanto instaurar el derecho de los trabajadores a no contestar a estas comunicaciones sin el temor a recibir por ello represalias, es decir, reforzar el derecho a la desconexión digital con la garantía de indemnidad; y ello como una consagración de independencia y autonomía del empleado respecto de la máquina que, en determinados momentos, le somete a unos cánones de inmediatez, urgencia y disponibilidad absoluta⁴⁵.

Con la excepción del proyecto de ley neoyorquino recién comentado, conviene destacar que la perentoriedad al regular la desconexión digital en el Derecho continental (*Civil Law*) no ha calado en el Derecho anglosajón (*Common Law*), que ni siquiera concibe generalmente como un problema el hecho de que, acabada la jornada laboral, los empleados sigan conectados con sus superiores con fines profesionales por medio de los dispositivos electrónicos de comunicación a distancia, y que aquellos se sientan compelidos a contestar; es más, tanto la prensa americana como la inglesa acogieron con cierta sorna la entrada en vigor de la Ley francesa que introducía en su Ordenamiento Jurídico el derecho a la desconexión digital. Incluso algunos artículos periodísticos destacaron más el hecho de que Francia se haya caracterizado tradicionalmente por ser el país donde los trabajadores disfrutaban de más tiempo para comer— una hora y media en los últimos 20 años —, aunque en la actualidad se ha reducido a 22 minutos⁴⁶.

B. La regulación del derecho a la desconexión digital en Francia

En puridad, puede decirse sin temor a errar que de los dos países europeos que primero regularon la desconexión digital, Italia y Francia, solamente este último lo hizo dotándole de un contenido propio. Concretamente, el 1 de enero de 2017 entró en vigor la Ley 2016-1088⁴⁷, conocida como la Ley El Komrhi, en honor a la Ministra que ocupaba la cartera de Trabajo cuando fue promulgada, el 8 de agosto de 2016. El art. 55.I 2º de esta norma legislativa añadía un séptimo apartado al art. L2242-8 del Código del Trabajo francés con el objeto de abordar el tratamiento legal de las herramientas tecnológicas en el trabajo.

Para analizar la regulación francesa de esta materia es necesario remontarse a su génesis, que se halla en el informe Transformación digital y vida laboral⁴⁸, conocido comúnmente como el Informe *Mettling*, nombre de su redactor principal y director general adjunto de Orange, Bruno Mettling. Se trata de un estudio encargado el 25 de marzo de 2015 por François Rebsamen, el por entonces Ministro de Trabajo francés. En la publicación se ponen de relieve los riesgos que para la seguridad y salud de los trabajadores puede acarrear el uso de las TIC en el ámbito laboral. Esos riesgos derivan, en particular, del manejo de herramientas telemáticas por parte de los trabajadores en cualquier lugar y en cualquier momento, obviando la legislación laboral vigente atinente a la jornada máxima, las horas extraordinarias o los periodos de descanso. De ahí que el estudio insista

⁴⁵ MELLA MÉNDEZ, L. (2016). Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores (1). Ob. Cit. Pág. 15.

⁴⁶ Samuel, H.: Land of the long lunch no more: French workers take 22 minutes for midday meal, *The Telegraph*. Recuperado el 24 de septiembre de 2018 de; y Hyken, S. (21 de enero de 2017). A Worker's Right To Disconnect From Work, *Forbes*. Recuperado el 24 de septiembre de 2018.

⁴⁷ *Loi n° 2016-1088 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels* (Ley núm. 2016-1088 sobre el trabajo, la modernización del diálogo social y la seguridad en las carreras profesionales).

⁴⁸ En su redacción original, *Transformation numérique et vie au travail*.

especialmente en la necesidad de desarrollar una “educación digital” que permita prevenir y evitar “los retos de la transformación digital” para garantizar de esta manera un equilibrio entre vida privada y vida profesional⁴⁹, aspecto este en el que ya incidía el art. 17 del acuerdo interprofesional nacional de 19 de junio de 2013 sobre la calidad de vida laboral⁵⁰.

Haciendo un ejercicio de síntesis, el legislador francés consiguió aglutinar e incorporar prácticamente las 36 propuestas del Informe *Mettling* en un solo apartado de un artículo: el apartado séptimo del art. L2242-8 del Código del Trabajo francés. La redacción, traducida al español del mencionado artículo, establecía que “La negociación anual sobre la igualdad profesional entre mujeres y hombres y la calidad de vida en el trabajo abarca (...):

7º Las condiciones para el pleno ejercicio por parte del empleado de su derecho a la desconexión y el establecimiento por parte de la empresa de dispositivos para regular el uso de las herramientas digitales, con el objeto de garantizar que se respeten los períodos de descanso y de licencia, así como la vida personal y familiar. Ante la falta de acuerdo, el empleador elaborará una política de actuación, después de consultar al comité de empresa o, en su defecto, a los delegados de personal. Este protocolo de actuación define los procedimientos para el ejercicio del derecho de desconexión y proporciona además la implementación, para los empleados y el personal de administración y gerencia, de acciones de capacitación y sensibilización para el uso razonable de herramientas digitales”.

En la actualidad, tras las modificaciones efectuadas por la entrada en vigor de diversos textos normativos⁵¹, el tratamiento del derecho a la desconexión digital en el Código del Trabajo francés se encuentra en tres preceptos: los arts. L 2242-17 7º, L 3121-64-II.3º y L 3121-65-II. El tenor literal que tenía el anterior art. L 2242-8.7º se ha trasladado prácticamente íntegro al art. L 2242-17.7º, aunque en la redacción actual, en caso de faltar el correspondiente acuerdo que haga efectivo el derecho a la desconexión digital, el empleador tendrá que elaborar la política de actuación consultando previamente al Comité Social Económico, y no al comité de empresa o a los delegados de personal⁵².

Los arts. L 3121-64-II.3º y L 3121-65-II se refieren al disfrute del derecho a la desconexión digital por parte de los trabajadores que han pactado con el empleador una tarifa plana anual en días al año (*forfait jours*)⁵³. En ese acuerdo que alcancen trabajador y empleador en virtud del cual al

⁴⁹ [METTLING, B.](#) (2015). *Transformation numérique et vie au travail*. París: Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social. Recuperado el 22 de septiembre de 2018. Pág. 42.

⁵⁰ *Accord national interprofessionnel sur la qualité de vie au travail, du 19 juin 2013* (NOR : ASET1351058M).

⁵¹ *Ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social* (Ordenanza para complementar y hacer coherentes las disposiciones establecidas de conformidad con la Ley de habilitación para la toma de medidas dirigidas al fortalecimiento del diálogo social); *Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective* (Ordenanza sobre el refuerzo de la negociación colectiva) y *Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel (1)* (Ley para la libertad de elegir el futuro profesional).

⁵² El Comité Social y Económico reemplaza y aglutina a los representantes de los trabajadores, esto es, a los delegados de personal, al comité de empresa y al comité de salud, seguridad y condiciones de trabajo. La incorporación de esta figura en todas las empresas de más de 11 trabajadores es obligatoria y debe realizarse antes del 1 de enero de 2020 (art. L 2311-2 Código del Trabajo francés).

⁵³ Los trabajadores que se acogen a la tarifa plana o *forfait jours* no se ajustan a la duración legal francesa de los tiempos de trabajo y descanso. El Código del Trabajo francés fija en 35 horas semanales la jornada ordinaria máxima (art. D 3121-25 2º), en 11 horas consecutivas las de descanso diario (art. L 3131-1) y en 35 horas consecutivas las de descanso semanal (art. L 3132-2). La tarifa plana se presenta como un sistema que permite ajustar las horas de trabajo en un periodo de tiempo superior a una semana, y está especialmente diseñado para aquellos empleados que tienen una mayor autonomía en la organización de su horario. Para que la tarifa plana sea aplicable en una empresa, es necesario que esta organización alternativa del tiempo de trabajo se contemple en el convenio colectivo o en el acuerdo de empresa, que incluya una serie de cláusulas obligatorias (entre ellas, la imposibilidad de superar los 218 días de trabajo al año, y que en caso de superarse, el aumento en la remuneración

primero le será de aplicación la tarifa plana anual, se tendrán que recoger también las condiciones en las que aquel pueda disfrutar de su derecho a la desconexión digital. En caso de que en tal pacto no se hubiera recogido ninguna mención a las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a la desconexión digital del trabajador, será el empresario quien establezca los procedimientos oportunos, debiéndoselos hacer saber al trabajador por cualquier medio a su alcance. Además, en el específico caso de que se tratara de una empresa con 50 o más trabajadores, esas condiciones de ejercicio del derecho que determine el empresario a falta de acuerdo con el trabajador, tendrán que ser coherentes con la política de actuación que en su caso hubiese fijado, de acuerdo con el art. L 2242-17.7° del Código del Trabajo francés.

Lo revelador de la normativa francesa es la consideración de la desconexión digital como un derecho de los trabajadores, con las protecciones e implicaciones que esta cualificación lleva intrínsecas. La primera de esas implicaciones es que, si se trata de un derecho para los empleados, necesariamente constituye una obligación para el empresario⁵⁴, en concreto, la de negociar la aplicación del susodicho derecho y la de poner en marcha las medidas oportunas para garantizar que se hace un uso responsable de las herramientas digitales.

Otro aspecto significativo con el que el legislador francés ha dotado al derecho (trabajador)-deber (empresario) de desconexión digital es el procedimiento para su ejercicio por parte de los trabajadores. En la dicción literal del precepto se puede observar cómo se da preeminencia al acuerdo sobre el convenio colectivo, que ni siquiera se menciona, de suerte que será la negociación colectiva el instrumento a través del cual trabajadores y empresarios de una compañía habrán de fijar las condiciones que permitan el pleno ejercicio de la desconexión digital.

Aunque el art. L 2242-17 del Código del Trabajo francés se encuentra sistematizado dentro del capítulo que alberga los temas sobre los que obligatoriamente debe tratarse en la negociación colectiva, el legislador asume la posibilidad de fracaso en la transacción, ya que contempla un escenario alternativo al acuerdo que debería alcanzarse. Así, en el supuesto de que no culminara la negociación colectiva con un acuerdo entre ambas partes, el empresario confeccionaría unilateralmente una política de actuación (*charte*) que contendría las medidas para la aplicación de este derecho, mediando únicamente una consulta al respecto al Comité Social Económico.

Los actores sociales, y en particular los sindicatos, han tildado de insuficiente el resultado final de la positivación del derecho a la desconexión digital⁵⁵. Los dos principales escollos señalados por las organizaciones sindicales son, por un lado, la prevalencia del acuerdo sobre el convenio colectivo, y por otro, la falta de concreción en la definición del derecho. En lo atinente a la primera objeción, aducen que el procedimiento que se propone – primando el acuerdo sobre el convenio colectivo y permitiendo que en caso de desacuerdo sea el propio empresario el que establezca las condiciones de ejercicio del derecho de desconexión de los trabajadores – debilita la negociación colectiva, y más concretamente, la posición de los empleados frente al empresario. En cuanto al segundo obstáculo, preocupa fundamentalmente que la indeterminación del derecho a la desconexión por el legislador pueda degenerar en la aparición de grandes desigualdades entre los trabajadores, como consecuencia de las distintas perspectivas que pueden adoptar las empresas en el tratamiento de la cuestión⁵⁶. Es más, los sindicatos temen incluso que en la mayoría de los casos la autorregulación por las empresas del derecho a la desconexión digital se quede en meros compromisos o guías de conducta, habida cuenta de que es un hábito muy arraigado en muchas

del trabajador por la renuncia a días de descanso, no puede ser inferior al 10 % [arts. L 3121-58 y L 3121-59]) y que la adopción por el trabajador de esta tarifa plana se formalice por escrito en un acuerdo individual alcanzado entre el empleado y el empresario.

⁵⁴ METTLING, B. (2015). Ob. Cit. Pág. 21.

⁵⁵ [UGICT-CGT](#): *Guide du Droit à la Déconnexion*. Recuperado el 10 de Septiembre de 2018.

⁵⁶ FORCE OUVRIÈRE. (22 de Diciembre de 2016). *Le droit à la déconnexion: une nouvelle thématique de négociation*. Recuperado el 10 de Septiembre de 2018.

organizaciones favorecer la disponibilidad inmediata de sus empleados, máxime en tiempos de alta tasa de desempleo; y de que tan solo 1 de cada 5 trabajadores considera que la empresa para la que trabaja interviene para limitar el uso de herramientas digitales fuera de las horas de trabajo⁵⁷.

En estos mismos argumentos coinciden los académicos, quienes además de evidenciar la indefinición del concepto y la preeminencia del poder de control empresarial sobre la negociación colectiva en la regulación de la desconexión digital – al ser el empleador quien tiene la capacidad, en última instancia, de establecer su ordenación y aplicación y quien ha de poner los medios para velar por su cumplimiento –, ponen el foco de atención en la calidad técnico-jurídica del precepto. Se recrimina la falta de tratamiento *ad hoc* de la desconexión digital al considerarse forzado su encaje en la subsección del Código del Trabajo francés dedicada a los planes de igualdad. También se alude a la falta de consecuencias jurídicas coligadas, lo que le ha valido la calificación de norma de reconocimiento y de mero tenor programático más que imperativa desde una perspectiva práctica⁵⁸.

Ciertamente, la regulación de la desconexión digital actual en Francia es muy laxa, pues aun cuando es sancionable el incumplimiento de la obligación de negociar con un año de prisión y una multa de 3.750 euros (art. L 2243-2 Código del Trabajo francés), en puridad, el empresario no está compelido a alcanzar ese acuerdo y no se prevé ninguna sanción en caso de que, faltando aquel, tampoco confeccione la política de actuación aludida en el apartado séptimo del art. L 2242-17 del Código del Trabajo francés. No obstante, no comparto la crítica vertida contra la inclusión de la desconexión digital en los planes de igualdad, pues no puede negarse que guarda una inescindible relación con la conciliación de la vida laboral, personal y familiar y, por tanto, con el necesario equilibrio entre la vida privada y la profesional. De hecho, como se ha visto *supra* en el epígrafe II apartado 1.4.2 algunas empresas en España han optado por incluir la desconexión digital dentro de los planes de igualdad. Esta técnica de regulación no debería llevar a la conclusión de que carece de un tratamiento propio, pues ciertamente lo tiene, si bien en lugar de considerarse dentro de la prevención de riesgos laborales se alude a la desconexión digital a colación de la conciliación de la vida laboral y personal.

A pesar de las críticas cosechadas y de la sombra que planea sobre si la desconexión digital responde a un intento del ejecutivo francés de compensar la pérdida de derechos laborales que trajo consigo la reforma laboral de 2016⁵⁹, la sociedad gala, y más concretamente, sus organizaciones sindicales, han acogido positivamente esta regulación, concibiéndola como un primer paso del legislador hacia la positivación del uso de las herramientas tecnológicas en el trabajo y hacia el equilibrio entre la vida profesional y privada.

Cabe señalar que en Francia, al igual que en España y Alemania, los actores sociales encabezaron la regulación del uso de las TIC como herramientas laborales. En particular, fueron las empresas de los sectores tecnológico, energético, de las telecomunicaciones y de la automoción, las primeras en acercarse a una regulación de la desconexión digital de sus trabajadores en los siguientes términos:

- El art. 4.8.1 del convenio colectivo de **SYNTEC-CINOV**, de 1 de abril de 2014, reconoce a los trabajadores el derecho a la desconexión digital, al tiempo que establece el deber del empleador de disponer de un sistema que garantice el cumplimiento de los tiempos de descanso de los trabajadores, teniendo en cuenta que la organización del tiempo de trabajo es pactada entre trabajador y empleador sin que lo consensuado pueda vulnerar por exceso la jornada máxima, o

⁵⁷ **ÉLÉAS**. (2016). *Enquête «Pratiques numériques des actifs en France en 2016»*. Comunicado de prensa. Recuperado el 7 de abril de 2019.

⁵⁸ TALÉNS VISCONTI, E. E. (2018). Ob. Cit. Págs. 7-8; ALEMÁN PÁEZ, F. (2017). Ob. Cit. Págs. 23-28; y DI MEO, R. (2017). Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata. *Labour & Law Issues* (3), 18-38. Pág. 23. MOLINA NAVARRETE, C. (2017). Ob. Cit. Pág. 272.

⁵⁹ En este sentido, ALEMÁN PÁEZ, F. (2017). Ob. Cit. Pág. 23.

por defecto, los tiempos de descanso legalmente establecidos conforme a la normativa laboral francesa. En caso de que las partes no alcanzaran un acuerdo a este respecto, sería el empleador quien debería elaborar una política de actuación que contuviera las medidas a aplicar; *ergo*, la ordenación del uso de las herramientas de comunicación a distancia quedaría en última instancia y conforme a este convenio, a merced de la cultura empresarial de la compañía. Ahora bien, lo verdaderamente destacable de este convenio sectorial es el hecho de que la regulación de los tiempos de trabajo y de descanso que recoge, incluyendo el derecho de desconexión digital, se aplica también a los trabajadores que ocupan puestos de dirección y administración, caracterizados por su mayor autonomía y capacidad de decisión sobre su organización del tiempo de trabajo y a los que normalmente se les exige una mayor disponibilidad (art. 4.1).

- El **grupo Areva**, multinacional francesa líder en el sector de la energía nuclear, implantó el derecho a la desconexión digital a través de un acuerdo colectivo alcanzado el 31 de mayo de 2012. Este derecho de los empleados a no recibir correos electrónicos fuera del horario de trabajo puede ser excepcionado por la urgencia e importancia del asunto a tratar. En cualquier caso, para asegurar el cumplimiento del derecho a la desconexión, el acuerdo recoge la implantación de un sistema de seguimiento del flujo de correos electrónicos.
- El acuerdo de empresa de **Orange** conmina a los empleados a fijar tiempos en los cuales no hagan uso de sus herramientas de mensajería instantánea, y en particular, que esa desconexión tenga lugar preferiblemente durante la celebración de reuniones. En este caso en particular, la desconexión digital no se dirige tanto a salvaguardar la seguridad y salud del trabajador o a garantizar la conciliación de su vida laboral y familiar, cuanto a fomentar la concentración de los trabajadores asistentes a esas reuniones de trabajo.
- La empresa de neumáticos **Michelin** ha implantado un sistema dirigido a fiscalizar las conexiones por control remoto de sus directivos entre las 21 horas y las 7 horas en días hábiles, y desde las 21 horas de los viernes hasta las 7 horas de los lunes, los fines de semana.
- La empresa automovilística **Renault** adoptó un acuerdo el 16 de mayo de 2012 que limita el uso de la mensajería y telefonía de contenido profesional por la noche y los fines de semana, y exonera explícitamente a los trabajadores de la obligación de responder los correos electrónicos que se reciban durante estos periodos.

C. La regulación del derecho a la desconexión digital en Italia

Italia ha optado, más que por el reconocimiento de un nuevo derecho laboral – el derecho a la desconexión digital –, por la regulación de un novedoso modelo de trabajo al que ha dado el nombre de *lavoro agile*. La Ley 81/2017, de 22 de mayo⁶⁰, dedica su Capítulo II a esclarecer este nuevo concepto, que se presenta como una forma de trabajo en la que empresario y trabajador acuerdan una combinación de tiempos de trabajo presenciales en el centro de trabajo y periodos en los que el servicio se presta fuera de aquel, aunque sin un lugar fijo, con “la posibilidad de utilizar herramientas tecnológicas para el desarrollo de la actividad laboral”.

En este nuevo modelo de trabajo, la actividad laboral debe desarrollarse dentro de los límites diarios y semanales máximos de tiempo de trabajo establecidos legal y convencionalmente, independientemente de que se lleve a cabo en el centro de trabajo o fuera de él (art. 18.1 *in fine*). El acuerdo alcanzado entre trabajador y empresario ha de formalizarse por escrito y especificar el tipo de supervisión que llevará a cabo el superior jerárquico, las herramientas tecnológicas concretas que serán utilizadas por el trabajador para su cometido, los tiempos de descanso del empleado y las medidas necesarias que garanticen la desconexión por parte del trabajador de los instrumentos

⁶⁰ Ley 81/2017, de 22 de mayo, de medidas para la tutela del trabajo autónomo no empresarial y medidas dirigidas a favorecer la articulación flexible en los tiempos y en los lugares de trabajo subordinado. En su redacción original *Legge 81/2017, 22 maggio 2017, 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*.

tecnológicos empleados (art. 19.1). Asimismo, conviene tener presente que el trabajador sigue sometido a la potestad disciplinaria del empleador aun cuando desarrolle la actividad fuera del centro de trabajo (art. 21.1), de la misma manera que tanto trabajador como empleador mantienen sus obligaciones respectivas en lo concerniente a la prevención de riesgos laborales (art. 22).

Cabe destacar que el proyecto originario de la Ley 81/2017 contemplaba el derecho de los trabajadores a desconectarse de las herramientas tecnológicas y de las plataformas de trabajo informáticas sin por ello sufrir consecuencias negativas ni en su retribución ni en su relación laboral (garantía de indemnidad)⁶¹. Empero este derecho no trascendió finalmente a la norma, omisión que ha llevado a algunos a considerar que el legislador italiano ha dado un paso atrás⁶².

D. Semejanzas y diferencias entre el modelo francés y el modelo italiano

El denominador común de la normativa francesa e italiana al regular la desconexión digital es la previsión legal de las obligaciones del empresario relativas al control del uso de los aparatos electrónicos con fines laborales, así como la implementación de sistemas que garanticen la desconexión efectiva de los trabajadores de tales herramientas y el cumplimiento por estos de los tiempos de descanso.

En lo atinente a las diferencias entre ambas normativas (francesa e italiana), estas se centran en tres aspectos fundamentalmente: el enfoque, el procedimiento y el tratamiento de la materia:

- Mientras para la positivación italiana la desconexión digital del trabajador no constituye un derecho laboral, para la regulación francesa sí lo es, matiz este en absoluto baladí en la medida en que va a dar cuenta del carácter dispositivo o imperativo que tenga o vaya a tener dicha ordenación, así como el grado de protección con el que vaya a contar tanto a nivel legislativo como judicial. Como ya se sugería, este contraste deriva en esencia de la disparidad de enfoques asumidos, dado que a diferencia de la regulación francesa, la italiana se ha dirigido no tanto a pergeñar un nuevo derecho de los trabajadores cuanto a la instauración de un nuevo modelo de trabajo – que, dicho sea de paso, guarda un importante parecido con el teletrabajo –, y en consecuencia lo ha dotado de una mayor concreción, algo de lo que carece el modelo francés y que ya se han encargado de apuntar los sindicatos.
- La segunda diferencia radica en el procedimiento elegido para el ejercicio de la desconexión digital, tanto formal como materialmente. Desde un punto de vista formal, en el modelo francés, la desconexión digital tiene plena autonomía, en tanto que en el italiano se circunscribe a la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, a las condiciones de ejercicio del *lavoro agile* que acuerden empresario y trabajador. Materialmente, en el modelo francés se posibilita la redacción por el empresario de una política de actuación que regule el ejercicio de la desconexión digital para el caso de que no se haya logrado alcanzar un acuerdo entre las dos partes interesadas, mientras que en el italiano ni siquiera se valora la posibilidad de que no haya acuerdo entre empresario y trabajador, de modo que no se prevé la autorregulación unilateral del *lavoro agile*.
- La tercera diferencia reseñable es el tratamiento que ambas regulaciones (francesa e italiana) dispensan a la desconexión digital en lo que a su negociación, establecimiento y destinatarios se refiere. Para el modelo francés la desconexión digital es un asunto que debe tratar la negociación colectiva y al que hay que dar una solución, en su caso, por medio de un acuerdo colectivo, afectando este a la totalidad de los trabajadores. Sin embargo, el modelo italiano se ha decantado por la negociación individual, en lugar de la colectiva, para la elaboración del acuerdo que asiente las bases del ejercicio del *lavoro agile* caso por caso. En la negociación del modelo

⁶¹ Fascicolo Iter DDL S. 2229, *Adattamento negoziale delle modalità di lavoro agile nella quarta rivoluzione industriale. Senato della Repubblica XVII Legislatura*, 19 de Marzo de 2018. Págs. 8-10.

⁶² DI MEO, R. (2017). Ob. Cit. Pág. 28.

italiano participan únicamente, de manera individual con el empresario, aquellos empleados que opten por desarrollar sus funciones bajo esta modalidad de trabajo. Así las cosas, conforme a la regulación italiana, habrá tantos acuerdos como trabajadores decidan asumir como sistema de trabajo el *lavoro agile*, si bien, cabe señalar que las condiciones estipuladas en estos acuerdos no pueden implicar “un tratamiento económico o normativo” más precario que el previsto en los convenios colectivos para los trabajadores que desempeñan su labor íntegramente en el centro de trabajo (art. 20.1 *in fine* Ley 81/2017).

2. LAS TIC EN EL ORIGEN DE RIESGOS LABORALES (EMERGENTES) PARA LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES

2.1 LOS RIESGOS PSICOSOCIALES

La inserción de las TIC en el trabajo ha redundado en una reducción del tiempo de desplazamiento, un incremento de la flexibilidad y de la autonomía del empleado en la organización de su propio tiempo de trabajo y un aumento de la productividad⁶³. Junto a estos provechosos efectos se han revelado otros no tan positivos, como, entre otros: 1) la difuminación de la frontera entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso (*supra* apartado II.1); 2) la sustitución del control de las horas de trabajo por la supervisión del rendimiento al prevalecer la consecución de objetivos sobre el tiempo efectivo que ello requiere; y 3) el desplazamiento del empleador al empleado de la responsabilidad de control del tiempo de trabajo al otorgarle al último mayor autonomía⁶⁴.

Por otro lado, desde hace un par de décadas, en el contexto europeo ha dejado de prevalecer el componente físico en el trabajo, para ocupar una posición preeminente el factor intelectual, llevando consigo ello el surgimiento de nuevos riesgos laborales: los riesgos psicosociales⁶⁵. La OIT y la OMS definen los riesgos psicosociales o factores de riesgo psicosocial como “las interacciones entre el medioambiente de trabajo, el contenido del trabajo, las condiciones de organización y las capacidades, las necesidades y la cultura del trabajador, las consideraciones personales externas al trabajo que pueden, en función de las percepciones y la experiencia, tener influencia en la salud, el rendimiento en el trabajo y la satisfacción laboral”⁶⁶. Se trata de un tipo de riesgos relativamente novedosos si se tiene en cuenta que en ellos comenzó a reparar la literatura y la investigación del área de seguridad e higiene en el trabajo en la década de los años 80 del siglo XX, mientras que el interés por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales data de mediados del siglo XVIII⁶⁷. Considerando esa referencia temporal, es asumible que los riesgos

⁶³ EUROFOUND AND THE INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. (2017). Ob. Cit. Pág. 1; EUROFOUND. (2017). *Sixth European Working Conditions Survey*. Ob. Cit. Pág. 14; EUROFOUND. (2017). *Working time patterns for sustainable work*. Ob. Cit. Pág. 3; MIÑARRO LÓPEZ, A. (2011). Influencia de las TIC en los Riesgos Laborales. *Antena de Telecomunicación*, 32-37. Pág. 32; y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. I. (2004). ¿Pueden las tecnologías de la información mejorar la productividad? *Universia Business Review*, 82-95. Págs. 84-94.

⁶⁴ EUROFOUND. (2017). *Working time patterns for sustainable work*. Ob. Cit. Pág. 3; y EUROFOUND AND THE INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. (2017). *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*. Ob. Cit. Pág. 23.

⁶⁵ EUROFOUND. (2017). *Working time patterns for sustainable work*. Ob. Cit. Pág. 3; MIÑARRO LÓPEZ, A. (2011). Ob. Cit. Pág. 32; SALANOVA, M. (2003). Trabajando con tecnologías y afrontando el tecnoestrés: el rol de las creencias de eficacia. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 225-246. Pág. 229.

⁶⁶ OIT. (1986). *Los factores psicosociales en el trabajo: reconocimiento y control*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Pág. 3. En la Tabla 1 de Anexos se recoge el Marco Europeo para la Gestión del Riesgo Psicosocial: PRIMA-EF (*Psychosocial Risk Management-Excellence Framework*). Se trata de un cuadro confeccionado por organizaciones internacionales (OIT y OMS) y por los organismos técnicos estatales del ámbito de la seguridad y salud de Finlandia, Alemania, Holanda, Polonia e Italia. Su objetivo es proporcionar a los responsables políticos, empleadores, sindicatos, expertos y empleados un marco de actuación para la gestión del riesgo psicosocial en el trabajo.

⁶⁷ MORENO-JIMÉNEZ, B. (2014). Los riesgos laborales psicosociales: marco conceptual y contexto socio-económico. *ORP Journal*, 4-18. Pág. 5.

psicosociales lleven aparejada la connotación de “emergentes”. Sin embargo, el hecho de que lleven reconocidos oficialmente cerca de cuatro décadas, hace que paulatinamente vayan desprendiéndose de aquel calificativo.

Los riesgos psicosociales guardan una estrecha relación con el concepto de calidad de vida laboral⁶⁸, y su análisis es ciertamente complejo, dado que, a diferencia de los accidentes o las enfermedades, el estudio de los factores psicosociales hay que abordarlo desde una doble perspectiva: por un lado, la vertiente organizacional u objetiva – referida a las estructuras y prácticas adoptadas por la organización, que afectan al bienestar laboral del trabajador – y por otro, la vertiente individual o subjetiva – relativa a las interpretaciones que realiza el trabajador sobre sí mismo respecto del trabajo, y que inciden en su satisfacción laboral –⁶⁹. En puridad, los riesgos psicosociales en el trabajo “representan el conjunto de las percepciones y experiencias del trabajador”⁷⁰, y conocer los discernimientos de un sujeto es cuanto menos una empresa ardua, ya que constituyen una apreciación personal y, por ende, de dimensión interna; he ahí la dificultad de aprehensión de los riesgos psicosociales en el trabajo.

El acometimiento de un análisis profundo de los riesgos psicosociales en el trabajo relacionados con el uso de las TIC precisa del estudio de un amplio elenco de factores. No solamente hay que valorar, por ejemplo, el efecto que tiene en el trabajador la comunicación que recibe de su superior, un cliente o un compañero, acabada su jornada laboral, y en consecuencia, en su tiempo de descanso, para que realice alguna tarea profesional, sino también la exigencia de mantenerse al día en los adelantos tecnológicos.

Salvo que se haya pactado lo contrario, el trabajador no tiene obligación de atender aquella comunicación si no está dentro de su horario de trabajo. Sin embargo, lo habitual es que el empleado se sienta de alguna manera constreñido a contestar a la misma y a ejecutar la tarea solicitada, convirtiéndose así en una suerte de “trabajador a 24 horas”⁷¹. Ese impulso puede fundamentarse en distintas motivaciones: miedo a represalias por parte de superiores, deseo de granjearse una buena imagen frente a sus jefes, asegurarse un ascenso o la continuidad en la empresa, etc. Independientemente de la razón a la que obedezca esa permanencia *online*, el resultado es que el trabajador le resta cada vez más espacio a la esfera privada, y lo que es aún más importante, a su descanso, con el consiguiente riesgo para su seguridad y salud⁷².

Además de la carga laboral propia del puesto, las TIC asignan al empleado “más trabajo empero fuera del trabajo”⁷³. En otras palabras, para evitar que sus conocimientos tecnológicos queden obsoletos, se les impone un ejercicio constante de reciclaje y formación en la materia, que

⁶⁸ La definición más completa de calidad de vida laboral se corresponde con la cita de Katzell, Yankelovich, Fein Or nati y Nash (1975): “Un trabajador disfruta de alta calidad de vida laboral cuando experimenta sentimientos positivos hacia su trabajo y sus perspectivas de futuro, está motivado para permanecer en su puesto de trabajo y realizarlo bien y cuando siente que su vida laboral encaja bien con su vida privada de tal modo que es capaz de percibir que existe un equilibrio entre las dos, de acuerdo con sus valores personales”. Cita recogida en SEGURADO TORRES, A., & AGULLÓ TOMÁS, E. (2002). Calidad de vida laboral: hacia un enfoque integrador desde la Psicología Social. *Psicothema*, 828-836. Pág. 830.

⁶⁹ En este sentido GRANADOS, I. (2011). Calidad de vida laboral: historia, dimensiones y beneficios. *Revista de Investigación en Psicología*, 213-225. Pág. 216; ALCOVER DE LA HERA, C. M., MARTÍNEZ ÍÑIGO, D., RODRÍGUEZ MAZO, F., & DOMÍNGUEZ BILBAO, R. (2004). *Introducción a la Psicología del Trabajo*. Madrid: McGraw Hill. Págs. 456-457; y OIT. (1986). *Los factores psicosociales en el trabajo: reconocimiento y control*. Ob. Cit. Pág. 3.

⁷⁰ OIT. (1986). *Los factores psicosociales en el trabajo: reconocimiento y control*. Ob. Cit. Pág. 3.

⁷¹ En sus variantes anglosajonas *employee 24/7-365* u *on-call worker*. MELLA MÉNDEZ, L. (2016). Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores (1). Ob. Cit. Págs. 4-9.

⁷² EUROFOUND. (2017). *Working time patterns for sustainable work*. Ob. Cit. Pág. 66.

⁷³ ALEMÁN PÁEZ, F. (2017). Ob. Cit. Pág. 16.

por definición es dinámica y en continua progresión⁷⁴. Y por si ese sempiterno aprendizaje a marchas forzadas no fuese *per se* un estresor suficiente, generalmente esa formación ha de proveérsela el propio trabajador fuera de su jornada laboral. Además, la sociedad de la información favorece el intercambio y almacenamiento masivo de datos⁷⁵. Las máquinas están capacitadas para la gestión de esa ingente cantidad de información, pero no los humanos, que corren el riesgo de saturar y colapsar, con la consiguiente consecuencia de no entender ni asumir ese exceso de información. Para aludir a esta realidad, se acuñó en las postrimerías del primer milenio y los albores del segundo el neologismo de *infoxicación*, que pronto fue acogido por la comunidad científica. La infoxicación se presenta como un factor de riesgo psicosocial *per se*, pero quizá lo más preocupante sea que esa recepción masiva de información propia de la hiperconectividad cada vez se reviste de mayor normalidad⁷⁶.

El advenimiento de nuevas técnicas y nuevas tecnologías en el ámbito laboral, sin el debido respeto a la seguridad y salud de los trabajadores, puede traer consigo un incremento de los riesgos laborales: ya sea aumentando las posibilidades de que se produzcan los riesgos ya conocidos, o ya sea apareciendo otros nuevos, desconocidos hasta el momento. La obligación autoimpuesta o heteroimpuesta de permanecer atento a las comunicaciones de índole profesional (tecno-ansiedad y tecno-adicción) puede converger en cansancio (tecno-fatiga y tecno-estrés) y cristalizar finalmente en el síndrome de *burnout* o en adicción al trabajo (*workaholism*), o incluso llegar a la somatización de estas alteraciones. Dos buenas maneras de combatir los riesgos psicosociales en el trabajo asociados al uso de las TIC son: 1) respetar taxativamente los tiempos de trabajo y de descanso⁷⁷ y 2) hacer un uso responsable y razonable de estas herramientas que deben estar a nuestro servicio y no a la inversa.

Los dos siguientes apartados recogen las lesiones que el trabajador sufre cuando los riesgos psicosociales vinculados al uso de las TIC se materializan en un daño, esto es, las tecnopatologías, distinguiendo entre: 1) las alteraciones de la salud ya conocidas que pueden verse potenciadas con un mal uso de las TIC, y 2) los desórdenes de la salud emergentes directamente vinculados con las TIC. A efectos metodológicos y pedagógicos, cabe distinguir ambas categorías, pero en la práctica lo habitual es que todos o algunos de estos trastornos se manifiesten conjuntamente, o incluso que estos desórdenes se somaticen y afecten al estado físico en forma de alteraciones del sueño, dolores músculo-esqueléticos, problemas coronarios, etc.

2.2 LOS DESÓRDENES DE LA SALUD YA CONOCIDOS SUSCEPTIBLES DE AGRAVARSE POR EL USO DE LAS TIC

2.2.1 *El estrés laboral (eustrés y distrés)*

La primera y fundamental afección que se ha visto incrementada con el uso de las TIC es el estrés laboral⁷⁸. El estrés se define como una reacción del organismo ante las demandas del

⁷⁴ En este sentido, ALEMÁN PÁEZ, F. (2017). Ob. Cit. Pág. 16; ABA CATOIRA, A. (2014). Ob. Cit. Pág. 80; y SALANOVA, M. (2003). Trabajando con tecnologías y afrontando el tecnoestrés: el rol de las creencias de eficacia. Ob. Cit. Pág. 229.

⁷⁵ CORNELLA, A. (2010). *Infoxicación: buscando un orden en la información*. Barcelona: Zero Factory S.L. Pág. 102.

⁷⁶ ALEMÁN PÁEZ, F. (2017). Ob. Cit. Pág. 17.

⁷⁷ MELLA MÉNDEZ, L. (2016). Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores (1). Ob. Cit. Pág. 9.

⁷⁸ La comunicación de la Comisión de 10 de enero de 2017, Trabajo más seguro y saludable para todos – Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo (COM (2017) 12), alerta sobre la tendencia al alza del surgimiento de riesgos psicosociales y estrés laboral que ha podido ir observándose quinquenalmente en las encuestas sobre condiciones de trabajo realizadas por Eurofound. A pesar de esta consideración, el estrés no figura a día de hoy como una enfermedad profesional ni en la lista europea de enfermedades profesionales – con estatus de Recomendación – ni en el cuadro de enfermedades profesionales del

ambiente: si dichas demandas exceden de los recursos del individuo – bien sean recursos propios o recursos proporcionados por el entorno – el sujeto experimenta estrés. En términos más científicos, el estrés es “el resultado, mental o somático, de cualquier demanda sobre el cuerpo”⁷⁹. El doctor Hans Selye, uno de los autores con mayor reconocimiento en el estudio de este trastorno psicológico, lo denominó “síndrome general de adaptación”⁸⁰, y es que, aunque socialmente el estrés tiene connotaciones muy negativas, esta respuesta del organismo no es necesariamente mala, ya que en realidad tan solo es un mecanismo que propicia un estado de alerta que predispone a nuestro cuerpo para la acción, lo que precisamente nos permite mantenernos con vida⁸¹.

Etimológicamente, el vocablo “estrés” procede del término griego *stringere*, que significa “aplicar tensión”. Los estresores son el conjunto de circunstancias – profesionales, privadas, familiares, formativas, etc. –, características personales y acontecimientos predecibles o impredecibles que provocan una reacción biológica y química en el organismo humano: miedo, tensión, atención, amenaza, etc.⁸². Pueden distinguirse dos tipos de estrés: el eustrés (*eustress*) y el distrés (*distress*). El eustrés es considerado el estrés bueno y constructivo que conduce a un estado de salud y de bienestar óptimos tanto a nivel individual como a nivel organizacional, al estimular la productividad. La cara opuesta es el distrés, insalubre y destructivo, que genera consecuencias negativas tanto para el individuo como para la organización⁸³. El que un sujeto presente una u otra modalidad de estrés depende de la valoración que realice de las demandas que el ambiente le hace y de los recursos de que dispone para afrontarlas: si los recursos son bastantes, la experiencia será positiva y, en consecuencia, el tipo de estrés que se presentará será el eustrés; si por el contrario, el sujeto estima que los recursos no son suficientes, entonces la experiencia será negativa y desarrollará distrés⁸⁴.

El estrés laboral no deja de ser estrés, aunque como indica el calificativo que acompaña al sustantivo, se da en un contexto de trabajo, lo que significa que las demandas que va a recibir el sujeto, en su condición de trabajador, son de índole profesional. De acuerdo con la Ley de Yerkes-Dodson, existe una relación directamente proporcional entre el estrés y el rendimiento memorístico de las personas: hasta un cierto punto, a medida que aumenta la presión sobre un sujeto, lo hace también su memoria. Superado el umbral o punto óptimo, el rendimiento del trabajador disminuye. Si esta relación se representara gráficamente, se observaría una U invertida. Lo que pone de manifiesto esta ley es que el estrés moderado puede redundar en un resultado positivo, pero un exceso o defecto de estrés tiene consecuencias negativas⁸⁵.

No debe caerse en el error de considerar el estrés laboral como un factor de riesgo psicosocial, ya que en realidad es una consecuencia⁸⁶. Para evitar esta confusión hay que tener presente la noción legal de riesgo laboral, entendido como “la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo” (art. 4 2º LPRL). Más gráficamente, un riesgo

Real Decreto 1299/2006. Sí se ha recogido, sin embargo, en la última revisión (11ª) de la CIE (CIE 11, en sus siglas en inglés ICD 11th, confeccionado y publicado por la OMS el 18 de junio de 2018).

⁷⁹ ALCOVER DE LA HERA ALCOVER DE LA HERA, C. M., MARTÍNEZ ÍÑIGO, D., RODRÍGUEZ MAZO, F., & DOMÍNGUEZ BILBAO, R. (2004). Ob. Cit. Pág. 460.

⁸⁰ SELYE, H. (1950). Stress and the general adaptation syndrome. *British Medical Journal*, 1383-1392. Pág. 1383.

⁸¹ En palabras del doctor Selye, “no es el estrés el que nos mata, es nuestra reacción a él”.

⁸² SELYE, H. (1976). *Stress in Health and Disease*. Massachusetts: Butterworth. Pág. 14.

⁸³ BROADBRIDGE, A. (2002). Retail managers: their work stressors and coping strategies. *Journal of Retailing and Consumer Services*, 173-183. Pág. 174.

⁸⁴ ALCOVER DE LA HERA ALCOVER DE LA HERA, C. M., MARTÍNEZ ÍÑIGO, D., RODRÍGUEZ MAZO, F., & DOMÍNGUEZ BILBAO, R. (2004). Ob. Cit. Pág. 461.

⁸⁵ BREWER, N., & WILLIAMS, K. D. (Edits.). (2005). *Psychology and Law: an empirical perspective*. Nueva York: The Guilford Press. Pág. 237.

⁸⁶ OIT. (2017). *Riesgos psicosociales, estrés y violencia en el mundo del trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Pág. 13.

psicosocial del estrés laboral, o en particular, del tecnoestrés, sería la introducción de nuevas tecnologías y nuevas técnicas en el puesto de trabajo. Aparecerá el tecnoestrés si el trabajador desarrolla un sentimiento de rechazo hacia estos dispositivos al considerar que no tiene conocimientos o habilidades suficientes para manejarlos. Una prolongación en el tiempo de ese estado, puede degenerar en el síndrome de *burnout*.

2.2.2 El síndrome *burnout* (desgaste profesional)

El primer caso de síndrome de *burnout* se recogió en 1961 en la novela *A burnout case*⁸⁷, de Graham Greens. Ciertamente se trata de un texto que narra una historia ficticia, pero los síntomas que padece el protagonista y que en la novela se describen no son desconocidos en la realidad. De hecho, la bibliografía científica referente al síndrome del quemado es verdaderamente prolifera.

El síndrome de *burnout*⁸⁸ ha sido definido basándose en sus tres componentes: agotamiento emocional, despersonalización y reducción de la realización personal⁸⁹. Una segunda definición lo describe como un proceso de pérdida paulatina por parte del afectado del interés por su trabajo susceptible de converger en depresión⁹⁰. El síndrome de *burnout* también se ha presentado como una “respuesta al estrés laboral crónico”, caracterizada por un sentimiento de agotamiento emocional, una sensación de fracaso profesional y un deterioro de las relaciones interpersonales⁹¹, y es que, inicialmente, el diagnóstico de este trastorno se restringía a profesionales cuyo trabajo se caracterizaba por mantener frecuente contacto con otras personas⁹². No obstante, la aparición del síndrome en profesionales de otras ocupaciones distintas a las asistenciales puso de manifiesto que el estado de agotamiento físico, mental y emocional no deriva de la relación con otros individuos, sino de un grado excesivamente alto de compromiso con el trabajo⁹³.

Algunos autores mantienen que el elemento principal y fundamental del *burnout* es el agotamiento emocional, en tanto que la despersonalización y el desarrollo personal son meros complementos asociados a los estudios realizados con muestras de profesiones asistenciales⁹⁴. En contraposición, otra parte de la doctrina científica considera que aceptar semejante tesis supondría reducir a una sola dimensión el constructo del desgaste profesional, y que, aun cuando el cansancio emocional es el componente que más se ha utilizado para describir el *burnout*, no debe obviarse la

⁸⁷ “*A burnout case*” cuenta la historia de un arquitecto europeo, Querry, que, hastiado de su trabajo e incapaz de encontrar placer ni en su ocupación laboral ni en su vida, resuelve marcharse a una colonia de leprosos en el Congo, donde será útil en la construcción de un hospital, entre otras tareas, que van mejorando el estado de ánimo del protagonista.

⁸⁸ También conocido como síndrome de desgaste profesional, de fatiga en el trabajo, de sobrecarga emocional o del quemado. SABORÍO MORALES, L., & HIDALGO MURILLO, L. F. (2015). Síndrome de burnout. *Medicina Legal de Costa Rica*, 1-6. Pág. 2.

⁸⁹ MASLACH, C., SCHAUFELI, W. B., & LEITER, M. P. (2001). Job burnout. *Annual Review of Psychology*, 397-422. Pág. 403; MASLACH, C. (1982). *Burnout, the cost of caring*. Nueva Jersey: Prentice-Hall. Pág. 2; y MASLACH, C. (1976). Burned-out. *Human Behavior*, 16-22. Pág. 18.

⁹⁰ FREUDENBERGER, H. J. (1974). Staff burnout. *Journal of Social Issues* (30), 159-165. Págs. 159-160.

⁹¹ GIL-MONTE, P. R., & PEIRÓ, J. M. (1999). Perspectivas teóricas y modelos interpretativos para el estudio del síndrome de quemarse por el trabajo. *Anales de Psicología*, 261-268. Pág. 261.

⁹² MASLACH, C. (1982). *Burnout, de cost of caring*. Ob. Cit. Pág. 2.

⁹³ En este sentido, MORENO-JIMÉNEZ, GONZÁLEZ, J. L., & GARROSA, E. (2001). Desgaste profesional (burnout), personalidad y salud percibida. *Empleo, estrés y salud*, 59-83. Pág. 59; y PINES, A., & AARONSON, E. (1988). *Career Burnout: causes and cures*. Nueva York: Free Press. Pág. 84.

⁹⁴ En este sentido, entre otros trabajos:

LEITER, M. P. (1991). The dream denied: professional burnout and the constraints of service organizations. *Canadian Psychology*, 547-558; GARDEN, A. M. (1989). The effect of psychological type on research findings. *Journal of Occupational and Organizational Psychology*, 223-234; y SHIROM, A. (1989). Burnout in work organizations. *International Review of Industrial and Organizational Psychology*, 25-48; y GARDEN, A. M. (1987). Depersonalization: a valid dimension of burnout? *Human Relations*, 545-560

importancia de las otras dos dimensiones⁹⁵. Llevando a un estadio posterior este último posicionamiento doctrinal, el modelo mayoritariamente aceptado es el que mantiene que el síndrome *burnout* presenta tres fases cuya secuencia ordenada es la siguiente⁹⁶: 1) la despersonalización, que alude a la falta de iniciativa y de motivación; 2) la realización personal, que hace referencia a la sensación de incompetencia en el trabajo; y 3) el agotamiento emocional, relativo al sentimiento de ser incapaz de ofrecer más de uno mismo a nivel emocional.

Tampoco existe consenso en la doctrina con respecto a los síntomas y consecuencias del síndrome del desgaste profesional, que varían según la definición que se utilice del fenómeno⁹⁷. En cualquier caso las patologías asociadas al *burnout* se manifiestan en diversos planos en el individuo, a saber: social, físico, psicofisiológico y emocional. En el aspecto social, los estudios han revelado que los trabajadores “quemados” tienden a reducir la interacción social y, por tanto, a aislarse. Físicamente, el síndrome de sobrecarga emocional se ha asociado a dolores de cabeza y musculares, fatiga, alteraciones del sueño, disfunción sexual y pérdida del apetito. Entre los trastornos psicofisiológicos abundan los problemas gastrointestinales y trastornos cardiovasculares. Y en cuanto al aspecto emocional, los trabajos de campo han señalado vínculos entre el síndrome de fatiga en el trabajo y conductas de cinismo y de irritación⁹⁸.

Desde la perspectiva organizacional, tener un trabajador “quemado” en plantilla se traduce en un incremento de los costes⁹⁹. Un trabajador aquejado del síndrome *burnout* tiene una pésima calidad de vida laboral, lo que va a redundar en una escasa productividad y una menor motivación y compromiso por su trabajo. Las principales manifestaciones de esta alteración de la salud en la empresa son el absentismo, la rotación de puestos y la intención de abandonar la empresa¹⁰⁰.

Esta alteración de la salud es susceptible de medición a través del Inventario de Burnout de Maslach (IBM)¹⁰¹. Se trata de un cuestionario que comprende 22 oraciones afirmativas que han de ser valoradas por quien realiza el test en una escala de 0 a 6, donde 0 es “nunca” y 6 equivale a “todos los días”. Este cuestionario, que ha de responderse en un tiempo de 10 a 15 minutos, mide las tres dimensiones del síndrome del desgaste profesional: despersonalización, realización personal y agotamiento emocional, con especial énfasis en este último, al que los creadores del instrumento de medición consideran la “manifestación más obvia” del síndrome¹⁰², y a la que se le dedican nada menos que 12 de las 22 cuestiones. Existen más sistemas de medición – *Copenhagen Burnout Inventory* (CBI) y *Oldenburg Burnout Inventory* (OLBI), entre otros – aunque el más utilizado

⁹⁵ En este sentido, entre otros trabajos: MASLACH, C., SCHAUFELI, W. B., & LEITER, M. P. (2001). Job burnout. Ob. Cit. Págs. 402-403; y MORENO-JIMÉNEZ, B., GONZÁLEZ, J. L., & GARROSA, E. (2001). Desgaste profesional (burnout), personalidad y salud percibida. Ob. Cit. Pág. 64; y GOLEMBIEWSKI, R. T., & MUNZENRIDER, R. F. (1988). *Phases of Burnout: developments in concepts and applications*. Nueva York: Praeger. Págs. 25-29.

⁹⁶ GOLEMBIEWSKI, R. T., & MUNZENRIDER, R. F. (1988). *Phases of Burnout: developments in concepts and applications*. Ob. Cit. Pág. 25.

⁹⁷ MORENO-JIMÉNEZ, B., GONZÁLEZ, J. L., & GARROSA, E. (2001). Desgaste profesional (burnout), personalidad y salud percibida. Ob. Cit. Pág. 61.

⁹⁸ Íd. Págs. 63-65.

⁹⁹ La última estimación del coste del estrés y los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo llevada a cabo por la AESST, apreció que el estrés laboral les supone a las empresas en Europa un sobrecoste de unos 20.000 millones de euros al año.

¹⁰⁰ MORENO-JIMÉNEZ, B., GONZÁLEZ, J. L., & GARROSA, E. (2001). Desgaste profesional (burnout), personalidad y salud percibida. Ob. Cit. Pág. 63.

¹⁰¹ MBI en sus siglas en inglés, *Maslach Burnout Inventory*. Esta herramienta de medición fue desarrollada por Christina Maslach, una reconocida eminencia en la Psicología y en particular en el estudio del *burnout*, junto a Susan E. Jackson y Michael P. Leiter ((1996). *Maslach Burnout Inventory* (Tercera ed.). California: Consulting Psychologists Press).

¹⁰² MASLACH, C., SCHAUFELI, W. B., & LEITER, M. P. (2001). Job burnout. Ob. Cit. Pág. 402.

sigue siendo el IBM, cuyos niveles de fiabilidad y validez han sido calificados como adecuados por la comunidad científica¹⁰³.

La introducción de las TIC en el puesto de trabajo constituye un factor de riesgo psicosocial susceptible de desembocar en estrés laboral, y una elevada exposición del trabajador a esta situación de presión, como se dijo *supra*, puede cristalizar en síndrome de *burnout*. Ahora bien, la mera exposición a las TIC no constituye *per se* un riesgo para la seguridad del trabajador, dado que existen “efectos moduladores” que se deben a “la autoeficacia profesional”, la autoeficacia relacionada con la digitalización del puesto y el uso de esos dispositivos, y la valoración que se haga de tal exposición¹⁰⁴.

De especial importancia resulta el hecho de que, aun cuando esta alteración psíquica goza de la consideración de enfermedad para la OMS desde el año 2000, no ha sido recogida como enfermedad profesional ni en el CIE, ni en la lista europea de enfermedades profesionales ni en el cuadro de enfermedades profesionales del Real Decreto 1299/2006. Por tanto, a la dificultad ya existente del diagnóstico médico del síndrome *burnout*, se añade otra relativa a la determinación de naturaleza de contingencia profesional protegida por el sistema de la Seguridad Social, a los efectos de recabar del mismo la correspondiente cobertura prestacional¹⁰⁵.

2.2.3 La adicción al trabajo

La definición más completa de la adicción al trabajo presenta a este fenómeno como una excesiva y compulsiva necesidad de trabajar incesantemente que socaba la salud y las relaciones sociales de quien la padece¹⁰⁶. Se trata de una adicción que socialmente carece de connotaciones negativas, gozando generalmente, de hecho, de una positiva valoración por parte de la sociedad¹⁰⁷, lo cual incrementa su peligrosidad ya que como toda adicción, tiene efectos destructivos tanto físicos como mentales y sociales¹⁰⁸.

Igual que el síndrome *burnout*, la adicción al trabajo también cuenta con un sistema propio de medición, denominado *Workaholism Battery* (WorkBAT). El uso de este instrumento ha permitido averiguar a los investigadores que el narcisismo y el compromiso laboral (*engagement*)

¹⁰³ GIL-MONTE, P. R., & PEIRÓ, J. M. (1999). Validez factorial del Maslach Inventory en una muestra multiocupacional. *Psicothema*, 679-689. Pág. 682.

¹⁰⁴ SALANOVA, M., GRAU, R., LLORENS, S., & SCHAUFELT, W. B. (2001). Exposición a las tecnologías de la información, burnout y engagement: el rol modulador de la autoeficacia profesional. *Revista de Psicología Social Aplicada*, 69-90. Pág. 72.

¹⁰⁵ MARTÍNEZ DE VIÉRGOL LANZAGORTA, A. (2005). La consideración del síndrome del "Burn out" como constitutivo de la contingencia profesional del accidente de trabajo origen de la declaración de incapacidad absoluta. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 213-224. Pág. 213.

Para que una enfermedad sea calificada como profesional, además de derivar del ejercicio de la actividad profesional, debe venir recogida en el cuadro de enfermedades del Real Decreto 1299/2006, y haberse contraído como consecuencia de los agentes que en aquella lista también se recogen (art. 157 LGSS). Como ya se ha dicho, el *burnout* no aparece en esa lista, de modo que no puede calificarse como enfermedad profesional. Sin embargo, el artículo 156.2 e) de la LGSS atribuye la consideración de accidente de trabajo a las enfermedades contraídas por el trabajador con ocasión del ejercicio de su actividad profesional que no estén contempladas en el cuadro de enfermedades, vía esta que han utilizado los juzgados y tribunales para otorgarle la naturaleza de contingencia profesional al síndrome de fatiga en el trabajo (entre otras, SSTSJ de Cataluña 5793/2010, de 14 septiembre; TSJ de Madrid, 302/2005, de 14 marzo; y Juzg. de lo Social de Alicante 188/2004, de 6 mayo).

¹⁰⁶ OATES, W. (1971). *Confessions of a workaholic: the facts about work addiction*. Nueva York: World Publishing Company. Pág. 11.

¹⁰⁷ La adicción al trabajo es tan socialmente bien considerada que incluso ha habido quien la ha calificado como “la más limpia de las adicciones” (FASSEL, 1993) o “la más bonita” (ROBINSON, 1998).

¹⁰⁸ GHEORGHITA, N. (2014). Workaholism: a new challenge for organisation management. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 295-300. Pág. 296.

son dos elementos íntimamente relacionados con la adicción al trabajo¹⁰⁹. Ahora bien, esa correlatividad no debe dar cabida a una confusión entre la adicción al trabajo y el compromiso laboral, dos fenómenos diametralmente opuestos aunque vinculados, por cuanto el primero supone una amenaza para la salud, mientras el segundo se define como “un estado mental positivo, satisfactorio y relacionado al trabajo [sic]”¹¹⁰. De hecho, existen tres elementos a considerar para dirimir si el fenómeno que se estudia es adicción al trabajo o compromiso laboral, a saber: el exceso de trabajo, el bienestar y el desempeño laboral¹¹¹. Tanto el adicto al trabajo como el comprometido con el trabajo están muy involucrados en su ejercicio profesional. Sin embargo, la diferencia entre ambos radica en que mientras la predisposición al trabajo del adicto se basa en un impulso compulsivo y enfermizo, para el comprometido es una fuente de diversión o de felicidad¹¹².

La adicción al trabajo tiene una entidad autónoma y separada de las TIC, pero no se presta a discusión que las TIC favorecen la aparición e incluso la amplificación de la adicción al trabajo al posibilitar que los trabajadores estén disponibles las 24 horas del día¹¹³ y que puedan continuar trabajando en su propia casa, en el transporte público o en cualquier otro lugar que no sea el propio centro o lugar de trabajo.

2.3 LAS ALTERACIONES DE LA SALUD DIRECTAMENTE RELACIONADAS CON EL USO DE LAS TIC. LAS TECNOPATOLOGÍAS: EL TECNOESTRÉS

2.3.1 Introducción

La gran mayoría de las alteraciones de la salud susceptibles de integrarse en la categoría de tecnopatologías – si no todas – constituyen una especificidad, tipología o modalidad de otro desorden previamente conocido. Así, por ejemplo, el **tecnoestrés** es una variante del estrés laboral, aunque inescindible de las TIC, como el prefijo que lo constituye deja entrever. Lo dicho no obsta para que estas disfunciones de la salud emergentes constituyan *per se* nuevas enfermedades a tener en cuenta en la evaluación de los riesgos laborales. Precisamente, tanto la LPRL como su desarrollo reglamentario prevén la reevaluación de los puestos de trabajo ante la inserción de nuevas tecnologías o equipos de trabajo [arts. 16.2.a).párrafo 1º LPRL y 4.2.a) Real Decreto 39/1997].

El término “tecnoestrés” fue inicialmente definido como “una novedosa enfermedad de adaptación originada por la falta de habilidad para lidiar con las nuevas tecnologías del ordenador de una manera saludable”¹¹⁴. Años después se amplió el campo de aplicación del tecnoestrés a toda la tecnología, no quedando constreñido únicamente a los ordenadores, y se describió como “cualquier impacto negativo en la actitud, pensamientos, conductas o fisiología que derive de manera directa o indirecta de la tecnología”¹¹⁵.

¹⁰⁹ ANDREASSEN, C. S., URSIN, H., ERIKSEN, H. R., & PALLESEN, S. (2012). The relationship of narcissism with workaholism, work engagement, and professional position. *Social Behavior and Personality*, 881-890. Págs. 887-889.

¹¹⁰ ROS, R. (2017). Engagement, autoeficiencia, optimismo y situación laboral en docentes de educación básica. *Revista electrónica de Investigación y docencia*, 45-60. Pág. 48.

¹¹¹ SCHAUFELI, W. B., TARIS, T. W., & BAKKER, A. B. (2006). Dr. Jekyll or Mr. Hyde? On the difference between work engagement and workaholism. En R. J. BURKE, & R. J. BURKE (Ed.), *Research companion to working time and work addiction* (págs. 193-220). Cornwall: Edward Elgar Publishing. Págs. 196-199.

¹¹² ANDREASSEN, C. S., GRIFFITHS, M. D., HETLAND, J., & PALLESEN, S. (2012). Development of a work addiction scale. *Scandinavian Journal of Psychology*, 265-272. Pág. 266.

¹¹³ GHEORGHITA, N. (2014). Ob. Cit. 297.

¹¹⁴ BROD, C. (1984). *Technostress: the human cost of the computer revolution*. Massachusetts: Addison-Wesley. Pág. 16.

¹¹⁵ WEIL, M. M., & ROSEN, L. D. (1997). *TechnoStress: coping with technology @work @home @play*. Nueva York: J. Wiley. Pág. 5.

Como sucede con el estrés laboral, la mera presencia de los estresores – que en el caso del tecnoestrés se concretan en el uso de las TIC – no tiene consecuencias negativas para la salud, dado que se trata de elementos inocuos. El tecnoestrés se desencadena como resultado de la apreciación que el trabajador hace del uso de los dispositivos tecnológicos, o dicho de otro modo, como consecuencia de la valoración que le merece la combinación de sus capacidades y conocimientos tecnológicos, su experiencia previa y las demandas laborales que se le hacen y que deben ejecutarse por medio del uso de aquellos aparatos¹¹⁶. Esa valoración, negativa o positiva, genera una reacción física y química en el organismo. Si es negativa la valoración y además persiste en el tiempo, dará lugar previsiblemente al desarrollo de problemas de salud física y mental que pueden llegar a ser incluso irreversibles. Naturalmente, esa disfunción del trabajador tendrá una incidencia nefasta tanto en la organización – que se traducirá en una pérdida de productividad y, por tanto, en mayores costes – como en la propia sociedad – que también verá incrementados sus costes en recursos sanitarios para atender este daño psicosocial¹¹⁷ –.

El tecnoestrés es un constructo muy amplio que alberga en su seno múltiples categorías más concretas. A grandes rasgos, pueden reconducirse a tres tipologías: a) la tecnoansiedad, b) la tecnofatiga y c) la tecnoadicción. Las más habituales son la tecnoansiedad y la tecnofatiga, y dentro de la tecnoansiedad, como un subtipo específico, también es muy común la tecnofobia.

2.3.2 La tecnoansiedad y la tecnofobia

El INSHT define la **tecnoansiedad** como una alteración psicológica en la que la persona que la padece experimenta tensión y disgusto por el uso inminente o previsto de las TIC¹¹⁸. En el esquema ya señalado del estrés laboral, las demandas que el ambiente le hace al trabajador (uso de las TIC) superan las capacidades o los recursos de que dispone para afrontarlas (habilidades, aptitudes y formación). En consecuencia, la valoración que hace el individuo no es positiva (desarrolla distrés), los pensamientos que le provoca la utilización de los dispositivos electrónicos y digitales son negativos y todo ello lo manifiesta a través de un sentimiento de rechazo hacia las TIC.

Una especialidad de la tecnoansiedad es la **tecnofobia** que, antagónica a la tecnoadicción, puede definirse a partir de tres componentes¹¹⁹: 1) resistencia a hablar de ordenadores o incluso a pensar en ordenadores; 2) miedo o ansiedad hacia los ordenadores; y 3) pensamientos hostiles o agresivos hacia los ordenadores. Una noción más amplia del significado de la tecnofobia, también basada en sus tres componentes, la contempla como¹²⁰: 1) la ansiedad producida por el uso presente o futuro de los ordenadores o de cualquier tecnología relacionada; 2) la actitud negativa hacia los dispositivos digitales, su funcionamiento o su impacto social; y/o 3) los pensamientos autocríticos relativos a la propia interacción presente o futura con estos elementos.

2.3.3 La tecnofatiga

Además de pensamientos negativos, la tecnología también puede generar cansancio o hastío. Precisamente esos estados de ánimo definen la **tecnofatiga**, muy vinculada con los conceptos de

¹¹⁶ SALANOVA, M. (2007). Nuevas tecnologías y nuevos riesgos psicosociales en el trabajo. *Revista Digital de Seguridad y Salud en el Trabajo*, 1-25. Págs. 3-7; y (2003). Trabajando con tecnologías y afrontando el tecnoestrés: el rol de las creencias de eficacia. Ob. Cit. Pág. 231.

¹¹⁷ MIÑARRO LÓPEZ, A. (2011). Pág. 33.

¹¹⁸ INSHT. (2006). *NTP 730: tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Pág.2.

¹¹⁹ JAY, T. B. (1981). Computerphobia: what to do about it? *Educational Technology*, 47-48. Pág. 47.

¹²⁰ ROSEN, L. D., & WEIL, M. M. (1995). Computer availability, computer experience and technophobia among public school teachers. *Computers in Human Behavior*, 9-31. Pág. 11; y (1990). Computers, classroom instruction, and the computerphobic university student. *Collegiate Microcomputer*, 275-283. Pág. 276.

síndrome de fatiga informativa e infoxicación (*supra* apartado II.2.1). El exceso de información que se transmite y almacena a través de Internet puede sobrecargar las capacidades humanas de asimilación y comprensión de datos, produciendo como resultado un agotamiento mental¹²¹. Efectivamente, la Sociedad de la Información, también conocida como la Sociedad del Conocimiento, propicia la gestión de cantidades ingentes de datos. Sin embargo, disponer de tanta información, abruma más que orienta, pues para estar bien informados lo determinante es la calidad y no la cantidad de información.

2.3.4 La tecnoadicción

Otro efecto que pueden causar las TIC en las personas es el uso adictivo. Esta patología recibe el nombre de **tecnoadicción** y se define como el tipo de tecnoestrés que se caracteriza por un uso impulsivo e ingobernable de las TIC, sin consideración de espacio ni tiempo y prolongándose excesivamente su utilización en términos de duración¹²². La tecnoadicción genera una dependencia tecnológica que afecta al sujeto a nivel personal, social y laboral, y está asociada a episodios de ansiedad que los académicos han denominado FOMO, acrónimo inglés de “*fear of missing out*”¹²³. El “miedo a no perderse nada” se manifiesta en largos periodos de conexión a dispositivos digitales (*tablet*, móvil, ordenador, etc.) y en incesantes comprobaciones del correo electrónico, entre otros ejemplos. Este uso continuado y compulsivo de las TIC acaba generando fatiga, exactamente igual que le sucede a quien sufre tecnoansiedad o tecnofobia, de lo que se infiere que los efectos nocivos del tecnoestrés alcanzan tanto al tecnófobo como al tecnoadicto¹²⁴, con la única diferencia de que mientras en el tecnoadicto la fatiga aparece tras un largo periodo de conexión a aparatos electrónicos, en el tecnófobo surge tras periodos de desconexión que pueden ser cortos¹²⁵.

Desde una perspectiva laboral, la tecnoadicción incrementa las posibilidades de desarrollar adicción al trabajo, ya que, como se recoge *supra* (apartado II.2.2), las TIC hacen posible una conexión en cualquier lugar y en cualquier momento¹²⁶. En otras palabras, las herramientas de comunicación telemática facilitan que la prestación de los servicios profesionales no se limite al espacio físico del centro de trabajo y al espacio temporal de la jornada laboral. Esta difuminación espacio-temporal cristaliza en una reducción del tiempo dedicado a otras actividades no laborales, como el necesario descanso y recuperación, generando, a medio o largo plazo, graves daños en la salud del trabajador, mermando correlativamente su calidad de vida laboral y trayendo consigo efectos perversos a nivel individual, grupal y organizacional.

¹²¹ SALANOVA, M. (2007). Nuevas tecnologías y nuevos riesgos psicosociales en el trabajo. Ob. Cit. Pág. 6; y (2003). Trabajando con tecnologías y afrontando el tecnoestrés: el rol de las creencias de eficacia. Ob. Cit. Pág. 230.

¹²² SALANOVA, M. (2003). Trabajando con tecnologías y afrontando el tecnoestrés: el rol de las creencias de eficacia. Ob. Cit. Pág. 230.

¹²³ MELLA MÉNDEZ, L. (2016). Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores (1). Ob. Cit. Pág. 5.

¹²⁴ ROSEN, L. D., & WEIL, M. M. (1995). Computer availability, computer experience and technophobia among public school teachers. Ob. Cit. Pág. 11; y (1990). Computers, classroom instruction, and the computerphobic university student. Ob. Cit. Pág. 276.

¹²⁵ MELLA MÉNDEZ, L. (2016). Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores (1). Ob. Cit. Pág. 5.

¹²⁶ En este sentido, GHEORGHITA, N. (2014). Ob. Cit. Pág. 297; y SALANOVA, M., LLORENES, S., & VENTURA, M. (2014). Technostress: the dark side of technologies. En C. KORUNKA, & P. HOONAKKER (Edits.), *The impact of ICT on quality of working life*. Dordrecht: Springer Netherlands. Pág. 89.

III. LA INCIDENCIA DE LAS TIC EN EL EJERCICIO DEL PODER DE VIGILANCIA Y CONTROL DEL EMPRESARIO

El empresario, en virtud de su poder de vigilancia y control, puede adoptar las medidas que considere pertinentes para comprobar el “cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales” (art. 20.3 ET). El legislador no especifica las medidas de vigilancia y control que el empresario puede implementar, de modo que puede poner en práctica las que considere necesarias. Entre las medidas de vigilancia y control figuran las tecnológicas, tales como dispositivos electrónicos y digitales, cámaras de videovigilancia o sistemas de fiscalización de correo electrónico o llamadas telefónicas. Estos sistemas tecnológicos de vigilancia y control empresarial no están exentos de riesgo y polémica, y es que el uso que el empresario haga de ellos puede entrar en conflicto con diversos derechos de los trabajadores, lo cual hace necesaria la intervención del legislador para establecer nuevos límites concretos a aquella potestad empresarial ejercida a través de medios electrónicos.

Esta pugna entre los derechos de los trabajadores ejercitados en el ámbito laboral y la facultad de control del empresario ha sido una cuestión recurrente en la jurisprudencia del TC, que ha revitalizado al socaire de las TIC. Ciertamente, estas herramientas han proporcionado nuevos supuestos de hecho en los que se produce el mismo problema de fondo (el choque entre los derechos del trabajador y los del empresario, relativos al control del cumplimiento de lo convenido en el contrato) con escenarios y circunstancias diferentes que deben estudiarse casuísticamente.

Las páginas que siguen a continuación ponen de manifiesto cómo el uso que el empresario hace de las medidas tecnológicas de vigilancia y control puede llegar a entrar en conflicto con los derechos de los trabajadores, y en particular, con determinados derechos fundamentales (intimidad, dignidad), que se erigen en límites de aquel poder empresarial.

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS TIC EN EL CONTEXTO LABORAL

1.1 INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales ejercidos por los trabajadores en el ámbito laboral que tienen interés para el presente TFG son aquellos que surgen mientras utilizan las TIC, y por tanto, los que están relacionados con el proceso de comunicación. Antes de acotar cuáles son esos derechos y entrar a valorar la incidencia que en ellos ha tenido la inserción de los dispositivos digitales tanto en calidad de herramientas de trabajo como en calidad de sistemas de control y vigilancia, es preciso tener en cuenta que su reconocimiento y protección legal precede a la aparición de las TIC. Sin embargo, la creación de una realidad paralela en Internet ha alterado los esquemas de salvaguarda y garantía legalmente previstos, de modo que en esa realidad virtual, aunque siguen existiendo tales derechos, no cuentan con una protección tan meridiana.

Ya desde 1978, el art. 18.4 de la CE, que mantiene su redacción original, advertía sobre los riesgos de la venidera Era Digital e imponía al legislador el mandato de limitar por vía legal “el uso de la informática para garantizar” el pleno ejercicio de los derechos de la ciudadanía. Cuatro décadas después de aquel vaticinio, el cumplimiento del correspondiente mandato se ha materializado en la LOPDPGDD, al mismo tiempo que cada vez somos más capaces de identificar las amenazas a los derechos fundamentales que anidan en la Red, un espacio todavía prácticamente yermo desde el punto de vista jurídico.

En puridad, los derechos fundamentales que se manifiestan dentro del contexto laboral al comunicarse por medio de las TIC son los mismos susceptibles de aflorar en los procesos comunicativos digitalizados que se insertan en cualquier otro contexto, a saber: a) los derechos fundamentales relacionados con la privacidad y b) el derecho a la libertad de expresión e información.

1.2 LOS DERECHOS RELACIONADOS CON LA PRIVACIDAD

La privacidad alberga un nutrido conjunto de derechos que refieren a la intimidad, el honor, la imagen, el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y los datos privados. El tratamiento de tales derechos puede ser conjunto porque todos tienen un denominador común: la privacidad. En efecto, tal y como recogía la ya derogada LORTAD, la privacidad es un término amplio y global que comprende un agregado de facetas de la vida de la persona “que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste [*sic*] tiene derecho a mantener reservado” (EM I, párrafo 2º). En consecuencia, el derecho a la privacidad descansa en última instancia sobre el valor fundamental de la dignidad humana (art. 10.1 CE).

El supuesto de hecho que plantea litigiosidad es aquel en el que el empresario provee al trabajador de un dispositivo electrónico con ocasión de su vínculo laboral. La jurisprudencia, la doctrina judicial y la doctrina académica han venido manteniendo de consuno que este elemento no es más que una herramienta de trabajo, aunque sin olvidar la peculiaridad del utensilio¹²⁷, pues el teléfono móvil, *tablet* u ordenador tiene la particularidad de que constituye una ventana abierta al mundo y un aparato que puede emplearse no solo con fines profesionales. Así, las comunicaciones que puede recibir o emitir el trabajador a través del dispositivo proporcionado por su empresa pueden ser: 1) correspondencias estrictamente relacionadas con su puesto de trabajo en la compañía, teniendo como interlocutores a compañeros, superiores, subalternos o clientes; 2) comunicaciones con representantes sindicales en el contexto del derecho fundamental a la libertad sindical y, por ende, con cierta vinculación a la organización; o 3) comunicaciones con personas ajenas a la empresa y a los fines perseguidos por la misma. El primer tipo de comunicaciones no presenta ningún problema, ya que está dentro del uso que se espera dar a una herramienta de trabajo, pero los otros dos tipos de comunicaciones pueden dar lugar a interpretaciones polémicas: la segunda de las reseñadas será objeto de análisis con ocasión del derecho fundamental a la libertad de expresión y de información, y el tercer tipo, que es el verdadero nudo gordiano de la controversia, es el que se examina *ipso facto*.

Antes de la entrada en vigor de la LOPDPGDD ya existía una asentada doctrina, tanto del TS como del TC, que entendía que de no existir instrucciones de uso respecto del terminal que se le facilita al trabajador o una prohibición tajante y explícita comunicada que le impidiera utilizarlo con otros fines distintos a los profesionales e íntimamente ligados a sus tareas en la organización, la empresa generaba una “expectativa razonable de confidencialidad” o privacidad al empleado que, por extensión, tornaría excesiva cualquier intervención del empleador dirigida a auditar su uso, en la medida en que constituiría una conculcación del derecho fundamental a la intimidad del trabajador¹²⁸. Estos breves se producen ante el uso extendido de los aparatos electrónicos facilitados por la empresa con fines extralaborales, unido a la dificultad de prohibir taxativamente esa extralimitación de facultades y a su aceptación generalizada cuando tiene lugar de manera moderada. Esto, sin embargo, no debe soslayar el hecho de que el dispositivo sigue siendo propiedad de la empresa y de que, independientemente del uso que se haga de él, esa utilización “queda dentro del ámbito del poder de vigilancia del empresario” (art. 20.3 ET), lo cual sugiere que este puede adoptar las medidas que estime pertinentes para verificar el cumplimiento por el

¹²⁷ En este sentido se pronuncian, entre otras, SSTS 119/2018, de 8 febrero (FJ 4); TS de 26 de septiembre de 2007 (FJ 2); TC 241/2012, de 17 de diciembre (FJ 5); TC 170/2013, de 7 octubre.; STJS de Andalucía, Málaga, 389/2000 de 25 febrero (FJ 7); TSJ de Galicia 3541/2015, de 15 junio (FJ 4); y LUJÁN ALCARAZ, J. (2001). Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación. *Aranzadi Social*, 1-7. Págs. 3-4.

¹²⁸ Basten como ejemplos suficientes de la nutrida jurisprudencia en este sentido las SSTC 241/2012, de 17 de diciembre (FJ 6); y TS de 6 de octubre de 2011 (FJ 4). En la misma línea de razonamiento, ABA CATOIRA, A. (2014). Ob. Cit. 79-106. Págs. 89-92.

trabajador de las obligaciones que derivan de su contrato de trabajo, aunque, naturalmente, sin vulnerar su dignidad¹²⁹.

Otra cuestión que surge en la Era Digital es la informatización y el tratamiento de los datos personales de los trabajadores. El manejo de esta información de carácter personal comienza en el proceso de selección – con la entrega del currículum vitae – y se prolonga durante la vigencia de la relación laboral – concretándose en el contrato y por supuesto en los reconocimientos médicos referidos a la obligación que tiene el empresario de vigilar y verificar el estado de salud de quienes prestan servicios bajo sus órdenes e instrucciones¹³⁰ –. La piedra angular del sistema de protección de datos personales es el consentimiento del titular de los mismos, salvo disposición legal en otro sentido (arts. 6 y 8 LOPDPDG). Empero, en el ámbito laboral, una vez concertado el contrato de trabajo, el consentimiento se entiende implícito en el sucesivo tratamiento de esos datos dirigido al mantenimiento y cumplimiento del contrato laboral (arts. 10. 3 b) Real Decreto 1720/2007 y 6.1 Reglamento 2016/679/UE).

En definitiva, el trabajador no solo tiene derecho a reservar una parcela de su vida de injerencias ajenas o incluso del conocimiento de terceros – ese “tercero” en el caso que nos ocupa es el empresario – sino que además detenta un poder de control sobre sus datos personales, que se materializa en “la facultad de consentir la recogida, obtención y acceso a datos personales, posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles por tercero, sea el Estado o un particular”. Ese derecho se complementa con la previa información que ha de recibir sobre quién va a manipular sus datos y qué usos se va a dar a sus datos; y la facultad de oponerse a dicha posesión y usos¹³¹.

Tal y como se ha indicado en el apartado II.1.4.1 del presente TFG, con el propósito de dar respuesta legal y no solo judicial a las incógnitas que plantea la irrupción de las TIC en todos los ámbitos de nuestra vida, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una serie de enmiendas a la LOPDPGDD en fase de tramitación, las cuales, con algunas modificaciones respecto de la redacción primigenia propuesta, fueron incorporadas al texto legal definitivo. Entre esas adiciones destacan los arts. 87, 89, 90 y 91¹³².

El art. 87 de la LOPDPGDD reconoce al trabajador el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos electrónicos que ponga la empresa a su disposición. Sin perjuicio de esta declaración, también contempla el derecho del empresario a ejercitar sus facultades de control y vigilancia sobre los dispositivos electrónicos que pone a disposición del trabajador, aunque previamente debe “establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales” contando con la participación de los representantes de los trabajadores. Esa política de actuación, cuyo contenido han de conocer los trabajadores, debe recoger de manera diáfana la expectativa de privacidad y confidencialidad que puede albergar el empleado – y a la que alude la jurisprudencia y la doctrina judicial ya comentada – respecto al uso de tales elementos.

Cabe señalar que el alcance de la participación de los representantes de los trabajadores no se concreta en el mentado art. 87, de modo que no queda claro si se trataría de una mera función consultiva o si sería necesaria una intervención más activa que culminara en un acuerdo¹³³.

¹²⁹ STS de 26 de septiembre de 2007, FJ 2.

¹³⁰ Debe destacarse que “la información médica de carácter personal” constituye un conjunto de datos aún más sensible, que incluso se sustraen del acceso al empresario si no media el preceptivo consentimiento del empleado (art. 22.4 párrafo 2º LPRL). Así, los datos relativos al reconocimiento médico del trabajador a los que tendrán acceso el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales, se reducirán a la aptitud de ese empleado para ocupar su puesto de trabajo (art. 22.4 párrafo 3º LPRL).

¹³¹ En este sentido SSTC 39/2016, de 3 marzo (FJ 3); TC 292/2000, de 30 noviembre (FJ 7); TS de 21 septiembre 2015 FJ 2, entre otras sentencias; y LUJÁN ALCARAZ, J. (2001). Ob. Cit. Pág.2.

¹³² En el proyecto de Ley Orgánica los preceptos traídos a colación se corresponden con los artículos 86, 88 y 89.

¹³³ A diferencia del art. 87, el 88 de la LOPDPGDD sí especifica el grado de intervención de los representantes de los trabajadores en la elaboración de la política interna de desconexión digital, que es meramente consultiva (“previa

Asimismo, el tenor literal del referido precepto tampoco despeja la duda de cómo tendría que elaborarse esa guía de uso de los dispositivos digitales entregados por la empresa a los trabajadores, en caso de que no existieran órganos de representación de los trabajadores.

Los arts. 89 y 90 de la LOPDPGDD también hacen referencia al derecho a la intimidad del trabajador, aunque centrándose en las implicaciones que para este derecho se derivan de la instalación de videocámaras y del uso de dispositivos de geolocalización para el ejercicio de su facultad de control y vigilancia. Se establece que: 1) el empresario no puede instalar dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en “lugares de descanso o esparcimiento” y que 2) el empresario debe informar a los trabajadores (y también a sus representantes) previamente y de manera “expresa, clara e inequívoca” sobre la “existencia, localización y características de estos dispositivos, así como del alcance disciplinario que derive de los datos obtenidos de los mismos”. Además, el empleador debe poner en conocimiento tanto de sus trabajadores como de sus representantes, sus derechos de acceso, rectificación y cancelación de datos.

La redacción de ambos preceptos (arts. 89 y 90 LOPDPGDD) sugiere que la información a la que aluden y que debe proveerse al trabajador, ha de ser además de comprensible, facilitada *ex ante* y por escrito¹³⁴. Solo existe una salvedad a esta norma, y refiere al caso en el que las cámaras hubieran captado “la comisión de un flagrante acto ilícito”¹³⁵ (art. 89.1 párrafo 2º LOPDPGDD). En este específico escenario, el requisito de la necesaria información queda cumplido con “la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible”, en el que se identifiquen la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación de datos (art. 22.4 LOPDPGDD).

El art. 91 de la LOPDPGDD incorpora los derechos digitales como un elemento sobre el que conferenciar en la negociación colectiva, para que los convenios colectivos recojan actuaciones específicas destinadas a tutelar el derecho de protección de datos personales de los trabajadores así como a garantizar sus derechos digitales en el ámbito laboral.

1.3 LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

En el proceso de comunicación, la libertad de expresión es el hilo conductor del resto de derechos que van surgiendo. De hecho, el derecho a la privacidad trata de proteger la materialización o proyección de la libertad de expresión, que se puede definir como el derecho a manifestar las ideas, opiniones y pensamientos libremente. Naturalmente este derecho también opera en los procesos comunicativos que se realizan a través de Internet, ahora bien, no debe olvidarse que el principal efecto de esta Red informática a nivel mundial es amplificar el mensaje que a través de ella se emite, consiguiendo que llegue a un número mayor de receptores que si se emitiera por cualquier otro canal. Ello tiene como principal connotación negativa la pérdida de control por parte de quien ha “subido” a Internet el contenido, de quién tiene acceso a él y qué tipo de uso le da.

En el contexto descrito, la libertad de expresión del trabajador puede entrar en conflicto con los intereses propios de la empresa en diferentes supuestos, por ejemplo, si el trabajador emite juicios de valor negativos en Internet contra la organización o contra compañeros, o si las opiniones

audiencia de los representantes de los trabajadores). Si bien, ese protocolo de actuación debe atenerse a lo convenido en la negociación colectiva, donde la intervención de los representantes de los trabajadores es más activa e intensa.

¹³⁴ De esta misma opinión es también QUÍLEZ MORENO, J. M. (2019). Ob. Cit. Págs. 8-9, quien añade que el término “expresa” sugiere que se le debe entregar a cada trabajador individualizadamente, ya que de lo contrario nos encontraríamos ante el supuesto de información mínima previsto en el art. 89.1 párrafo 2º de la LOPDPGDD.

¹³⁵ Una interpretación lógica del precepto debe llevarnos a pensar que la expresión “comisión flagrante de un acto ilícito” en el art. 89.1 párrafo 2º de la LOPDPGDD se refiere a la perpetración de cualquier comportamiento identificado como falta en el convenio colectivo, y no únicamente a la comisión de un delito penal (de esta misma opinión es también QUÍLEZ MORENO, J. M. (2019). Ob. Cit. Pág. 9).

que libremente expresa en redes sociales son contrarias a los valores propugnados por su compañía, o si en las redes sociales sube el empleado una fotografía en un ambiente de ocio y festejo teniendo su contrato de trabajo suspendido por incapacidad temporal. En este Gran Hermano orwelliano¹³⁶ auspiciado por la hiperconectividad, el contenido de las redes sociales puede llegar a ser determinante en la contratación y despido de una persona¹³⁷.

Por todo lo dicho, cabe preguntarse qué prevalece: la libertad de expresión del trabajador o la facultad de control del empleador. Los tribunales españoles han tenido poca oportunidad para arrojar luz sobre esta disyuntiva, aunque de su breve aparición se extrae una conclusión similar a la que han llegado tribunales franceses y británicos ante estos supuestos de hecho, cual es que el carácter público o privado del espacio en el que se recojan las declaraciones determina su validez como elemento probatorio, de modo que si los comentarios aparecen en una web o sitio público no se entiende que exista vulneración de la intimidad¹³⁸. La problemática, sin embargo, no se queda aquí, ya que es concebible que las empresas decidan redactar protocolos de buen uso de las redes sociales que tengan el efecto de restringir en alguna medida su uso por parte de los trabajadores/usuarios¹³⁹, cuestión esta que merece un análisis de mayor calado que excede el objeto de estas páginas.

La libertad de expresión, elevada a derecho fundamental por nuestra Carta Magna [art. 20.1 a).CE], engarza con el derecho de información, entre otros [art. 20.1.d) CE]. El derecho a la información tiene una vertiente activa (derecho a comunicar libremente información) y pasiva (derecho a recibir libremente información). En el contexto laboral, además, el derecho a la información se vincula a su vez con el derecho fundamental a la libertad sindical, en la medida en que, como reconoce el art. 8.1.c) de la LOLS, “los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo [...] recibir la información que le remita su sindicato”. A este respecto conviene conocer el contenido de la STC 281/2005, de 7 de noviembre, que marcó un hito en la doctrina constitucional al determinar que, si bien la empresa no está obligada a crear a su cargo una herramienta de comunicación con finalidad sindical, si esa herramienta ya existe –entendiendo por tal, el correo electrónico corporativo de la compañía – debe permitir su uso por parte de los sindicatos para no obstaculizar su acción sindical (FJ 7).

2. REDEFINICIÓN DE LOS LÍMITES DEL PODER DE FISCALIZACIÓN DEL EMPRESARIO

El hecho de que el concepto de “vida privada” o “privacidad” sea tan amplio propicia la existencia de una gran cantidad de textos nacionales, comunitarios e internacionales que garantizan su protección. Baste citar en el plano nacional, además del art. 18 de la CE, la Ley Orgánica 1/1982 y la LOPDPGD; en el plano comunitario, el art. 7 de la CDFUE; y en el plano internacional, el art. 8 del CEDH. Todos ellos exigen el respeto a la vida privada y proscriben las injerencias en ella por parte del Estado, salvo que esa intervención esté legalmente prevista, responda a cuestiones de

¹³⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., & RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V. (2016). Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral en España. *Labour & Laws Issues*, 45-74. Pág. 47; y TASCÓN LÓPEZ, R. (2007). El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica. *Aranzadi Social*, 1-17. Pág. 2.

¹³⁷ Desde 2010 Alemania prohíbe a las empresas indagar en las redes sociales en busca de información privada de sus empleados actuales o potenciales (esto es, de los candidatos incursos en los procesos de selección), lo que le ha valido a esta ley (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*) el sobrenombre de “Ley Facebook” (*Facebook-Gesetz*) (LUCCHINI, L. (27 de Agosto de 2010). Alemania prohíbe al jefe buscar datos del empleado en Facebook. *El País*.)

¹³⁸ SSTSJ de Castilla y León, Valladolid, 435/2010, de 21 abril (FJ 5); TSJ de Galicia de 14 febrero 2018 (FJ 2); y Juzg. de lo Social núm. 2 de Palma de Mallorca 74/2018, de 28 febrero (FJ 3).

¹³⁹ Sentencia Juzgado de lo Social núm. 2 de Palma de Mallorca 74/2018, de 28 febrero y ROSENBERG, K. A., & PALO, T. A. (2011). Damned if you do, damned if you don't. *New Jersey Labor and Employment Law Quarterly*, 30-31.

seguridad pública y atienda a los criterios de razonabilidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹⁴⁰.

La celebración de cualquier clase de contrato sugiere la regulación autónoma por las partes de esa relación creada. Implica una negociación, un acuerdo sobre las obligaciones, derechos y deberes que se arrojan mutuamente. El contrato de trabajo no es una excepción a esta generalidad, pues también crea “su propio sistema jurídico, [...] claramente distinto del sistema general de relaciones entre individuos”¹⁴¹. En ese ecosistema jurídico deben reconciliarse los derechos del trabajador y las facultades del empresario relativas a la organización productiva, lo que exige un ejercicio de transacción por ambas partes. Tales concesiones recíprocas cristalizan en que manifestaciones del ejercicio de determinados derechos de los trabajadores no sean permitidas en el marco de una relación laboral, cuando en cualquier otro contexto serían perfectamente legítimas¹⁴², y ello porque tal y como establece el art. 1.1 del ET y reitera la jurisprudencia del TC y del TS, el trabajador somete ciertos “aspectos de la actividad humana” al poder de ordenación empresarial¹⁴³.

Empero, las aseveraciones vertidas no deben llevar a pensar que el empleado puede verse privado de todos los derechos que como ciudadano se le reconocen, máxime, de los derechos fundamentales. Bajo ninguna circunstancia el derecho de libertad de empresa (art. 38 CE) legitima restricciones absolutas de los derechos fundamentales de quienes prestan sus servicios en la organización, de lo que se infiere que los derechos fundamentales de los trabajadores constituyen un límite a las facultades de organización, gestión, control y vigilancia y al poder disciplinario que ostenta el empresario¹⁴⁴. En otras palabras, dado que los derechos fundamentales no son ilimitados pero prevalecen sobre cualquier otro tipo de derechos, pueden ser modulados “en la medida estrictamente imprescindible por el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva”¹⁴⁵. Es más, si indiciariamente se llegara a la conclusión de que una decisión empresarial constituye una transgresión de derechos fundamentales, habrá de ser el empresario quien tenga la carga procesal de justificar la necesidad, proporcionalidad y constitucionalidad de su medida¹⁴⁶.

Concretando en supuestos tangibles los anteriores razonamientos jurídicos, cuando el empresario facilita un dispositivo electrónico al trabajador, hace entrega de una herramienta de trabajo. Tal y como se ha explicado *supra*, cuando el empresario no da instrucciones al trabajador sobre el uso del dispositivo, o más estrictamente, cuando no prohíbe al trabajador el uso del dispositivo con fines personales¹⁴⁷, crea una expectativa de intimidad en el trabajador. Sin embargo, esa perspectiva de confidencialidad no exonera al trabajador de cumplir sus deberes conforme al principio de buena fe (art. 5 a) ET), como tampoco descarta el poder de control empresarial sobre el uso que el trabajador da al terminal, que no deja de ser propiedad del empresario.

¹⁴⁰ Para mayor abundamiento acerca de la proporcionalidad y razonabilidad de los límites de derechos fundamentales, se recomienda al lector acudir a TC. (2013). Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. *XV Conferencia Trilateral*, (págs. 14-17). Roma.

¹⁴¹ STEDH de 5 de septiembre de 2017, caso *Barbulescu* contra *Rumanía* (apartado 116).

¹⁴² SSTC 170/2013, de 7 octubre (FJ 3) y 126/2003, de 30 de junio (FJ 7).

¹⁴³ SSTS 119/2018, de 8 Febrero 2018 (FJ 5); TC 170/2013, de 7 octubre (FJ 3) y 126/2003, de 30 de junio (FJ 7); 99/1994, de 11 de abril (FJ 7).

¹⁴⁴ SSTC 56/2008, de 14 abril (FJ 6); 125/2007 de 21 mayo (FJ 2); 196/2004, de 15 noviembre (FJ 6); 186/1996, de 25 noviembre (FJ 3); 171/1989, de 19 octubre (FJ 4); 94/1984, de 16 octubre (FJ 3); y TS 4086/2015, de 21 septiembre 2015 (FJ 2); y de 12 febrero 2013 (FJ 3).

¹⁴⁵ STS 99/1994, de 11 de abril (FJ 4).

¹⁴⁶ Entre otras, SSTS de 12 febrero 2013 (FJ 3); TC 342/2006, de 11 de diciembre (FJ 4); y 41/2006, de 13 febrero (FJ 4).

¹⁴⁷ Cabe destacar que la propiedad del empresario del dispositivo electrónico no le da derecho a establecer restricciones caprichosas a su uso, que el contrato de trabajo no aísla al trabajador del exterior de modo que corte cualquier comunicación con agentes ajenos a la empresa y que el derecho de propiedad también desempeña una función social (ver, entre otras, SSTC 241/2012, de 17 diciembre (voto particular); 98/2000, de 10 abril (FJ); y 37/1987, de 26 de marzo [FJ 2]; y GOÑI SEIN, J. L. (1988). *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Madrid: Civitas. Pág. 144).

Ciertamente, los mecanismos de control que aplique el empresario sobre el dispositivo digital, en el ejercicio de su facultad de vigilancia, han de estar sometidos a criterios o requisitos que garanticen el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador. En este sentido, el TEDH exige que se tengan en consideración una serie de aspectos, a saber¹⁴⁸:

1. El empresario debe informar al trabajador de la posibilidad de que su correspondencia sea objeto de vigilancia, antes de proceder a la aplicación de las medidas que se dirijan a esta finalidad.
2. Las medidas de supervisión que se establezcan deben ser las menos intrusivas en la esfera privada del empleado.
3. Ha de existir una justificación de la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a su contenido.
4. Debe proveerse al trabajador de las garantías oportunas. En concreto, esas garantías han de impedir que el empresario acceda al contenido de la correspondencia privada del empleado sin su consentimiento, después de que este hubiera sido convenientemente notificado de la vigilancia de que estaban siendo objeto sus comunicaciones.
5. El empresario debe concretar el uso que da a la información recabada y las consecuencias que en su caso tendrá la supervisión para el empleado afectado.

Voces autorizadas del Derecho del Trabajo estiman que en la Era Digital se está produciendo un retroceso en la salvaguarda del derecho a la intimidad de los trabajadores en beneficio de la protección de intereses empresariales, y ello, al socaire de ciertos pronunciamientos judiciales¹⁴⁹. Con el ánimo de no extender en exceso la prueba empírica de esta contundente afirmación, y teniendo en cuenta la limitación espacial que para este trabajo existe, la comprobación se reduce a las sentencias del TEDH de los casos *Barbulescu*, *Copland* y *Halford*¹⁵⁰. En los tres supuestos, el TEDH aprecia que el empresario ha vulnerado el derecho del trabajador a la vida privada, contemplado en el art. 8 del CEDH. Más concretamente, el Tribunal trata de dilucidar si ha existido una intromisión por el empleador en las comunicaciones de carácter privado que los empleados de cada caso hicieron a través de dispositivos facilitados por la empresa. El Tribunal termina manifestando que, en efecto, los trabajadores usaron indebidamente los aparatos electrónicos de los que se les proveyó, si bien, esa apreciación no faculta al empleador a entrometerse impunemente en las correspondencias privadas que hayan surgido como resultado de aquella extralimitación. Así las cosas, el TEDH señala con estos pronunciamientos que las autoridades nacionales no protegieron debidamente el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y su correspondencia, estimándose, por ende, la conculcación del art. 8 del CEDH¹⁵¹.

Cuando todavía no pueden darse por enteramente resueltas estas incógnitas desde el punto de vista jurídico, el desarrollo tecnológico viene a plantear otras nuevas. A principios del año 2018 conocíamos por la prensa que Amazon había adquirido las patentes de unas pulseras de ultrasonido que permiten geolocalizar y registrar los movimientos de los trabajadores, y por medio de las cuales

¹⁴⁸ STEDH de 5 de septiembre de 2017, caso *Barbulescu* contra *Rumanía* (apartado 120).

¹⁴⁹ En este sentido ALEMÁN PÁEZ, F. (2017). Ob. Cit. Pág 20; y el voto particular de los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y doña Adela Asua Batarrita en la STC 39/2016, de 3 de marzo.

¹⁵⁰ S TEDH de 5 de septiembre de 2017, caso *Barbulescu* contra *Rumanía*; de 3 abril 2007, caso *Copland* contra *Reino Unido*; y de 25 junio 1997, caso *Halford* contra *Reino Unido*.

¹⁵¹ Distinto es el supuesto más reciente que se recoge en la STEDH de 22 febrero 2018, caso *Libert* contra *Francia*. Los Magistrados no encontraron lesión en el derecho a la privacidad del trabajador después de que su ordenador profesional fuese registrado y en su disco duro se hallara una gran cantidad de material de contenido personal. La empresa permitía un razonable uso del ordenador con fines privados, pero los archivos en cuestión tenían que estar debidamente marcados para quedar al margen de la inspección de la empresa. En el caso concreto los archivos no fueron identificados por el trabajador y la empresa pudo acceder a los mismos sin necesidad de notificárselo al empleado y sin que tuviera que estar presente.

el empleador puede conocer el rendimiento del empleado o incluso cuándo hace pausas o va al baño¹⁵². Más lejos todavía fue una empresa belga del sector del *marketing* digital, que en 2017 implantó a algunos trabajadores un microchip bajo su piel como sustitutivo de la tarjeta magnética de identificación. No es esta organización belga, sin embargo, la empresa precursora de semejante medida, porque ya en 2015 una compañía suiza implantó chips en su personal, y por medio de este dispositivo alojado en sus cuerpos podían utilizar la fotocopiadora de la empresa o abrir las puertas de las instalaciones del centro de trabajo¹⁵³.

Definitivamente, la casuística es muy variada, y en el supuesto de que lleguen a los tribunales litigios con semejante asunto a dilucidar, resultaría difícil establecer criterios jurídicos generales¹⁵⁴. Por ello, la privacidad de los trabajadores en el contexto laboral parece que debe ser un tema capital del Ordenamiento jurídico sobre el que han de pronunciarse las leyes de manera clara, con el objeto de diseñar un marco jurídico que permita el progreso de las (nuevas) tecnologías sin socavar la intimidad de los empleados y la seguridad jurídica.

¹⁵² Para leer la noticia completa, acudir a YEGINSU, C. (1 de Febrero de 2018). If Workers Slack Off, the Wristband Will Know. (And Amazon Has a Patent for It.). *The New York Times*.

¹⁵³ Para conocer más al respecto, dirigirse a “Una empresa belga implanta un chip para controlar empleados” (4 de Febrero de 2017) de *La Vanguardia*; y COLLINS, T. (8 de Febrero de 2017). Would you let your boss implant you with a microchip? Belgian firm offers to turn staff into cyborgs to replace ID cards. *Mail Online*.

¹⁵⁴ ABA CATOIRA, A. (2014). Ob. Cit. Pág. 82.

IV. LA ECONOMÍA COLABORATIVA POR MEDIO DE PLATAFORMAS DIGITALES

La evolución tecnológica ha revolucionado la vida de las personas, sus hábitos, la forma en la que aprenden, se comunican y trabajan. La economía digital ha auspiciado el advenimiento de lo que los economistas han dado en llamar la *Nueva economía*, basada en el conocimiento, la tecnología y la globalización económica. La Nueva economía alberga en su seno una modalidad con características propias que recibe el nombre de *economía colaborativa*, o sus variantes *consumo colaborativo*, *economy on demand* o *sharing economy*. Si las TIC, como herramientas laborales, han tenido el efecto de diluir las fronteras entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso por un lado, y la vida privada y la vida profesional por otro; la economía colaborativa ha pulverizado la demarcación entre el trabajador por cuenta propia y el trabajador por cuenta ajena, al mismo tiempo que ha convertido en remuneradas actividades que anteriormente no lo eran¹⁵⁵. De hecho, la fina línea que separa el trabajo autónomo del trabajo por cuenta ajena en el contexto de la economía colaborativa ha llevado a los Tribunales a identificar en más de un caso la figura del “falso autónomo”¹⁵⁶, es decir, trabajadores que son contratados como autónomos, pero que, en realidad, prestan servicios bajo las cuatro notas de laboralidad (remuneración, voluntariedad, ajenidad y dependencia) y, por tanto, deberían prestar su fuerza de trabajo en el marco de un contrato laboral, quedando incluidos en el sistema de Seguridad Social como trabajadores por cuenta ajena.

La digitalización de la economía ha roto los esquemas de los sistemas productivos hasta ahora conocidos (*Taylor, Ford y Toyota*). Si en el modelo tradicional el componente que prevalecía en el trabajo era el físico, en el modelo de la economía digital, el elemento intelectual del trabajo es el principal. El desarrollo de las carreras profesionales también se ha impregnado de estos cambios: el modelo tradicional era de recorrido lineal, basado en promociones ascendentes y de tendencia vertical, con estructuras jerarquizadas, centralizadas y rígidas; mientras que el modelo de carrera actual se caracteriza por la autonomía, la flexibilidad, la descentralización y la externacionalización de procesos productivos¹⁵⁷. Frente a las antiguas carreras largas y fijas, desarrolladas en una misma empresa, donde la propia organización era la que se preocupaba de proveer al trabajador de la necesaria formación, se implantan la “empleabilidad”¹⁵⁸, las carreras profesionales en diferentes compañías, y el traslado al empleado de la responsabilidad casi absoluta de su desarrollo profesional.

¹⁵⁵ EUROFOUND. (2017). *Sixth European Working Conditions Survey*. Ob. Cit. Pág. 14 y 24. Este sería el caso de los “recados” o encargos que anteriormente no constituían una actividad formal y remunerada y que en la actualidad se han convertido en el objeto social de empresas como Glovo.

¹⁵⁶ Entre otras, SSTS 902/2017, de 16 noviembre; TJUE de 10 de abril 2018, caso *Uber France*, asunto C-320/16 y TJUE de 20 de diciembre de 2015, caso *Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain S.L.*, asunto C-434/15.

¹⁵⁷ ALCAIDE CASTRO, M. (2004). La crisis del modelo tradicional de carrera. *Temas Laborales*, 223-290. Págs. 243-248; y DOLAN, S. J., VALLE CABRERA, R., JACKSON, S. E., & SCHULER, R. S. (2007). *La gestión de los recursos humanos: cómo atraer, retener y desarrollar con éxito el capital humano en tiempos de transformación*. Madrid: McGraw-Hill. Pág. 206.

¹⁵⁸ La empleabilidad hace referencia al potencial del trabajador de reforzar sus habilidades y desarrollar sus aptitudes para adquirir nuevas capacidades que le permitan ser competitivo en un mercado laboral en continuo cambio. Esta versatilidad que en esencia define al nuevo modelo de carreras profesionales, ha justificado que algunos autores le otorguen el nombre de “carreras de Proteo”, considerando que Proteo era una divinidad griega del mar conocida por sus metamorfosis (en este sentido: ALCAIDE CASTRO, M. (2004) Ob. Cit.; ALCOVER DE LA HERA, C. M., MORIANO LEÓN, J. A., OSCA SEGOVIA, A., & TOPA CANTISANO, G. (2012). *Psicología del Trabajo*. Ob. Cit. Pág. 206; BRISCOE, J. P., & HALL, D. T. (2006). The interplay of boundaryless and protean careers: combinations and implications. *Journal of Vocational Behavior*, 4-18; HALL, D. T. (2004). The protean career: A quarter-century journey. *Journal of Vocational Behavior*, 1-13; y RAHIMA, N. B., & SITI-ROHAIDA, M. Z. (2015). Protean career orientation and career goal development: do they predict engineer's psychological well-being? *Procedia - Social and Behavioral Science*, 270-277).

1. DEFINICIONES

1.1 ECONOMÍA COLABORATIVA

Tratar de plasmar en unas cuantas palabras el concepto de *economía colaborativa* es una tarea titánica en la que se han embarcado no pocos autores e instituciones. Se ha definido como el “sistema de producción y consumo”, nacido en el siglo XXI, que se vale de los avances tecnológicos para intercambiar y compartir bienes y servicios a un precio inferior al que ofrece el mercado tradicional¹⁵⁹. Una definición más amplia atribuye el concepto de economía colaborativa a los nuevos modelos de negocio que, a través de plataformas digitales, ponen en contacto a usuarios que ofrecen algún bien o servicio con usuarios que lo buscan¹⁶⁰. Por su parte, la CNMC afirma que se trata de un “modelo de consumo [basado] en el intercambio entre particulares de bienes y servicios que permanecían ociosos o infrautilizados a cambio de una compensación pactada entre las partes”¹⁶¹. Y la Comisión Europea entiende que el constructo refiere a “modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”¹⁶².

Todas estas definiciones tienen en común la referencia a las plataformas digitales, y es que, efectivamente, la piedra angular o el motor que permite el funcionamiento de la economía colaborativa es este elemento. Las plataformas virtuales constituyen un portal *online* accesible para cualquier persona que tenga un dispositivo móvil y se descargue la correspondiente aplicación, a través de la cual puede interactuar con otros usuarios para compartir bienes o servicios o para intercambiar estos por una contraprestación. Los productos y servicios susceptibles de comercializarse por medio de esta vía son verdaderamente infinitos, y van desde el alquiler de un electrodoméstico hasta compartir un vehículo para un viaje, pasando por el alquiler de un apartamento o la posibilidad de recibir en casa la comida del restaurante sito a dos manzanas.

1.2 CROWD EMPLOYMENT, CROWDSOURCING Y CROWD WORK

Otro término que trae consigo la economía participativa es el *crowd employment*, entendido como una forma de trabajo basada en el uso de plataformas virtuales que permiten a organizaciones o particulares contactar con otras empresas o individuos para realizar determinadas tareas específicas a cambio de un precio¹⁶³. Se trata de una forma de externalización de actividades dirigida a aumentar la flexibilidad de quien demanda el servicio, de modo que, en lugar de optar por la contratación de personal que realice esas tareas de forma estable, se acude puntualmente a estas plataformas para subcontratar los servicios de otras compañías o de trabajadores autónomos en el momento concreto en el que surge la necesidad¹⁶⁴. En estos modelos de empleo resulta de especial importancia observar si se cumplen las notas de laboralidad en las relaciones habidas entre la empresa que acude al *crowd employment* y el sujeto contratado para la ejecución de una tarea, con

¹⁵⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017). Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo. *Trabajo y Seguridad Social* (406), 23-55. Pág. 26.

¹⁶⁰ TOURIÑO, A. (2016). La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medidas cautelares dictados en los casos de *Uber*, *Blablacar* y *Cabify*. *Actualidad Civil*, 1-16. Pág. 2.

¹⁶¹ CNMC. (2014). *Consulta pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. Documento 2: efectos de los nuevos modelos económicos sobre el mercado y la regulación*. Pág. 2.

¹⁶² Comunicación de 2 de junio de 2016 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa. [COM(2016) 356 final]. Pág. 3

¹⁶³ EUROFOUND. (2015). *New forms of employment*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union. Pág. 107.

¹⁶⁴ GINÈS I FABRELLAS, A. (2016). *Plataformas de crowdemployment virtual ¿Nuevas formas de trabajo o la generalización del falso trabajo autónomo?* Recuperado el 10 de octubre de 2018. Pág. 2.

el objeto de evitar la ya mencionada figura del “falso autónomo”. Por la propia definición, los individuos que prestan estos servicios reciben el nombre de “solucionadores”¹⁶⁵.

Como sinónimo del *crowd employment* suelen utilizarse las palabras *crowdsourcing* o *crowd work*, que técnicamente también se refieren a la externalización por parte de una empresa de una actividad para que la desarrolle un amplio conjunto de personas desconocidas¹⁶⁶, aunque estos términos son más amplios porque contemplan, además, actividades de voluntariado no remuneradas¹⁶⁷.

2. MODALIDADES DE ECONOMÍA COLABORATIVA

La dificultad de la delimitación del concepto de economía colaborativa radica en la multiplicidad de modalidades que en su seno se concentran, y esa falta de una única definición, más o menos aceptada, entorpece en gran medida la distinción entre los modelos de negocio que verdaderamente son colaborativos y aquellos otros que siguen perteneciendo al modelo económico tradicional y únicamente tratan de aprovecharse de las ventajas de la digitalización¹⁶⁸. A grandes rasgos, esa diversidad de modelos puede reconducirse a dos categorías bastante bien diferenciadas:

- Un primer tipo en el que **existe ánimo de lucro por parte de quienes ponen a disposición de otros usuarios de la plataforma sus recursos infrautilizados y sus servicios**. En este grupo intervienen tres agentes: 1) el prestador de servicios – que puede ser un profesional o un particular –, 2) la plataforma digital intermediaria y 3) el usuario que solicita el servicio. Los prestadores de servicios se convierten en *micro-emprendedores* que solo intervienen cuando son solicitados sus servicios (economía bajo demanda u *on demand economy*)¹⁶⁹. A efectos prácticos, las sociedades mercantiles que explotan las plataformas digitales que se encuadran en esta primera categoría disponen, por un lado, de una plantilla de personal fijo que se encuentra en oficinas y en mantenimiento, dando el soporte técnico preciso para que funcione la aplicación; y de un agregado de sujetos que trabajan por cuenta propia, que únicamente prestan servicios cuando son requeridos por usuarios de la plataforma. El resultado es el abaratamiento de los costes por parte de la sociedad mercantil que está detrás de la plataforma, que ni tiene una plantilla fija de trabajadores – más allá de los de las oficinas y mantenimiento – ni adquiere recursos propios, ya que estos los aporta el presunto autónomo. Nada como ilustrar esta idea; este es el caso de las plataformas digitales – como *Uber*, *Cabify* o *Deliveroo* – que conectan a un chófer, profesional o no, con un usuario que precisa realizar un desplazamiento o que le lleven un pedido a una dirección concreta. Ese chófer, además de poner su tiempo y desempeño, también facilita su propio vehículo (coche, bicicleta, moto o furgoneta) a cambio de una contraprestación.
- En el segundo grupo, **los usuarios únicamente buscan compartir gastos**. En este colectivo también intervienen la plataforma digital y el usuario que solicita el uso de un bien o servicio. Empero, quien comparte el producto o pone a disposición de otro sus competencias y habilidades es un particular que no busca lucrarse con la operación, sino tan solo compartir los gastos. Aquí no se considera la existencia de micro-emprendedores porque incluso las transacciones que se recogen en esta categoría pueden hacerse a título gratuito. Por ello, las instituciones de la UE

¹⁶⁵ TOURIÑO, A. (2016). Ob. Cit. Pág.2.

¹⁶⁶ FELSTINER, A. (2011). Working the crowd: employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry. *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, 143-203. Págs. 146-149; y HOWE, J. (2006). The rise of crowdsourcing. *Wired Magazine*, 1-3. Pág. 2.

¹⁶⁷ Un ejemplo perfecto de *crowdsourcing* es el que pone Eurofound (New forms of employment, 2015, pág. 107) de editar material para portales colaborativos como Wikipedia.

¹⁶⁸ En este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017). Ob. Cit. Pág. 27; y TOURIÑO, A. (2016). Ob. Cit. Pág. 3.

¹⁶⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017). Ob. Cit. Pág. 43.

rehúsan calificar como actividades económicas a este tipo de operaciones¹⁷⁰, sin perjuicio de que cualquiera de las tres relaciones que se producen en este contexto (la relación entre la plataforma y el usuario que hace la disposición del bien o servicio; la relación entre la plataforma y el que solicita el bien o servicio; y la relación entre ambos particulares) pueda tener la consideración de actividad económica. Este es el caso de las plataformas digitales – como *Blablacar*¹⁷¹ o *Amoveans* – que ponen en contacto a un sujeto que dispone de un bien infrautilizado con otros que también precisan ese elemento y que están dispuestos a compartir gastos (por ejemplo, un individuo que va a realizar un viaje de Madrid a Valencia con su propio automóvil, que disponiendo de cuatro plazas vacías, contacta con otros cuatro individuos que no necesariamente conoce previamente, y que van a realizar el mismo trayecto pero no disponen de vehículo).

3. EFECTOS FAVORABLES Y EFECTOS ADVERSOS. SOSTENIBILIDAD Y HUIDA DEL DERECHO DEL TRABAJO

Uno de los elementos que favorecieron la aparición de la economía colaborativa fue el cambio de mentalidad social dirigido a lograr un mejor reparto y una explotación más eficiente de los recursos disponibles. En efecto, en los últimos años se han ido publicando diversos estudios que ponen de manifiesto cuán infrautilizados están los bienes que adquirimos, y cuya producción, por otro lado, supone un alto coste tanto para nuestra economía como para nuestro medioambiente. Póngase como ejemplo la construcción y el uso de un vehículo¹⁷². Antes de construir un coche se realizan 2.000 bocetos, y una vez que se elige la línea de diseño, transcurren 4 años desde que se plasma la idea en papel, se traslada a un molde de arcilla (precisándose 5.000 kilos de arcilla para hacer las maquetas en tres dimensiones) y se termina convirtiendo el automóvil en realidad. A continuación tiene que elegirse la pintura, tardándose hasta 3 años en crear un nuevo color y debiéndose adquirir hasta 6,4 millones de litros de pintura al año. Una vez está el coche montado (para lo que se necesitan robots, personas y energía para ensamblar las más de 3.000 piezas que tiene), se somete a diversas pruebas y, si las supera de manera satisfactoria, se pone a la venta, pudiendo tener un coche de gama media un precio en torno a los 15.000 euros, sin incluir el IVA. Tras todos los costes que han supuesto la producción, la publicidad y la adquisición de este bien, el vehículo permanecerá aparcado de media más del 95 % de su vida útil¹⁷³.

La preocupación por la implantación de un modelo de consumo sostenible y respetuoso con el medioambiente ha provocado que se priorice el acceso al servicio sobre la propiedad del producto que lo procura¹⁷⁴, contribuyendo también a este cambio de cultura de consumo, el descenso de rentas generado por la crisis económica que comenzó en 2008, ya que el modelo de explotación de

¹⁷⁰ En este sentido, STJUE de 18 diciembre 2007, caso *Jundt*, asunto C-281/06 (apartado 32) y Comunicación de 2 de junio de 2016 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa. [COM(2016) 356 final]. Pág. 3.

¹⁷¹ Blablacar comenzó a operar en España en el año 2010, y hasta 2016 no inspiró recelos en el resto de operadores con los que convergía en el mercado relevante. Sin embargo, a partir del 10 de noviembre de 2016 comenzó a cobrar comisiones (denominadas por la compañía “gastos de gestión”) a quienes querían ocupar la plaza del vehículo de otro usuario que la tuviera vacía, calculándose esos gastos de gestión a partir de un baremo facilitado por Blablacar y sumados directamente al precio que tenía que pagar el usuario. Desde entonces las empresas tradicionales del sector del transporte de personas por tierra acusan a Blablacar de competencia desleal.

¹⁷² Los datos que se muestran están recogidos en el [informe anual de SEAT de 2017](#) de la empresa automovilística SEAT, cuya consulta se realizó el 11 de octubre de 2018.

¹⁷³ En España se cifra en un 97 % de la vida útil el tiempo que un vehículo permanece inactivo (ECOLOGISTAS EN ACCIÓN. (2016). *Las cuentas ecológicas del transporte en España*. Madrid: Libros en Acción); en Reino Unido en un 96,5 % (The Royal Automobile Club Foundation for Motoring. (2012). *Spaced Out. Perspectives on parking policy*. London: RAC Foundation Publications); y en Estados Unidos en un 95 % (UCLA. (2005). *Pay as you park*. Recuperado el 11 de Octubre de 2018, de <http://shoup.bol.ucla.edu/PayAsYouPark.htm>).

¹⁷⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017). Ob. Cit. Pág. 29.

activos que propugna la economía participativa ofrece unos precios más bajos que los del comercio clásico.

Las consideraciones anteriores han decantado a las instituciones europeas a apoyar sin ambages la economía colaborativa y sus innovaciones. Los datos que manejan sobre las plataformas virtuales en la UE reflejan que sus ingresos brutos ascendieron en 2015 a 28.000 millones de euros¹⁷⁵, lo que permite a las instituciones europeas mantener que el consumo colaborativo favorecerá la creación de un empleo de calidad y que tendrá un impacto positivo en la competitividad y el crecimiento sostenible y responsable de la UE, facilitando el tránsito hacia la economía circular¹⁷⁶ y mejorando la calidad de vida de la ciudadanía europea¹⁷⁷. No obstante, las instituciones comunitarias no olvidan mencionar el principal y fundamental posible efecto perverso de este nuevo modelo, cual es la huida del Derecho del Trabajo, e inciden en la necesidad de dotar de un marco jurídico a la economía colaborativa para impedir la evasión fiscal, la competencia desleal y la vulneración de las normas comunitarias, nacionales y locales.

En efecto, centrando el análisis de la repercusión negativa de la economía participativa en el orden social, tanto la doctrina como los tribunales nacionales, comunitarios e internacionales, y la ITSS, han adoptado la expresión “huida del Derecho del Trabajo” para referirse a este fenómeno¹⁷⁸; expresión acuñada en su día para referirse a la “zona gris” o intermedia que existe entre el trabajador por cuenta ajena y el trabajador por cuenta propia, y que el legislador terminó identificando con la creación de una nueva figura jurídica, a saber: el TRADE. Las plataformas digitales se presentan como meras intermediarias entre los prestadores de servicios y los solicitantes de los mismos, ambos usuarios de aquella plataforma, e insisten en ofrecer un servicio de la sociedad de la información en el sentido dado a este constructo en el art. 1.b) de la Directiva 2015/1535/UE, esto es, como un “servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”. La relación entre la plataforma virtual y el prestador de servicios se concreta en un contrato mercantil – que no laboral – en la medida en que este sujeto recibe la consideración de trabajador autónomo y no de trabajador por cuenta ajena.

A tenor del art. 1.1 del ET y al socaire del concepto de trabajador por cuenta ajena pergeñado por el TJUE en aplicación del Derecho social comunitario¹⁷⁹, las notas de laboralidad son la voluntariedad, la remuneración, la subordinación y la ajenidad. Si se ponen en relación esos cuatro elementos con la actividad que desarrollan los prestadores de servicios en el seno de las plataformas colaborativas, existirían serias dudas sobre la autonomía de estos trabajadores al respecto de las notas de subordinación y ajenidad, tal y como se muestra a continuación:

¹⁷⁵ Comunicación de 2 de junio de 2016 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa. [COM(2016) 356 final]. Pág. 2.

¹⁷⁶ La economía circular (*CE* en sus siglas en inglés, *circular economy*) es una estrategia dirigida a reducir la sobreproducción y el vertido de desechos, que forma parte a su vez de la *Estrategia Europa 2020*.

¹⁷⁷ En este sentido se pronuncian la Comunicación de 2 de junio de 2016 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa. [COM (2016) 356 final]. Pág. 2; el Dictamen del Comité de las Regiones Europeo de 10 de febrero de 2016, La dimensión local y regional de la economía colaborativa (2016/C 051/06). Pág. 3; y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 11 de junio de 2014, sobre Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI (2014/C 177/01). Pág. 2.

¹⁷⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017). Ob. Cit. Pág. 44; y GINÈS I FABRELLAS, A. (2016). *Plataformas de crowdemployment virtual ¿Nuevas formas de trabajo o la generalización del falso trabajo autónomo?* Ob. Cit. Pág. 2.

¹⁷⁹ SSTJUE de 19 de noviembre de 2002, caso *Bülent Kurz*, asunto C-188/00 (apartado 32) y de 3 de julio de 1986, caso *Lawrie-Blum*, asunto C-66/85 (Apartado 17), entre otras; y en el mismo sentido, la Comunicación de la Comisión Europea de 13 de julio de 2010, Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes [COM (2010) 373]. Págs. 4-6.

- La **subordinación** o dependencia sugiere que el trabajador “realiza, durante un cierto tiempo, a favor de otra [persona] y bajo la dirección de esta [sic], ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración”¹⁸⁰, que es tanto como decir que debe obedecer las instrucciones que esta última, la persona que desempeña el rol de empresario, le dé, y como corolario de esa superioridad se le otorga un poder sancionador o disciplinario. En el caso concreto de los VTC y de los *riders*¹⁸¹, es la empresa que gestiona la plataforma la que fija los horarios, las características del vehículo, cómo y cuándo se tiene que prestar el servicio, el comportamiento e idoneidad de los prestadores del servicio y hasta la remuneración¹⁸². Es más, la *startup* realiza un control de itinerario en tiempo real que se articula por medio de una aplicación que debe permanecer operativa en los terminales de los prestadores de servicios mientras atienden al cliente (realizan el porte o la carrera). En definitiva, los prestadores de servicios reciben instrucciones por parte de quien dice ser tan solo un mero intermediario, quien tiene incluso la capacidad de sancionarlos.
- La **ajenidad** se proyecta principalmente en dos aspectos: 1) el empresario es la persona que soporta los riesgos de la inversión en la actividad, y 2) el empleado no es dueño de los resultados de su trabajo. Es precisamente la aparente ausencia de esta nota de laboralidad en la que se basan las empresas gestoras de las plataformas digitales para negar el carácter de trabajador por cuenta ajena de quienes prestan sus servicios a través de ellas. Efectivamente, son los propios prestadores de servicios quienes tienen que aportar sus herramientas de trabajo (vehículos, bicicletas, teléfonos móviles, etc.), y en consecuencia, quienes asumen el riesgo de la inversión hecha en ellas. Empero, tanto la ITSS como el TJUE han considerado que el verdadero medio de producción es la plataforma virtual – y no el automóvil, en el caso de *Uber*¹⁸³ –, y esa aplicación se la provee la *startup*¹⁸⁴, de modo que entienden que sí se da también la nota de ajenidad.

Por lo dicho, las empresas que están detrás de las plataformas virtuales y que presentan el *modus operandi* descrito, no actúan como meras intermediarias sino que proporcionan un “servicio global” y se implican activamente en la propia prestación que desarrollan aquellos con quienes conciertan un contrato mercantil y que constituye el elemento principal de su actividad. A este argumento se adiciona además la inexistencia de una organización empresarial autónoma por parte del trabajador¹⁸⁵. Con base en estas aseveraciones, los contratos mercantiles celebrados con los prestadores de servicios deberían ser laborales, y estos tener la consideración de trabajadores por cuenta ajena¹⁸⁶.

¹⁸⁰ STJUE de 3 de julio de 1986, caso Lawrie-Blum, asunto C-66/85 (Apartado 17).

¹⁸¹ *Rider* es el término con el que se conoce a los prestadores de servicios de empresas como Deliveroo o Glovo.

¹⁸² STJUE de 20 de diciembre de 2015, caso *Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain S.L.*, asunto C-434/15 (apartado 39).

¹⁸³ *Ut supra* (apartado 39).

¹⁸⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017). Ob. Cit. Pág. 51.

¹⁸⁵ STJUE de 20 de diciembre de 2015, caso *Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain S.L.*, asunto C-434/15 (apartado 40); y de 10 de abril de 2018, caso *Uber France*, asunto C-320/16, (apartado 24); e informe de la ITSS de Cataluña de 9 de marzo de 2015.

¹⁸⁶ No son pocas las resoluciones administrativas y judiciales que se han manifestado en este sentido, tanto a nivel nacional como comunitario e internacional. Baste como muestra citar la resolución de la ITSS de Valencia de 20 de diciembre de 2017; el informe de la ITSS de Cataluña de 9 de marzo de 2015; la decisión de la *California Labor Commission* de 6 de junio de 2015 (caso Barbara Ann Berwick contra Uber Technologies, Inc.) y la decisión de la *California Unemployment Insurance Appeals Board*, de 1 de junio de 2015 (disponible en <https://www.uberlawsuit.com/Uber%20Case%20No.%205371509.pdf>).

4. HACIA UN MARCO NORMATIVO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Sonados han sido los conflictos que han enfrentado en los últimos años a las empresas que actúan a través de las plataformas digitales con los operadores clásicos del sector en el que también intervienen aquellos entramados virtuales. La controversia ha alcanzado tal magnitud que se han adoptado medidas judiciales cautelares como la prohibición en toda España de la prestación del servicio de transporte de viajeros *Uber Pop*¹⁸⁷ o medidas administrativas como restricciones al alquiler turístico a través de *Airbnb* en Barcelona, Madrid, y Valencia, entre otras ciudades españolas. Este choque de realidades se produce como consecuencia de la falta de encaje de los nuevos modelos de negocio en los esquemas legales y sociales tradicionales. Con la intención de superar dichas desavenencias, la Comisión Europea¹⁸⁸ ha conminado a los Estados miembros a confeccionar un marco normativo para estas actividades, incidiendo especialmente en 5 aspectos:

- **Requisitos de acceso al mercado.** De entenderse que las empresas que actúan a través de plataformas digitales no prestan un servicio de la sociedad de la información al no limitarse su actividad a la intermediación, habrá de exigírseles la licencia o autorización administrativa que se requiere al resto de operadores que participan en el sector en cuestión, con el objeto de que no se vea alterada la libre competencia en el mercado y ambos agentes dispongan de igualdad de condiciones.
- **Regímenes de responsabilidad.** El art. 12 de la Directiva 2000/31/CE exonera de responsabilidad al prestador de servicios por la transmisión de datos cuando opere a través de empresas que ofrecen un servicio de la sociedad de la información consistente en la transmisión de datos facilitados por el destinatario del servicio, siempre que se den una serie de requisitos recogidos en el mismo precepto. Esta exención podría beneficiar a las plataformas, estudiándose casuísticamente y dependiendo del grado de conocimiento y control que tengan en la información almacenada.
- **Protección de los usuarios/consumidores.** Una de las quejas más recurrentes de los usuarios de las aplicaciones colaborativas es la falta de seguridad en el desarrollo de la actividad que demandan, derivada precisamente del perfil no profesional de los prestadores de servicios¹⁸⁹. Para paliar esta situación y proveer de una mayor protección a la parte que se considera más débil en la relación jurídica (el consumidor), la medida que propone la Comisión Europea es la aplicación de la legislación europea sobre consumidores a las transacciones que se produzcan entre usuarios y plataformas digitales que tengan la condición de comerciantes. *A sensu contrario*, si la transacción tiene como partícipes a dos consumidores, aun cuando se haga a través de una plataforma virtual, la operación no entraría dentro del ámbito objetivo de aplicación de la normativa europea sobre consumidores.
- **Consideración laboral de los trabajadores en la economía colaborativa.** El objetivo prioritario en este punto es evitar la huida del Derecho del Trabajo y el auge de los “falsos autónomos” – empleados que tienen la consideración de trabajadores por cuenta propia cuando en realidad son trabajadores por cuenta ajena –¹⁹⁰. Las nuevas modalidades de empleo son más flexibles, con predominio de los contratos temporales y a tiempo parcial, lo cual genera gran incertidumbre en lo que a derechos aplicables y protección social se refiere. Para más *inri*, la dinámica actual de las plataformas digitales traslada al trabajador el riesgo y la

¹⁸⁷ Auto Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid de 9 diciembre 2014.

¹⁸⁸ Comunicación de la Comisión Europea de 2 de junio de 2016, Una Agenda Europea para la economía colaborativa [COM (2016) 356]. Págs. 3-17.

¹⁸⁹ JARNE MUÑOZ, P. (2016). El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 62-75. Pág. 73.

¹⁹⁰ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (2018). Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del Trabajo. *La Ley Unión Europea*, 1-32. Pág. 22.

incertidumbre de los mercados, tradicionalmente asumidos por las empresas¹⁹¹. En consecuencia, aun cuando la legislación laboral es competencia de los Estados miembros (art. 153 TFUE), las instituciones comunitarias con funciones legislativas han establecido unas normas mínimas en la política social para homogeneizar en la medida de lo posible las regulaciones a este respecto.

Algunos Estados miembros han tratado de dar encaje legal a los nuevos modelos de empleo creando sub-régimenes de las figuras clásicas o diferentes categorías que permitan modular principalmente la nota laboral de subordinación. Ejemplos de ello son: 1) la figura del *worker* en el sistema británico, a medio camino entre el trabajador por cuenta ajena (*employee*) y el autónomo (*independent contractor*)¹⁹²; 2) los trabajadores independientes (*travailleurs indépendants*) del Ordenamiento jurídico francés¹⁹³; o 3) el caso español del TRADE, que, como su propio nombre indica, es un trabajador por cuenta propia cuyos ingresos dependen al menos en un 75 % de un único cliente¹⁹⁴.

La doctrina española reconoce los esfuerzos jurisprudenciales dirigidos a otorgar la calificación de laborales a las relaciones entre las plataformas digitales y sus colaboradores, aunque mantiene que ello no consigue eclipsar el hecho de que los modelos de empleo del entorno digital desbordan las figuras tradicionales¹⁹⁵. La consideración de estos trabajadores como TRADE tampoco convence fundamentalmente por dos razones: 1) para empezar, si se considera que la plataforma actúa como mera intermediaria, el prestador de servicios no tendría un cliente mayoritario, sino una gran cantidad de ellos, y no dependería económicamente de ninguno; 2) y para continuar, si se entiende que la actividad de la plataforma no se limita a la intermediación, entonces el trabajador necesariamente ha de ser por cuenta ajena y no autónomo¹⁹⁶.

- **Fiscalidad.** Los principales escollos que surgen en cuanto a la aplicación de impuestos a las plataformas digitales son la dificultad de identificar a los obligados tributarios y los ingresos gravables ante el exiguo intercambio de información. Esta problemática se agrava si se tiene en cuenta que los Estados miembros tienen diferentes prácticas fiscales. Así las cosas, la Comisión Europea recomienda la aplicación de gravámenes proporcionales a estas aplicaciones, comparables a los que se aplican a las empresas que prestan un servicio análogo a los que efectúan las organizaciones que se encuentran detrás de las plataformas digitales, al mismo tiempo que apuesta por una mejora de la cooperación y el intercambio de información entre la Administración Pública, las plataformas virtuales y los prestadores de servicios.

¹⁹¹ GINÈS I FABRELLAS, A. (2016). *Plataformas de crowdemployment virtual ¿Nuevas formas de trabajo o la generalización del falso trabajo autónomo?* Ob. Cit. Pág. 16; y STYHRE, A. (2017). *The New Forms of Professional Work: Entrepreneurialism and Precarious Professional Work*. En A. STYHERE, *Precarious Professional Work. Entrepreneurialism, Risk and Economic Compensation in the Knowledge Economy* (págs. 109-160). Palgrave Macmillan.

¹⁹² *Employment Rights Act (ERA), section 230 (3)*.

¹⁹³ Se trata de una figura creada *ad hoc* para aquellos trabajadores que prestan servicios a través de plataformas digitales. Debe destacarse la circunstancia de que, si dichas plataformas fijan las características del servicio prestado por el trabajador independiente, se considera que tienen una "responsabilidad social" para con él, y se las obliga a cotizar para cubrir los accidentes laborales, al mismo tiempo que se les reconoce a estos trabajadores derechos sindicales (derecho a la manifestación, a convocar y participar en huelgas y a constituir sindicatos) (arts. L7341-1 – L7341-6 del Código del Trabajo francés).

¹⁹⁴ Art. 11.1 de la LETA.

¹⁹⁵ Entre otros autores en este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017). Ob. Cit. Págs. 53-54; GINÈS I FABRELLAS, A., & GÁLVEZ DURAN, S. (2016). *Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital*. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1-44. Pág. 39; y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (2018). Ob. Cit. Págs. 31-32.

¹⁹⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017). Ob. Cit. Pág. 55; y TODOLÍ SIGNES, A. (2015). *El impacto de la "Uber economy" en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo*. *IUSLabor*, 1-25. Págs. 19-20.

V. CONCLUSIONES

Las TIC han llegado para quedarse y los cambios generados en los hábitos y en la forma de comunicarse de las personas no solo no tienen retorno, sino que irán enraizándose. Más de la mitad de la población mundial tiene acceso a Internet, y teniendo en cuenta que los últimos datos cifran en más de 7.500 millones de individuos el número de habitantes en todo el globo terráqueo, el fenómeno es digno de consideración. Continuando con los datos, en España, en el último trimestre de 2018, el 86,1 % de la población con edades comprendidas entre 16 y 74 años accedió a Internet¹⁹⁷, y 1 de cada 3 usuarios de Internet utiliza los servicios de plataformas colaborativas, al menos, una vez al año, destacando especialmente las aplicaciones que ofrecen servicios en los sectores de compraventa de productos de segunda mano, de alquiler de alojamiento y de transporte urbano compartido¹⁹⁸. Todo lo dicho conduce a la conclusión de que la Cuarta Revolución Industrial o la Industria 4.0¹⁹⁹ es una realidad, y que desde una perspectiva iuslaboralista esta revolución tecnológica está a la altura de las dos primeras revoluciones industriales de los siglos XIX y XX²⁰⁰, en la medida en que comparte con ellas la creación de un nuevo tipo de empleo de condiciones muy características y la necesidad por parte de los trabajadores de (re)conquistar sus derechos laborales.

A lo largo del presente trabajo se ha hecho especial incidencia en la circunstancia de que el uso generalizado de las TIC, tanto en la vida privada como en la profesional, diluye las fronteras que tradicionalmente han diferenciado ambas esferas (privada y profesional), lo cual lleva íntimamente aparejadas tres consecuencias nefandas que han quedado retratadas en las páginas precedentes: 1) la vulneración del tiempo de descanso legalmente previsto, 2) el desequilibrio en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y 3) el agravamiento de los riesgos psicosociales, con el consecuente incremento de las posibilidades de desarrollar tecnopatologías que, por otro lado, todavía no están reconocidas como enfermedades profesionales.

Saber desconectar del trabajo una vez acabada la jornada laboral supone la diferencia entre adoptar una actitud sana frente a la actividad profesional y asumir una actitud tóxica de la que pueden derivarse consecuencias negativas para la salud del trabajador. Las TIC conectan con fenómenos tales como el compromiso con el trabajo y la adicción al trabajo, al facilitar la conexión en cualquier lugar y a cualquier hora. La línea que separa el compromiso con el trabajo y la adicción al trabajo es aparentemente tenue, pues lo que se trasluce en ambos casos es una fuerte implicación con la actividad profesional. Sin embargo, los efectos psicológicos causados por ambos fenómenos en el trabajador son antagónicos, ya que mientras la predisposición al trabajo del adicto es enfermiza y le dificulta realizar otra actividad que no sea trabajar, el comprometido con el trabajo se siente motivado, disfruta y experimenta un sentimiento de felicidad cuando desempeña su labor profesional, lo cual, por otro lado, no le impide realizar otra actividad. Más gráficamente, mientras el comprometido con su trabajo se siente bien realizando su actividad profesional, el adicto al trabajo se siente mal cuando no está laborando²⁰¹. En la organización, también son distintas las

¹⁹⁷ [INE](#): *Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares*. Recuperado el 22 de abril de 2019, de Ciencia y tecnología, sociedad de la información. Destáquese que a 1 de julio de 2018, España tiene 46.733.038 habitantes (fuente: [INE](#), última visualización realizada el día 22 de abril de 2019).

¹⁹⁸ [CNMC](#): *Panel de Hogares de la CNMC del segundo trimestre de 2016*. Recuperado el 15 de Septiembre de 2018, de <https://www.cnmc.es/en/node/267044>; y *Panel de Hogares de la CNMC del segundo trimestre de 2018*.

¹⁹⁹ BUISÁN, M., & VALDÉS, F. (2017). La Industria Conectada 4.0. *Revista ICE. Información Comercial Española*, 89-100. Pág. 89.

²⁰⁰ ALEMÁN PÁEZ, F. (2017). Ob. Cit. Pág. 16.

²⁰¹ Los estudios anglosajones traducen esta frase del siguiente modo: *Whereas work-engaged employees are pulled to their work because for them work is fun, workaholics are pushed to their work because they cannot resist their compulsive work drive*. SCHAUFELI, W., & SALANOVA, M. (2011). Work engagement: on how to better catch a slippery concept. *European Journal of Work and Organizational Psychology*(1), 19-46. Págs. 44-45; y TARIS, R. W., SCHAUFELI, W. B., & SHIMAZU, A. (2010). The push and pull of work: the differences between

consecuencias de ambos fenómenos. A medio y largo plazo, el adicto al trabajo reducirá su rendimiento y productividad porque, como toda adicción, el apego irracional hacia la actividad profesional redonda negativamente en la salud física, mental y social del trabajador, y de hecho, es muy probable que su enfermedad acabe degenerando en síndrome *burnout*. Como contrapartida, el trabajador comprometido con su trabajo es más productivo, ya que se siente realizado con su labor y los sentimientos que le reporta son positivos.

La desconexión del trabajo se dificulta si habitualmente el trabajador recibe requerimientos a través del teléfono inteligente o del correo electrónico que lo incitan a continuar trabajando en su tiempo de descanso. El derecho al descanso pasa por el ejercicio del derecho a la desconexión del trabajo, y aquel derecho cuenta con previsión legal desde principios del siglo anterior. No obstante, el derecho a la desconexión digital es una concreción necesaria de aquel derecho más general al descanso, una especificidad oportuna y coherente en el actual contexto de la Era Digital. Contemplar legislativamente el derecho a la desconexión digital debe considerarse un gran paso hacia la concienciación de la necesidad de abandonar la práctica mencionada, que no solo se está haciendo cada vez más común, sino que paulatinamente se percibe como algo normal.

La opción legislativa adoptada para regular el derecho a la desconexión digital es acertada al haber elegido la negociación colectiva como vía para articular las bases que garanticen la efectividad del derecho, habida cuenta de que es la herramienta que más favorece la adaptación de una regulación a las características del sector o de la empresa en cuestión. No obstante, no solo es necesario reconocer el derecho, sino también establecer legalmente los mecanismos necesarios para que pueda ser realmente efectivo. En este sentido, el art. 88 de la LOPDPGDD parece incompleto, ya que no existe ningún elemento de coerción que conmine a su cumplimiento, más allá de su mera previsión en una Ley Orgánica. La regulación del derecho a la desconexión digital resultaría más completa de haberse adoptado alguna de estas tres opciones: 1) incluir la regulación del mencionado derecho en el art. 85.3 del ET, como parte del contenido mínimo del convenio colectivo; 2) si la vulneración del derecho a la desconexión digital del trabajador por parte del empresario se hubiera contemplado en la LISOS como una infracción administrativa; o 3) si la desconexión digital, además de como un derecho del trabajador, se hubiere configurado como un deber correlativo y explícito del empresario de no interrumpir el descanso de sus trabajadores con requerimientos fuera de su horario laboral, realizados a través de medios de comunicación telemáticos. Desde la perspectiva de las medidas destinadas a prevenir algunos riesgos laborales psicosociales, tales como la adicción al trabajo, cabría plantearse hasta qué punto conviene configurar la desconexión digital como un derecho-deber del trabajador, al igual que la formación en materia preventiva, configurada en el art. 19 del ET como un derecho-deber del trabajador.

Por otro lado, cabe preguntarse cómo debe concretarse el procedimiento para hacer efectivo el derecho a la desconexión digital en aquellas empresas donde no hay representación de los trabajadores²⁰². No es una pregunta baladí si se tiene en cuenta que el tejido empresarial español está compuesto en más de un 90 % por PYME²⁰³. Siguiendo el sentido y finalidad del art. 88 de la LOPDPGDD, parece lógico y coherente que en tales casos el empleador adopte una política interna de modalidades de desconexión digital dando audiencia previa a la plantilla.

De los pronunciamientos judiciales aquí analizados sobre los límites al poder empresarial de vigilancia y control se infiere que no solo la salud de los trabajadores puede verse afectada por un mal uso de las TIC en el ámbito laboral, sino también sus derechos fundamentales. Una

workaholism and work engagement. En A. B. BAKKER, & M. P. LEITER (Edits.), *Work Engagement. A Handbook of Essential Theory and Research* (págs. 39-53). Sussex Oriental, Inglaterra: Psychology Press. Págs. 39-53.

²⁰² VIDAL, P. (2018). La desconexión digital laboral es ya una realidad. *Actualidad Jurídica Aranzadi* (946), 1-2. Pág. 2.

²⁰³ DIRECCIÓN GENERAL DE INDUSTRIA Y DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA. (2019). *Retrato de la PYME*. Madrid: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Pág. 3.

interpretación del respeto empresarial al derecho a la intimidad de los trabajadores llevada al extremo puede conducir a que los empresarios no efectúen ningún tipo de control sobre la jornada y horario de los trabajadores que prestan servicios en su domicilio; y una interpretación más laxa, a interferir sin límite alguno en las comunicaciones de sus trabajadores realizadas en el centro de trabajo o con dispositivos electrónicos que les hayan sido facilitados por la empresa para un uso laboral. Ambos posicionamientos resultan inaceptables: el primero porque el empleador estaría incumpliendo el deber que tiene de vigilar y proteger la seguridad y salud de los trabajadores al no aplicar medidas de control del tiempo de trabajo – que por otro lado, no vulneran el derecho a la intimidad del trabajador aunque este trabaje desde su casa –²⁰⁴; y el segundo, por conculcar el derecho a la vida privada del trabajador²⁰⁵.

Las TIC han transformado tanto puestos de trabajo como modelos de negocio. Los avances tecnológicos, unidos al cambio de mentalidad social, que ha transitado del consumo voraz al consumo sostenible, han facilitado el advenimiento de la economía colaborativa. En este modelo de consumo se prioriza el acceso a los servicios sobre la propiedad del bien que lo procura, cumpliendo así un doble objetivo: abaratar costes y hacer un uso responsable de los bienes que ya se tienen, evitando la sobreproducción y, con ello, un doble impacto negativo en el medioambiente. La transformación no solo afecta al modo en que se consume, sino también a la forma en la que se produce, o dicho en otros términos, a los modelos de negocio. Las plataformas digitales actúan como elemento canalizador de las necesidades de los consumidores, poniendo en contacto a quienes precisan un bien con quienes disponen de ese bien y están dispuestos a compartirlo. De esta manera se facilita un consumo colaborativo de un mismo bien, que no cambia de propietario, pero que satisface las mismas necesidades a sujetos distintos. Si además del bien propio, el titular del producto pone a disposición del otro usuario sus servicios a cambio de una contraprestación, la relación iría más allá del mero compartir bienes. En este último escenario es esencial estudiar si concurren las cuatro notas de laboralidad, particularmente la dependencia y la ajenidad, para determinar si el prestador de servicios es un trabajador autónomo o un trabajador por cuenta ajena.

Otro aspecto a destacar es la pérdida de poder de la negociación colectiva en la economía colaborativa²⁰⁶. El modelo de empleo que propugna la economía compartida propende a la individualización de los trabajadores y a la autorregulación de la actividad por parte de las empresas que gestionan las aplicaciones. Esta dinámica dificulta el establecimiento de una representación y defensa unívoca de los intereses de los trabajadores, debilitando su capacidad de negociación, y con ello asestando un duro golpe a la negociación colectiva en su actual configuración, ya que sería del todo ineficaz en la economía participativa.

El avance tecnológico aplicado al contexto laboral precisa de un marco legal que provea de seguridad jurídica a los operadores, y hasta que ese marco no ha comenzado a implantarse por medio de la LOPDPGDD, la falta de normalización legislativa ha propiciado que la interpretación jurisprudencial haya sido – y siga siendo – cardinal²⁰⁷. Y es que, verdaderamente, el Derecho español va adaptándose muy lentamente a las TIC – quizá demasiado – y prueba de ello es que algunos preceptos de distintos códigos, más allá de quedar obsoletos, se han convertido en *fósiles jurídicos*²⁰⁸.

²⁰⁴ STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 3 febrero 2016 (FJ 4).

²⁰⁵ Se remite al lector al análisis jurisprudencial del epígrafe III de este trabajo.

²⁰⁶ Esta conclusión es compartida por distintos autores en sus trabajos, citándose como muestra de ello a CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017) Ob. Cit. Págs. 54-55; y a RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., & PÉREZ DEL PRADO, D. (2017). Economía Digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo (estudio realizado a instancias de la Fundación para el Diálogo Social). Pág. 71.

²⁰⁷ De hecho, Calvo Gallego (2012, pág. 2) incluso califica al Derecho del Trabajo español como un derecho jurisprudencial, en lo que a la regulación de las TIC se refiere, debido a su “mal envejecimiento” (2012, pág. 1).

²⁰⁸ Muestra de ello son el art. 51.párrafo 2º del CCo, que todavía habla de la correspondencia telegráfica; o los arts. 68 y 81 del ET, que aún aluden al tablón de anuncios.

No obstante, no toda la responsabilidad debe recaer en el legislador: también los usuarios de las TIC han de hacer un ejercicio de introspección y autocrítica. Sería de un reduccionismo considerable concluir que la configuración de los dispositivos electrónicos como herramientas de uso profesional solo han tenido efectos negativos, pues lo cierto es que – sin entrar en la eliminación o creación de más o menos puestos de trabajo – también han contribuido a mitigar el tedio de algunas actividades caracterizadas por su repetitividad y monotonía. El meollo del asunto estriba en el uso que se está dando a estos sistemas y en la falta de educación o de formación tecnológica relativa a su correcto uso y utilización, señalada por Metling en su informe. Y es que, en efecto, las TIC son neutras: sus efectos en las personas son positivos o negativos dependiendo del uso que hagan de ellas. Teleológicamente, las (nuevas) tecnologías están llamadas a hacer más fácil la vida de las personas y, en consecuencia, han de estar a su disposición, y no a la inversa. Asimismo, tampoco hay que olvidar que las personas necesitan “cerrar sesión” de vez en cuando.

VI. ANEXOS

1. DISPOSICIONES NORMATIVAS

- Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 29 de abril de 1980 (BOE núm. 153, de 26 junio 1980).
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE núm. 260, de 17 septiembre 1882).
- Real decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio (BOE núm. 289, de 16 octubre 1885).
- Resolución de la Asamblea General 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, por la que se adopta y proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 108, de 6 mayo 1999).
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 25 de marzo de 1957 (Versión consolidada DOUE Serie C, núm. 326, de 26 octubre 2012).
- Constitución Española de 27 de diciembre 1978 (BOE núm. 311, de 29 diciembre 1978).
- 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 (BOE núm. 115, de 14 mayo 1982).
- Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE núm. 189, de 8 agosto 1985).
- Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DOUE Serie L, núm. 183, de 29 junio 1989).
- Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (BOE núm. 230, de 26 septiembre 1995).
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (BOE núm. 269, de 10 noviembre 1995).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 noviembre 1995).
- Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE núm. 27, de 31 enero 1997).
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE 298, de 14 de diciembre de 1999) (excepcionalmente vigente en algunos aspectos).
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DOUE Serie L, núm. 178, de 17 julio 2000).
- 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 (BOE núm. 189, de 8 agosto 2000).
- Recomendación 2003/670/ CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales (DOUE Serie C, núm. 238, de 25 septiembre 2003).
- Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DOUE Serie L, núm. 299, de 18 noviembre 2003).

- Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (BOE núm. 302, de 19 diciembre 2006).
- Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. (BOE núm. 166, de 12 julio 2007).
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 marzo 2007).
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPDP (BOE núm. 17, de 19 enero 2008).
- Directiva 2015/1535/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (DOUE Serie L, núm. 241, de 17 septiembre 2015).
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24 octubre 2015).
- 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 (BOE núm. 261, de 31 octubre 2015).
- Reglamento 2016/679/UE 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 (DOUE Serie L, núm. 119, de 4 mayo 2016).
- Ley 81/2017, de 22 de mayo de 2017, *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*. (Gazzeta Ufficiale núm. 135, de 13 de junio de 2017).
- *Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective*. NOR: MTRT1724786R
- *Ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*. NOR: MTRX1733141R.
- *Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel (1)*. NOR: MTRX1808061L
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 6 diciembre 2018).
- Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2019).
- *Code du travail. Version consolidée au 13 mai 2019. Legifrance, le service public de la diffusion du Droit*.

2. BIBLIOGRAFÍA

- ABA CATOIRA, A. (2014). La efectividad de los derechos de los trabajadores y del empresario desde la implantación de las tecnologías en el ámbito laboral. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 79-106.

- ACHOR, S., & GIELAN, M. (24 de Junio de 2016). Resilience Is About How You Recharge, Not How You Endure. Recuperado el 29 de Septiembre de 2018, de Harvard Business Review: <https://hbr.org/2016/06/resilience-is-about-how-you-recharge-not-how-you-endure>
- ALCAIDE CASTRO, M. (2004). La crisis del modelo tradicional de carrera. *Temas Laborales*, 223-290.
- ALCOVER DE LA HERA, C. M., MARTÍNEZ ÍÑIGO, D., RODRÍGUEZ MAZO, F., & DOMÍNGUEZ BILBAO, R. (2004). *Introducción a la Psicología del Trabajo*. Madrid: McGraw Hill.
- ALCOVER DE LA HERA, C. M., MORIANO LEÓN, J. A., OSCA SEGOVIA, A., & TOPA CANTISANO, G. (2012). *Psicología del Trabajo*. Madrid: UNED Publicaciones.
- ALEMÁN PÁEZ, F. (2017). El derecho de desconexión digital (1). Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la "Loi Travail N° 2016-1088". *Trabajo y Derecho*(30), 12-33.
- ANDREASSEN, C. S., GRIFFITHS, M. D., HETLAND, J., & PALLESEN, S. (2012). Development of a work addiction scale. *Scandinavian Journal of Psychology*, 265-272.
- ANDREASSEN, C. S., URSIN, H., ERIKSEN, H. R., & PALLESEN, S. (2012). The relationship of narcissism with workaholism, work engagement, and professional position. *Social Behavior and Personality*, 881-890.
- BARNES, C. M., LANAJ, K., & JOHNSON, R. (15 de Enero de 2016). Research: Using a Smartphone After 9 pm Leaves Workers Disengaged. Recuperado el 29 de Septiembre de 2018, de Harvard Business Review: <https://hbr.org/2014/01/research-using-a-smartphone-after-9-pm-leaves-workers-disengaged>
- BREWER, N., & WILLIAMS, K. D. (Edits.). (2005). *Psychology and Law: an empirical perspective*. Nueva York: The Guilford Press.
- BRISCOE, J. P., & HALL, D. T. (2006). The interplay of boundaryless and protean careers: combinations and implications. *Journal of Vocational Behavior*, 4-18.
- BROADBRIDGE, A. (2002). Retail managers: their work stressors and coping strategies. *Journal of Retailing and Consumer Services*, 173-183.
- BROD, C. (1984). *Technostress: the human cost of the computer revolution*. Massachusetts: Addison-Wesley.
- BUISÁN, M., & VALDÉS, F. (2017). La Industria Conectada 4.0. *Revista ICE. Información Comercial Española*, 89-100.
- CALVO GALLEGO, F. J. (2012). TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales. *Aranzadi Social*, 1-19.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017). Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo. *Trabajo y Seguridad Social*(406), 23-55.
- CORNELLA, A. (2010). *Infoxicación: buscando un orden en la información*. Barcelona: Zero Factory S.L.
- DOLAN, S. J., VALLE CABRERA, R., JACKSON, S. E., & SCHULER, R. S. (2007). *La gestión de los recursos humanos. Cómo atraer, retener y desarrollar con éxito el capital humano en tiempos de transformación*. Madrid: McGraw-Hi.
- EGGER, G., BINNS, A., RÖSSNER, S., & SAGNER, M. (2017). *Medicina del estilo de vida. Hábitos, entorno, prevención y promoción de la salud* (Tercera ed.). Barcelona: Elsevier.
- EUROFOUND.

- (2015). New forms of employment. Luxemburgo: Publications Office of the European Union.
- (2017). Sixth European Working Conditions Survey. Luxemburgo: Publications Office of the European Union.
- (2017). Working time patterns for sustainable work. Luxemburgo: Publications Office of the European Union.

EUROFOUND AND THE INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. (2017). Working anytime, anywhere: The effects on the world of work. Luxemburgo: Publications Office of the European Union.

FASSEL, D. (1993). Working ourselves to death: and the rewards of recovery. San Francisco: HarperPaperbacks.

FELSTINER, A. (2011). Working the crowd: employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry. Berkeley Journal of Employment & Labor Law, 143-203.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., & RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V. (2016). Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral en España. Labour & Laws Issues, 45-74.

FREUDENBERGER, H. J. (1974). Staff burnout. Journal of Social Issues, 159-165.

GARDEN, A. M.

- (1987). Depersonalization: a valid dimension of burnout? Human Relations, 545-560.
- (1989). The effect of psychological type on research findings. Journal of Occupational and Organizational Psychology, 223-234.

GHEORGHITA, N. (2014). Workaholism: a new challenge for organisation management. Procedia - Social and Behavioral Sciences, 295-300.

GIL-MONTE, P. R., & PEIRÓ, J. M.

- (1999). Perspectivas teóricas y modelos interpretativos para el estudio del síndrome de quemarse por el trabajo. Anales de Psicología, 261-268.
- (1999). Validez factorial del Maslach Inventory en una muestra multiocupacional. Psicothema, 679-689.

GINÈS I FABRELLAS, A. (2016). Plataformas de crowdemployment virtual ¿Nuevas formas de trabajo o la generalización del falso trabajo autónomo? Recuperado el 10 de Octubre de 2018, de <http://docplayer.es/69123567-Plataformas-de-crowdemployment-virtual-nuevas-formas-de-trabajo-o-la-generalizacion-del-falso-trabajo-autonomo-1.html>

GINÈS I FABRELLAS, A., & GÁLVEZ DURAN, S. (2016). Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital. InDret. Revista para el Análisis del Derecho, 1-44.

GOLEMBIEWSKI, R. T., & MUNZENRIDER, R. F. (1988). Phases of Burnout: developments in concepts and applications. Nueva York: Praeger.

GOÑI SEIN, J. L. (1988). El respeto a la esfera privada del trabajador. Madrid: Civitas.

GRANADOS, I. (2011). Calidad de vida laboral: historia, dimensiones y beneficios. Revista de Investigación en Psicología, 213-225.

HALL, D. T. (2004). The protean career: A quarter-century journey. Journal of Vocational Behavior, 1-13.

HOWE, J. (2006). The rise of crowdsourcing. Wired Magazine, 1-3.

INMORDINO-YANG, M. H., CHRISTODOULOU, J. A., & SINGH, V. (2012). Rest Is Not Idleness: Implications of the Brain's Default Mode for Human Development and Education. Perspectives on Psychological Science(4), 352-364.

- INSHT. (2006). NTP 730: tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- INSTITUTE OF WORK, HEALTH AND ORGANISATIONS. (2008). The Euroepan Framework for Psychosocial Risk Management: PRIMA-EF. Nottingham: I-WHO Publications.
- JARNE MUÑOZ, P. (2016). El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 62-75.
- JAY, T. B. (1981). Computerphobia: what to do about it? *Educational Technology*, 47-48.
- LÁZARO, Y., MADARIAGA, A., LAZCANO, I., & DOISTUA, J. (2012). El derecho al ocio: un derecho humano en ocasiones desconocido. VIII Jornadas Científicas Internacionales de Investigación sobre Discapacidad, (págs. 1-13). Salamanca.
- LEITER, M. P. (1991). The dream denied: professional burnout and the constraints of service organizations. *Canadian Psychology*, 547-558.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J. I. (2004). ¿Pueden las tecnologías de la información mejorar la productividad? *Universia Business Review*, 82-95.
- LUJÁN ALCARAZ, J. (2001). Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación. *Aranzadi Social*, 1-7.
- MARTÍNEZ DE VIERGOL LANZAGORTA, A. (2005). La consideración del síndrome del "Burn out" como constitutivo de la contingencia profesional del accidente de trabajo origen de la declaración de incapacidad absoluta. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 213-224.
- MASLACH, C.
- (1976). Burned-out. *Human Behavior*, 16-22.
 - (1982). *Burnout, the cost of caring*. Nueva Jersey: Prentice-Hall.
- MASLACH, C., JACKSON, S. E., & LEITER, M. P. (1996). *Maslach Burnout Investory* (Tercera ed.). California: Consulting Psychologists Press.
- MASLACH, C., SCHAUFELI, W. B., & LEITER, M. P. (2001). Job burnout. *Annual Review of Psychology*, 397-422.
- MELLA MÉNDEZ, L. (2016). Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores (1). *Trabajo y Derecho* (16), 1-33.
- M MELLA MÉNDEZ, L., NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., & MORENO SOLANA, A. (2017). Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: estudios desde el derecho español y comparado. Alemania, Reino Unido, Polonia. Madrid: Dykinson.
- METTLING, B. (2015). *Transformation numérique et vie au travail*. París: Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social.
- MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. (2017). Alemania. Evolución del mercado laboral en octubre. *Actualidad internacional sociolaboral* (217), 84-105.
- MIÑARRO LÓPEZ, A. (2011). Influencia de las TIC en los Riesgos Laborales. *Antena de Telecomunicación*, 32-36.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2017). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: "desconexión digital", garantía del derecho al descanso. *Temas laborales* (138), 249-283
- MORENO-JIMÉNEZ, B. (2014). Los riesgos laborales psicosociales: marco conceptual y contexto socio-económico. *ORP Journal*, 4-18.
- MORENO-JIMÉNEZ, B., GONZÁLEZ, J. L., & GARROSA, E. (2001). Desgaste profesional (burnout), personalidad y salud percibida. *Empleo, estrés y salud*, 59-83.

OATES, W. (1971). *Confessions of a workaholic: the facts about work addiction*. Nueva York: World Publishing Company.

OIT.

- (1986). *Los factores psicosociales en el trabajo: reconocimiento y control*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- (2017). *Riesgos psicosociales, estrés y violencia en el mundo del trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

PINES, A., & AARONSON, E. (1988). *Career Burnout: causes and cures*. Nueva York: Free Press.

QUÍLEZ MORENO, J. M. (2019). La garantía de Derechos Digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores. *Revista Española de Derecho del Trabajo* (217), 1-17.

RAHIMA, N. B., & SITI-ROHAIDA, M. Z. (2015). Protean career orientation and career goal development: do they predict engineer's psychological well-being? *Procedia - Social and Behavioral Science*, 270-277.

RAICHLE, M. E., & GUSNARD, D. A. (2002). Appraising the brain's energy budget. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 10237-10239.

ROBINSON, B. E. (1998). The workaholic family: a clinical perspective. *The American Journal Family Therapy*, 65-75.

ROSEN, L. D., & WEIL, M. M.

- (1990). Computers, classroom instruction, and the computerphobic university student. *Collegiate Microcomputer*, 275-283.
- (1995). Computer availability, computer experience and technophobia among public school teachers. *Computers in Human Behavior*, 9-31.

ROSENBERG, K. A., & PALO, T. A. (2011). Damned if you do, damned if you don't. *New Jersey Labor and Employment Law Quarterly*, 30-31.

SABORÍO MORALES, L., & HIDALGO MURILLO, L. F. (2015). Síndrome de burnout. *Medicina Legal de Costa Rica*, 1-6.

SALANOVA, M.

- (2003). Trabajando con tecnologías y afrontando el tecnoestrés: el rol de las creencias de eficacia. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 225-246.
- (2007). Nuevas tecnologías y nuevos riesgos psicosociales en el trabajo. *Revista Digital de Seguridad y Salud en el Trabajo*, 1-25.

SALANOVA, M., GRAU, R., LLORENS, S., & SCHAUFELT, W. B. (2001). Exposición a las tecnologías de la información, burnout y engagement: el rol modulador de la autoeficacia profesional. *Revista de Psicología Social Aplicada*, 69-90.

SALANOVA, M., LLORENES, S., & VENTURA, M. (2014). Technostress: the dark side of technologies. En C. KORUNKA, & P. HOONAKKER (Edits.), *The impact of ICT on quality of working life*. Dordrecht: Springer Netherlands.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (2018). Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del Trabajo. *La Ley Unión Europea*, 1-32.

SCHAUFELI, W., & SALANOVA, M. (2011). Work engagement: on how to better catch a slippery concept. *European Journal of Work and Organizational Psychology* (1), 19-46.

SCHAUFELI, W. B., TARIS, T. W., & BAKKER, A. B. (2006). Dr. Jekyll or Mr. Hyde? On the difference between work engagement and workaholism. En R. J. BURKE, & R. J. BURKE (Ed.),

Research companion to working time and work addiction (págs. 193-220). Cornwall: Edward Elgar Publishing.

SELYE, H.

- (1950). Stress and the general adaptation syndrome. *British Medical Journal*, 1383-1392.
- (1976). *Stress in Health and Disease*. Massachusetts: Butterworth.

SHIROM, A. (1989). Burnout in work organizations. *International Review of Industrial and Organizational Psychology*, 25-48.

TALÉNS VISCONTI, E. E. (2018). La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva. *Revista de Información Laboral* (4), 1-12.

TARIS, R. W., SCHAUFELI, W. B., & SHIMAZU, A. (2010). The push and pull of work: the differences between workaholism and work engagement. En A. B. BAKKER, & M. P. LEITER (Edits.), *Work Engagement. A Handbook of Essential Theory and Research* (págs. 39-53). Sussex Oriental, Inglaterra: Psychology Press.

TASCÓN LÓPEZ, R. (2007). El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica. *Aranzadi Social*, 1-17.

TODOLÍ SIGNES, A. (2015). El impacto de la "Uber economy" en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo. *IUSLabor*, 1-25.

TOURIÑO, A. (2016). La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medidas cautelares dictados en los casos de Uber, Blablacar y Cabify. *Actualidad Civil*, 1-16.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2013). Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. XV Conferencia Trilateral, (págs. 14-17). Roma.

UGICT-CGT. (24 de Marzo de 2017). Guide du Droit à la Déconnexion. Recuperado el 10 de Septiembre de 2018, de <http://www.ugict.cgt.fr/publications/guides/guide-deconnexion>

UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT). (3 de Agosto de 2018). Regular el derecho a la desconexión por ley. Recuperado el 22 de Septiembre de 2018, de <http://www.ugt.es/regular-el-derecho-la-desconexion-por-ley>

VIDAL, P. (2018). La desconexión digital laboral es ya una realidad. *Actualidad Jurídica Aranzadi* (946), 1-2.

WEIL, M. M., & ROSEN, L. D. (1997). *TechnoStress: coping with technology @work @home @play*. Nueva York: J. Wiley.

YEGINSU, C. (1 de Febrero de 2018). If Workers Slack Off, the Wristband Will Know. (And Amazon Has a Patent for It.). *The New York Times*.

3. RESOLUCIONES JUDICIALES (SENTENCIAS Y AUTOS)

- **Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 94/1984 de 16 octubre (RTC\1984\94)**. El contencioso sobre el que se pronuncia esta resolución judicial hace referencia a la sempiterna pugna de los derechos fundamentales de los trabajadores y el derecho de organización de la dirección en el contexto de la relación laboral. En particular, la sentencia dirime si el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación también tiene efectos durante el periodo de prueba y, por tanto, supone un límite a la facultad del empresario de poner fin a la relación laboral sin motivo alguno. Los Magistrados manifiestan que la finalización de la relación laboral durante el periodo previsto en el art. 14.2 del ET, debe atender a causas propias del

contrato, y que en ningún caso puede contraponerse la facultad de rescisión del contrato sin causa que otorga aquel precepto a un derecho fundamental.

- **Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 88/1985 de 19 julio** (RTC 1985\88). Los Magistrados del TC estudian una posible vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión de un trabajador por parte de su empleador. El empleado acudió a un programa de televisión donde manifestó una serie de aseveraciones en contra del funcionamiento del sistema sanitario público, en el que él prestaba sus servicios. Como consecuencia, fue objeto de despido. Esta sentencia sienta las bases de los límites a la facultad de control y vigilancia del empresario, y rechaza la posibilidad de que con base en el art. 38 de la CE, puedan realizarse restricciones injustificadas en los derechos fundamentales de los trabajadores.
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 julio 1986. Caso *Deborah Lawrie-Blum* contra *Land Baden-Württemberg*. Asunto 66/85.** Los Magistrados en esta sentencia dilucidan el concepto de trabajador por cuenta ajena. En particular, si ese concepto es susceptible de ser aplicado a los estudiantes en prácticas. El objetivo era determinar si a una estudiante británica se le tenían que brindar las mismas condiciones de acceso que a cualquier estudiante alemán para ocupar un puesto como profesora en prácticas en el sistema educativo público alemán, a pesar de que existiera una norma nacional en este país que exigiera la nacionalidad alemana.
- **Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 171/1989 de 19 octubre** (RTC\1989\171). En esta sentencia los Magistrados del TC tratan de dilucidar si existe vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación en la actuación empresarial consistente en la concesión de un cierto beneficio económico a una serie de trabajadores, frente a otros a los que no se les otorga por haber ingresado en la plantilla tras haber sido modificado el convenio colectivo. Se trataba de una medida contemplada en el convenio anterior que se prorrogó en el siguiente solo con respecto a los trabajadores que ya la disfrutaban, esto es, con los que formaban parte del equipo de la empresa antes de la entrada en vigor del posterior convenio colectivo. Los Magistrados entendieron en la sentencia que sí existían diferencias objetivas y razonables que justificaban el trato desigual y que negaban el trato discriminatorio.
- **Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 99/1994 de 11 abril** (RTC\1994\99). En la sentencia se juzga si los efectos que resultan del derecho a la imagen de un trabajador permanecen inermes en el contexto de una relación laboral. En el caso concreto, el demandante de amparo fue despedido por su empresa tras haberse negado a que su imagen saliera en una fotografía publicitando el producto que la organización vendía. Consideran los magistrados que la relación laboral permite modular los derechos de los trabajadores para hacer posible el desarrollo de la actividad productiva, pero solo cuando sea estrictamente necesario.
- **Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 186/1996 de 25 noviembre** (RTC\1996\186). El supuesto de hecho que se presenta en esta sentencia hace referencia directa al conflicto entre la libertad de expresión y el poder de control de la dirección. Los hechos probados manifiestan que el organismo público en el que laboraba el demandante de amparo, envió una comunicación a una serie de colegios para presentarles una oferta de natación. Posteriormente, el demandante de amparo envió a esos colegios *motus proprio* otra misiva con un contenido distinto al de la primera. El organismo empleador conminó al trabajador a retractarse y ante su negativa, lo despidió. Reconocen los Magistrados que los derechos constitucionales, en el marco de una relación laboral, encuentran su límite en la buena fe con que ambas partes del contrato han de actuar. Lo dicho no obsta para que la modulación de los derechos constitucionales en el ámbito laboral solo deba producirse cuando sea estrictamente necesario, dada la preeminencia de aquellos.
- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso *Halford* contra Reino Unido. Sentencia de 25 junio 1997** (TEDH\1997\37). El asunto que se dilucida en la sentencia es si constituye una intromisión empresarial la investigación de las comunicaciones recibidas y enviadas por una

trabajadora a través de los dispositivos electrónicos facilitados por el empleador. En ningún caso se le facilitó a la empleada una guía de uso de los dispositivos ni tampoco se le prohibió el uso con fines personales ni de los teléfonos ni del correo electrónico corporativo. De hecho, uno de los terminales telefónicos era para uso privado. Informalmente la trabajadora tuvo noticia de que su correspondencia estaba siendo interceptada por su empleador, e incluso sus conversaciones transcritas. Los Magistrados del TEDH convinieron en que la medida empresarial transgredía el derecho a la privacidad de la trabajadora.

- **Audiencia Nacional (Sala de lo Social) Sentencia núm. 94/1997 de 17 julio (AS\1997\3370).** Sentencia pionera que marcó un hito en España en el tratamiento de la desconexión digital, en un tiempo en el que aún no existía ni la noción ni mucho menos el derecho a ella. Se juzga la validez de una circular enviada por una empresa a sus empleados, por medio de la cual se obligaba a los comerciales a mantener una conexión constante de su teléfono móvil con los de la empresa y sus clientes, a la espera de instrucciones o comunicaciones en todo momento. Entendieron los Magistrados que se trataba de una extralimitación empresarial de sus facultades de organización y dirección de la actividad laboral, que comprometía el derecho al descanso de los trabajadores.
- **Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social) Sentencia núm. 389/2000 de 25 febrero (AS\2000\562).** El conflicto que trata de resolverse radica en la calificación de la práctica de la empresa de revisión del ordenador de su empleado. Se trataba de un dispositivo facilitado por la organización como herramienta laboral. El control efectuado sobre el terminal se llevó a cabo sin la presencia del trabajador y sin que hubiera necesidad del mismo, y con base en esta segunda circunstancia, entienden los Magistrados que sí se produjo vulneración del derecho a la intimidad del trabajador.
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 octubre 2000. Caso SIMAP. Asunto C-303/98.** Conflicto colectivo gestado en España, que tras agotar la vía nacional accede finalmente al TJUE. El contencioso versa en esencia sobre los límites de los tiempos de descanso y de trabajo que se les aplica al colectivo de médicos de Atención Primaria del servicio público sanitario de la Comunidad Valenciana. La queja del sindicato consiste en la inexistencia de un límite cierto de la jornada de trabajo, pues una vez terminada la jornada ordinaria, prestan lo que llaman “atención continuada”, que consiste en una guardia localizada. Conforme a la sentencia, en la guardia localizada solo debe considerarse tiempo de trabajo aquel en el que verdaderamente estén prestando servicios.
- **Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 292/2000 de 30 noviembre (RTC\2000\292).** La presente sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra una serie de artículos de la anterior LOPD por considerar que vulneraban el derecho fundamental a la protección de datos. El Pleno del TC coligió que el usuario tiene derecho a controlar sus datos, tanto su uso como su destino.
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 19 noviembre 2002. Caso *Bilent Kurz*. Asunto C-188/00.** En la presente sentencia se aborda colateralmente el concepto de trabajador por cuenta ajena. La concesión de la condición de trabajador en el sentido dado por las instituciones europeas a un ciudadano turco es esencial para que no se le repatrie a Turquía.
- **Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 126/2003 de 30 junio (RTC\2003\126).** Sentencia que resuelve un recurso de amparo por una presunta violación de la libertad de expresión y del derecho fundamental a la información. El conflicto se produce como consecuencia de determinadas manifestaciones de un trabajador en contra de su empresa, que son publicadas en varios medios de prensa escrita. Esta circunstancia motiva el despido disciplinario del trabajador, medida empresarial que es impugnada por el afectado. Mantiene el trabajador que sus denuncias hechas públicas en periódicos eran informativas. Por su parte, entienden los Magistrados que no era el cauce adecuado para ello, pues nunca el trabajador hizo uso de los

mecanismos internos de la organización para poner en conocimiento de quienes correspondiera los defectos de producción que hizo públicos en la prensa, afectando con ello la imagen corporativa.

- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 septiembre 2003. Caso Jaeger. Asunto C-151/02.** Versa la sentencia sobre los límites del tiempo de descanso y del tiempo de trabajo en el sector de la sanidad. Como sucediera con el caso SIMAP, el principal foco de conflicto en esta controversia llevada al TJUE por los Tribunales alemanes es la falta de un límite claro entre ambos periodos de tiempo al existir conceptos como la guardia localizada o la atención continuada. Recuperando la jurisprudencia constitucional recogida en la sentencia SIMAP, los Magistrados insisten en que solo tiene la consideración de tiempo de trabajo las horas de las guardias localizadas en las que efectivamente se hubiera prestado servicios.
- **Juzgado de lo Social de Alicante (Comunidad Valenciana) Sentencia núm. 188/2004 de 6 mayo (AS\2004\1866).** Los hechos probados de la sentencia presentan reiteradas bajas por contingencias comunes de un trabajador aquejado de un cuadro clínico de *burnout*. Por vía judicial solicita el actor que se le declare la incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo. El Juez, trayendo al caso explicaciones teóricas sobre el trastorno psicológico, asume la línea doctrinal que atribuye al síndrome del quemado la calificación de accidente de trabajo cuando está causado por el trabajo de quien lo padece.
- **Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 196/2004 de 15 noviembre (RTC\2004\196).** El objeto del contencioso estriba en la determinación de vulneración del derecho a la intimidad de una trabajadora en un reconocimiento médico. La trabajadora vio terminada su relación laboral después de haber emitido los servicios médicos un informe de no apto, al haber detectado en sus pruebas de orina un coeficiente de estupefacientes superior al permitido en los protocolos de la empresa. Entienden los Magistrados que el reconocimiento médico que se le practicó a la trabajadora no podía clasificarse como obligatorio en el sentido dado en el art. 22.1 párrafo 2º de la LPRL, y que en consecuencia, su validez descansaba en el consentimiento de la empleada. Ese consentimiento no fue considerado informado por parte de los Jueces, ya que a la trabajadora ni los servicios médicos ni la empresa le comunicaron a aquella la información que buscaban en las pruebas médicas realizadas, de lo que se colige que sí hubo conculcación del derecho fundamental a la intimidad de la trabajadora.
- **Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 3ª) Sentencia núm. 302/2005 de 14 marzo (AS\2005\1703).** En el recurso que resuelve este pronunciamiento, una teletrabajadora diagnosticada con el síndrome de *burnout* y declarada afectada de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio, solicita que se cambie la calificación de contingencia común a contingencia profesional que fue establecida por la Dirección Provincial del INSS y ratificada por el Juzgado de lo Social competente. Los Magistrados del TSJ de Madrid, reiterando en su fundamentación jurídica la asentada doctrina judicial al respecto, manifiestan que al derivar el trastorno de la actividad laboral, ha de reputarse como accidente de trabajo, ya que no cuenta con previsión en la lista de enfermedades profesionales.
- **Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 281/2005 de 7 noviembre (RTC\2005\281).** Sentencia que marcó un hito en la jurisprudencia constitucional al reconocer que la empresa está obligada a permitir que el correo electrónico corporativo ya existente sea un canal a través del cual transmitir y recibir comunicaciones e informaciones de índole sindical.
- **Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 41/2006 de 13 febrero (RTC\2006\41).** El demandante de amparo solicita del TC que se reconozca la vulneración de su derecho fundamental a la igualdad, por responder su despido a una actuación discriminatoria de la dirección según su interpretación. Las pruebas indiciarias que sustentan la posición del recurrente son la inexistencia de faltas o apercibimientos previos y los continuos comentarios y actuaciones del superior que afeaban tanto su estética como su orientación sexual.

- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 7 septiembre 2006. Caso Comisión contra Reino Unido. Asunto C-484/04.** En la presente sentencia el TJUE interpreta que el Reino Unido incumplió sus obligaciones al trasponer erróneamente la Directiva 93/104 en su Reglamento sobre la Jornada Laboral al no imponer a los empresarios la obligación de garantizar el tiempo de descanso de sus trabajadores.
- **Sentencia del Tribunal de Justicia la Unión Europea (Sala Segunda) de 1 diciembre 2005. Caso Dellas. Asunto C-14/04.** La cuestión prejudicial que se presenta ante el TJUE versa sobre la consideración de tiempo de trabajo. El meollo fundamental de la sentencia estriba en considerar si una norma de Derecho interno francés es o no compatible con la Directiva 93/104/CE. Aquella norma francesa ponderaba las horas de trabajo en función de la mayor o menor actividad del trabajador. Los Magistrados califican como incompatible la regulación francesa ya que entienden que entre los elementos que configuran la definición de “tiempo de trabajo” no se encuentra la intensidad de la actividad.
- **Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 342/2006 de 11 diciembre (RTC\2006\342).** El objeto de la sentencia versa sobre la presunta vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación sufrida presuntamente por una trabajadora que fue despedida tras comunicar su embarazo a la empresa. La prueba de descargo que presenta la empresa consiste en unas supuestas irregularidades que venían ocurriendo desde hacía meses pero que nunca se denunciaron ni se tomaron medidas. De hecho, la trabajadora pasó de tener un contrato por tiempo determinado a uno indefinido con incremento del salario. Existió una diferencia de un mes entre el momento en que la demandante de amparo dio a conocer su estado de gestación y el momento en que la empresa decidió despedirla por aquellas presuntas irregularidades.
- **Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 11 enero 2007. Caso Jan Vorel. Asunto C-437/05.** El objeto del conflicto sobre el que se tiene que pronunciar el TJUE en este auto es la definición del tiempo de trabajo en el sentido dado por las Directivas y las instituciones comunitarias. En particular, las partes litigantes solicitan del órgano judicial europeo que se pronuncie sobre la aplicación de aquella noción al concepto de atención continuada. En el caso concreto, el empleador retribuye económicamente en menor medida esos periodos de guardia, ya que, aunque los considera tiempo de trabajo, la ponderación que le merece es menor que la jornada ordinaria. Asumiendo su ya asentada línea jurisprudencial, el TJUE determina que se considera tiempo de trabajo y se tiene que retribuir como tal, el lapso temporal en el que el trabajador se encuentra prestando sus servicios *de facto* para el empresario, sin que pueda existir un concepto intermedio entre tiempo de descanso y tiempo de trabajo.
- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso contra (Sección 4ª) Caso Copland contra Reino Unido. Sentencia de 3 abril 2007 (TEDH\2007\23).** La sentencia se pronuncia sobre la pugna entre el derecho del empleador de vigilar el correcto uso que hacen sus trabajadores de las herramientas laborales que le facilita, y el derecho a la privacidad del trabajador cuando esas herramientas son dispositivos tecnológicos. En el caso concreto, el empleador de la señora Copland realizó una serie de seguimientos tanto a las llamadas entrantes y salientes del teléfono del centro de trabajo como a los correos electrónicos y páginas web que recibía, enviaba y visitaba, respectivamente, la trabajadora. Esa investigación se realizó además sin el conocimiento de la trabajadora y, por ende, sin su consentimiento, de modo que el TEDH constató la conculcación de su derecho a la privacidad.
- **Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 125/2007 de 21 mayo (RTC\2007\125).** La sentencia aborda la pugna de la libertad de expresión del trabajador y las facultades de dirección y control del empresario. El sector en el que se desarrolla el conflicto es el periodístico y el detonante del contencioso, unas declaraciones del demandante de amparo, trabajador de un determinado medio de prensa escrita, que es además tertuliano en un programa de televisión. Como consecuencia de esas declaraciones, el empleador decide prohibir la participación del trabajador en el programa de televisión, aun cuando otros compañeros en su

misma situación, sí pudieron seguir interviniendo en la tertulia. De lo dicho, se infiere y los Magistrados constatan que los derechos fundamentales vulnerados por la actuación empresarial fueron dos: el derecho a la igualdad y no discriminación y la libertad de expresión. Por su parte, la empresa no presentó prueba de descargo que consiguiera desvirtuar los indicios de vulneración de derechos fundamentales del trabajador.

- **Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 26 septiembre 2007** (RJ\2007\7514). El fondo de la sentencia estriba en torno al uso extralaboral que se le da a un ordenador, entendido como herramienta laboral; así como a si la información obtenida de la revisión del ordenador, de donde se deriva ese uso privado, es o no lesivo para el derecho a la privacidad del trabajador. El conflicto surge como consecuencia del uso que hacía el trabajador del ordenador que se facilitaba para la realización de sus funciones y con el que visitaba páginas pornográficas y descargaba contenidos que guardaba posteriormente en un dispositivo de almacenamiento USB o imprimía en papel.
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 18 diciembre 2007. Caso *Jundt*. Asunto C-281/06.** Una de las preguntas prejudiciales sobre las que se tiene que pronunciar el TJUE en la sentencia consiste en determinar el carácter de actividad económica de la labor docente accesoria que desempeñó el demandante en una universidad pública de un Estado miembro distinto al de su nacionalidad, y por la que percibió una contraprestación. Entendieron los Magistrados que, aunque la actividad fuera de carácter accesorio o casi benévolo, lo determinante para esclarecer si es o no una actividad económica es que se perciba contraprestación o retribución por ella.
- **Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 56/2008 de 14 abril** (RTC\2008\56). El fondo del asunto consiste en la constatación de una presunta vulneración de la libertad de expresión del trabajador por parte de su empleador. El demandante de amparo escribió una carta que colocó en el tablón de anuncios del centro de trabajo y repartió, asimismo, entre sus compañeros en la que dedicaba ciertas palabras ofensivas a algunos compañeros y a la empresa, como consecuencia de un accidente laboral en el que murieron cuatro compañeros. Como resultado, la empresa decidió aplicarle un despido disciplinario. Trayendo a colación su jurisprudencia ya asentada, el TC manifestó que el límite de la libertad de expresión se encuentra en los términos injuriosos y en las invectivas que no guarden relación con las opiniones o ideas que se quieren exponer. En otras palabras: el derecho a la libertad de expresión ampara la crítica contra otro, pero no el insulto. Entendió el Tribunal que el escrito quedaba dentro de los mencionados límites de la libertad de expresión y que además su difusión tuvo una dimensión meramente interna en la organización.
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 10 septiembre 2009. Caso *Pereda*. Asunto C-277/08.** La cuestión prejudicial que se eleva al TJUE alude a la posibilidad de disfrutar las vacaciones en periodo distinto, cuando antes de comenzarlas el trabajador sufre una incapacidad temporal. Los Magistrados le otorgan al periodo vacacional el carácter de principio de Derecho social comunitario, cuya finalidad no es otra que procurar el debido descanso a los trabajadores. Ese descanso no es factible si sufre una incapacidad temporal durante las vacaciones o antes de las mismas.
- **Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 435/2010 de 21 abril** (AS\2010\1854). En la presente sentencia se analiza la validez que merecen ciertas declaraciones de un trabajador manifestadas en Internet en un foro público como fundamento de su despido disciplinario. En términos más generales, lo que se estudia es si su despido disciplinario por aquellas manifestaciones constituye una vulneración del derecho a la libertad de expresión del trabajador. Los Magistrados dictaminan que en la medida en que el foro es público, no existe intimidad ni privacidad alguna por parte del trabajador ya que el sitio web era accesible para cualquier persona. En consecuencia, no encuentran que en la decisión empresarial haya podido haber transgresión al derecho a la libertad de expresión del trabajador.

- **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 5793/2010 de 14 septiembre** (AS\2010\1923). Los Magistrados del TSJ de Cataluña dilucidan en la resolución la existencia de un nexo causal entre el síndrome del quemado o de *burnout* que sufre una trabajadora, y un incumplimiento en materia de seguridad y salud por parte de la empresa. Se trata de un elemento esencial para poder atribuir a la organización un recargo de prestaciones por accidente laboral, ya que esta es la consideración que para la asentada doctrina judicial merece aquel trastorno de la salud, habida cuenta de que no está reconocida como enfermedad profesional en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre. Finalmente se admite la subsistencia de la relación de causalidad mencionada tras constatar, por medio de actas de infracción, que la empresa ni había realizado evaluaciones de riesgos laborales en el puesto de trabajo de la empleada ni había tomado medida preventiva alguna.
- **Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 4 marzo 2011. Caso Grigore. Asunto C-258/10.** La principal cuestión prejudicial que se le plantea al TJUE en esta resolución es determinar si el tiempo que pasa un guarda forestal monitoreando el terreno es o no tiempo de trabajo. Reiterando la posición jurisprudencial ya asentada sobre este particular, determinan los Magistrados que los elementos que definen el tiempo de trabajo son que el trabajador preste efectivamente sus servicios, que se encuentre físicamente en el lugar al que le ha emplazado el empleador y que esté a disposición de este último.
- **Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 6 octubre 2011** (RJ\2011\7699). El objeto sobre el que se pronuncia el TS en esta sentencia se concreta en la pugna entre el derecho de los trabajadores a la privacidad y la intimidad en el uso de los dispositivos electrónicos que le facilita la empresa para la realización de sus funciones y el poder de vigilancia del empresario. En el caso concreto, la empresa envió una carta a todos sus trabajadores prohibiendo el uso personal de los materiales dados por la organización, notificación que fue firmada por todos ellos. Para comprobar el uso que se hacía de los ordenadores la dirección instaló un *software* de seguimiento por medio del cual se descubrió que una de las empleadas lo utilizaba con fines personales, lo que motivó su despido disciplinario. El Alto Tribunal entendió que la expresa prohibición por parte de la empresa de un uso personal de los dispositivos, descartaba cualquier margen que pudiera dar cabida a una mínima intimidad en su uso, de modo que no existía en este caso ningún derecho a la intimidad con el que pudiera entrar en conflicto la actuación empresarial.
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 21 junio 2012. Caso ANGED. Asunto C-78/11.** Sentencia que se pronuncia sobre el derecho de los trabajadores a diferir el disfrute de sus vacaciones a un periodo posterior en caso de sufrir durante o inmediatamente antes de comenzar su periodo vacacional, una incapacidad temporal que le impida disfrutar del descanso merecido y que tratan de garantizar las vacaciones.
- **Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 3 octubre 2012** (RJ\2012\10302). Además de en cuestiones de índole procesal, la controversia que se dirime en esta resolución se centra en si los trabajadores ostentan o no el derecho a trasladar el disfrute de sus vacaciones a una fecha posterior, incluso transcurrido el año natural, cuando estando en periodo vacacional, hubiesen sufrido una incapacidad temporal. Determina el Tribunal que una situación de incapacidad no puede anular el derecho que todos los trabajadores tienen a su descanso anual, y que en consecuencia, debe proveérsele de otro periodo en el que poder disfrutarlas, una vez finalizada la enfermedad que se lo impidió. Resulta importante mencionar las numerosas sentencias del TJUE que se citan en el FJ 5 y el razonamiento del Pleno *pro comunitate*. El Pleno del Alto Tribunal pone en relación en su discernimiento la jurisprudencia comunitaria con el párrafo introducido en el art. 38.3 del ET por la LOIEMH, haciendo así extensible el derecho de diferir el disfrute de las vacaciones cuando estas coincidan con una incapacidad temporal dimanante de embarazo y concordantes, a supuestos distintos de incapacidad temporal. Se creó así un precedente idóneo para la promulgación del art. 38.3 párrafo 3º del ET tal y como lo conocemos actualmente, que, en definitiva, positiviza el razonamiento de los Magistrados del TS contenido en esta sentencia.

- **Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 241/2012 de 17 diciembre** (RTC\2012\241). Los hechos probados que se recogen en la sentencia se relacionan con el derecho a la privacidad en el contexto laboral y en particular, respecto al uso de un ordenador como herramienta de trabajo. Los Magistrados del Tribunal intérprete de la Carta Magna han de pronunciarse sobre si la empresa vulnera los derechos de dos trabajadoras cuando accede a las conversaciones mantenidas por estas a través de una aplicación de mensajería instalada por ellas mismas en un ordenador propiedad de la empresa, de uso común y sin clave de acceso. Entienden sus Señorías que si bien se trataba de conversaciones privadas, el canal a través del cual se llevaron a cabo estaba expuesto a injerencias del resto de compañeros, y por tanto, se arriesgaban a que se hicieran públicas. A ello se añade la circunstancia de que la Dirección de la empresa tuviera expresamente prohibida la instalación por los trabajadores, de programas en el ordenador. De lo dicho infieren los Magistrados que no existía ninguna expectativa razonable de privacidad.
- **Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 12 febrero 2013** (RJ\2013\2866). La presente sentencia analiza la pugna entre el derecho fundamental a la huelga de los trabajadores y el derecho a la información de la empresa. En el caso concreto, el derecho a la información se observa desde la perspectiva del empresario, pues tras ser convocada una huelga, uno de los miembros de la dirección envió por correo electrónico un comunicado a todos los trabajadores de la organización donde trató de convencerles para que no acudieran a la huelga explicando las razones que le llevaban a tal solicitud. En esa comunicación, los Magistrados entendieron que había implícitas amenazas dirigidas tanto al remitente de la comunicación como al resto de compañeros, con el objeto de que se creara un cierto sentimiento de presión que llevara al receptor del mensaje a convencer a sus compañeros para que no participaran en la huelga. Por lo dicho, el TS calificó la conducta empresarial de lesiva del derecho fundamental a la huelga.
- **Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 170/2013 de 7 octubre** (RTC\2013\170). En este pronunciamiento judicial los máximos intérpretes de la Constitución tratan de dirimir si existe o no vulneración del derecho a la intimidad personal del trabajador cuyos correos electrónicos son interceptados por su empleador, después de alegar que la empresa no contaba con ningún protocolo de uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición, que prohibieran un uso de aquellos de carácter privado. No obstante, esta conducta sí aparecía tipificada como falta leve en el convenio colectivo aplicable en el correspondiente lapso temporal, a lo que se adiciona, además, que en esos correos con terceros, revelaba información sensible relacionada con su puesto de trabajo.
- **Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 3541/2015 de 15 junio** (AS\2015\1412). Uno de los aspectos en los que se centra la presente sentencia es la pugna entre el derecho a la intimidad del trabajador en los dispositivos prestados por la empresa como herramientas laborales, y el derecho del empresario a vigilar el correcto uso de esos elementos de trabajo. Con ocasión de una revisión del *software* de toda la empresa, se pudo constatar que uno de los trabajadores había instalado un programa no autorizado. Esa intervención es calificada por los Magistrados como adecuada y legítima, ya que se trata de una herramienta laboral de la que es titular el empleador.
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 10 septiembre 2015. Caso Federación de Servicios Privados del sindicato CCOO. Asunto C-266/14.** La cuestión prejudicial que se eleva al conocimiento del TJUE consiste en determinar si se debe considerar tiempo de trabajo o de descanso el tiempo de desplazamiento de los trabajadores de su domicilio al del cliente y del cliente al domicilio. Los trabajadores que se ven afectados se encargan de instalar sistemas de seguridad en casas privadas y locales de negocios. La empresa no computa como tiempo de trabajo el primer desplazamiento desde el domicilio del empleado al centro logístico donde tienen las piezas y herramientas guardadas, o en su caso, al domicilio o local del cliente. Tampoco computa como tiempo de trabajo el viaje de vuelta desde el centro logístico o desde el domicilio o local del último cliente, hasta el domicilio del trabajador. Sí considera tiempo de trabajo los viajes intermedios. Aplicando el concepto de tiempo de trabajo de

las Directivas europeas y el sentido dado por el TJUE en otras sentencias, los Magistrados sí entienden que tanto el primero como el último desplazamiento mencionados constituyen tiempo de trabajo.

- **Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 21 septiembre 2015** (RJ\2015\4353). En la presente sentencia, los Magistrados valoran la legalidad de una cláusula tipo que la empresa demandada incluye en sus contratos laborales. Esa cláusula da a entender que voluntariamente el trabajador facilita a la organización su número de teléfono y su correo electrónico como medios a través de los cuales se les habría de comunicar cualquier variación habida en su contrato, la relación laboral, o el puesto de trabajo. Al mismo tiempo, se compromete a comunicar a la empresa cualquier modificación que sufrieran estos datos. Los Magistrados de la Sala consideran en sus argumentos que de la cláusula se trasluce más obligación que voluntariedad en lo que a la facilitación de los datos por los trabajadores se refiere, y que esta información no es necesaria para el correcto desenvolvimiento de la relación laboral, de modo que no entrarían dentro de los elementos susceptibles de sustraerse de la voluntad o disposición de sus titulares.
- **Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 207/2015 de 4 diciembre** (AS\2016\97). El fondo del asunto consiste en determinar si las empresas tienen o no obligación de llevar un registro de la jornada ordinaria, tal y como sí deben llevarlo con las horas extraordinarias. La Sala concibe que el control de la jornada ordinaria es un presupuesto necesario para el cómputo de las extraordinarias, ya que estas últimas se conciben con base en aquella.
- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 20 diciembre 2017. Caso Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain S.L. Asunto C-434/15.** La cuestión prejudicial que se eleva al TJUE se enmarca dentro del conflicto judicializado entre los taxistas y los nuevos modelos de negocio del sector. El colectivo de taxistas solicita que se declare que las actividades de la empresa Uber constituyen competencia desleal por cuanto desarrollan los mismos servicios pero no cuentan con las mismas autorizaciones o permisos que se les exige a los primeros.
- **Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 3 febrero 2016** (AS\2016\99). El objeto sobre el que se pronuncia la sentencia es la duración de la jornada ordinaria de los trabajadores a distancia. En el caso particular, los teletrabajadores de la empresa demandada no tenían un horario concreto, ni por tanto, un límite. Tampoco había ningún sistema implantado que llevara un registro de las horas de trabajo que hacían, de modo que las horas extraordinarias no se tenían en cuenta y tampoco se pagaban. La única prueba que demostraba hasta qué hora trabajaban los empleados a distancia era la hora en la que enviaban los correos electrónicos con sus responsables. Los Magistrados mantienen que el hecho de que el trabajador preste los servicios desde su domicilio no justifica que la empresa no adopte ninguna medida para controlar el tiempo de trabajo, pues esta es una obligación suya inserta en el deber más general de proteger la seguridad y salud de sus trabajadores. Por lo dicho, la adopción de medidas en este sentido no supone una vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores.
- **Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 39/2016 de 3 marzo** (RTC\2016\39). El asunto sobre el que se pronuncia el TC en esta sentencia estriba en la posible vulneración del derecho a la intimidad y a la imagen de una trabajadora, tras haber colocado una cámara de videovigilancia sin habérselo notificado. No obstante, la empresa instaló en un lugar visible del centro de trabajo, un cartel en el que informaba de manera general sobre la instalación del dispositivo de grabación. A través de las imágenes captadas por la cámara, se apreció cómo la trabajadora sustraía dinero de la caja en varias ocasiones, lo que motivó su despido disciplinario. La mayoría de los Magistrados de la Sala entienden que la colocación de aquel cartel daba información suficiente a la trabajadora de la instalación de cámaras de videovigilancia y que por darse la circunstancia de la recogida de datos en el contexto de una relación laboral, el consentimiento se considera implícito en el contrato. Los votos particulares de los Magistrados

contrarios a la posición mayoritaria entienden, sin embargo, que el cartel no proporciona suficiente información a la trabajadora.

- **Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Pleno) Sentencia núm. 246/2017 de 23 marzo** (RJ2017\1174). Esta sentencia se encuentra en el mismo *íter* judicial que la SAN 207/2015, de 4 de diciembre, a la que casa y anula. El fondo del asunto nuevamente se centra en si la obligación de registrar el tiempo de trabajo se refiere a las horas extraordinarias o si también es aplicable a la jornada ordinaria. La Sala de lo Social del Alto Tribunal decide finalmente que la obligación del registro de la jornada se refiere en exclusiva a las horas extraordinarias. Cuenta el fallo, no obstante, con 3 votos particulares a los que se adhieren 5 de los 13 Magistrados de la Sala.
- **Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 338/2017 de 20 abril** (RJ2017\1869). Reafirma la línea jurisprudencial asumida por la STS 246/2017 de 23 de marzo al considerar nuevamente los Magistrados que el registro de horas trabajadas se refiere con exclusividad a las extraordinarias, y no a la jornada ordinaria.
- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso contra (Gran Sala) Caso *Barbulescu* contra Rumania. Sentencia de 5 septiembre 2017** (TEDH\2017\61). El objeto de la sentencia consiste en determinar si hubo o no vulneración del derecho a la privacidad del trabajador cuyas comunicaciones a través del correo corporativo fueron intervenidas por el empleador. En el caso concreto, el protocolo interno de la empresa así como una comunicación firmada por todos los trabajadores, incluido el demandante, advertían a los empleados de la prohibición de usar los elementos y herramientas de la empresa con fines personales. Nada se decía, sin embargo, de la posibilidad de inspección de las mismas. El correo corporativo del demandante fue intervenido por la dirección, así como toda su actividad en el ordenador de la empresa. El uso privado que hizo del correo corporativo y del ordenador de la empresa motivó el despido disciplinario del trabajador. Esa intervención en el ordenador de la empresa adjudicado al trabajador fue calificada por los Magistrados como una injerencia por parte de la empresa que dio lugar a una lesión en el derecho del trabajador a su privacidad.
- **Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia núm. 902/2017 de 16 de noviembre** (STS 4552/2017). La sentencia dirime un presunto caso de “falso autónomo”. Se trata de un traductor que pone sus servicios a disposición de una empresa cuyo objeto social es precisamente esa actividad, sin embargo, la relación entre ambos se concreta en un contrato mercantil y no en uno laboral. La sentencia determina que concurren las notas de laboralidad en dicha relación, y que, por tanto, debe formalizarse en un contrato laboral y el traductor debe tener la consideración de trabajador por cuenta propia.
- **Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 119/2018 de 8 febrero** (RJ2018\666). En la presente sentencia se valora la validez que merece en sede judicial como prueba que demuestre la comisión de una falta grave, determinada información extraída del correo electrónico corporativo del trabajador sin su consentimiento. Esa falta grave consistió en la percepción por parte del empleado de unos ingresos efectuados por un proveedor de la empresa empleadora en su cuenta bancaria personal. Tal comportamiento motivó su despido disciplinario, que impugnó el trabajador alegando una conculcación de su intimidad y privacidad en la obtención de las pruebas. A través de la vía de los recursos, llegó el demandante hasta el TS. Los Magistrados del Alto Tribunal trajeron a colación la asentada jurisprudencia constitucional, en virtud de la cual se reconoce la expectativa razonable de privacidad del trabajador en el uso del correo electrónico y dispositivos digitales entregados por el empresario para el desempeño de sus funciones laborales, así como que ese aparato es una herramienta de trabajo y como tal, susceptible de fiscalización por el empleador. Para conciliar ambas concesiones resulta capital dirimir si existe algún tipo de prohibición previa relativa al uso de los terminales o del correo electrónico con fines privados.
- **Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 14 febrero 2018** (AS\2018\1481). La sentencia se pronuncia sobre una posible vulneración del

derecho a la intimidad de una trabajadora, por parte de su empresa. La trabajadora había causado baja por incapacidad temporal como consecuencia de un accidente de trabajo que le ocasionó la fractura de un tobillo. Poco después del alta, contrajo matrimonio y a continuación disfrutó de un permiso por el enlace nupcial. En el viaje de novios transitó por distintos países y poco tiempo después de incorporarse a su puesto de trabajo, volvió a concedérsele la baja por recaída. En la carta de despido de la empresa se indicaba que si la fractura del tobillo era incompatible con la incorporación al trabajo, también lo era con un viaje por distintas ciudades europeas. En el expediente sancionador que se le abrió y precedió al despido, se recabaron fotos del viaje de novios que la trabajadora había colgado en redes sociales. El foro en el que fueron cargadas las imágenes era público y, en consecuencia, el Tribunal no observó vulneración alguna del derecho a la intimidad de la trabajadora.

- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 21 febrero 2018. Caso Nivelles. Asunto C-518/15.** Entre otras cuestiones prejudiciales, la presente sentencia aborda la consideración de tiempo de trabajo aplicada a las guardias domiciliarias en el caso concreto de un bombero voluntario. Durante esas guardias, el trabajador no tenía que permanecer físicamente en el centro de trabajo, pero sí hallarse lo suficientemente cerca como para poder presentarse en menos de 8 minutos. Esa limitación del espacio físico por parte del empleador es la que inclina a los Magistrados a considerar tiempo de trabajo las guardias domiciliarias, ya que, de hecho, restringen la posibilidad que tiene el demandante de desarrollar cualesquiera otras actividades durante ese periodo.
- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª) Caso Libert contra Francia. Sentencia de 22 febrero 2018 (TEDH\2018\35).** Se somete a juicio del TEDH la pugna entre el derecho del trabajador a su privacidad y el derecho de la empresa a vigilar el correcto uso de los elementos de trabajo, aun cuando estos sean dispositivos digitales. En el caso concreto, una inspección del ordenador facilitado por la empresa al trabajador reveló que una parte importante del disco duro estaba ocupada por archivos de carácter personal, circunstancia que motivó su despido. El registro tuvo lugar como consecuencia de la denuncia de los hechos ante la dirección por parte de otro trabajador al que le habían asignado ese dispositivo y que había encontrado los archivos. Ese examen se realizó sin haber informado al trabajador (primer usuario del terminal) y sin su presencia en el acto. Por otro lado, la normativa interna de la empresa permitía un cierto margen de uso personal de los dispositivos digitales de la compañía, siempre que fuera razonable y no afectara al rendimiento del trabajador. No obstante, el empleado no había marcado esos archivos como personales, por lo que sí fueron accesibles para el empleador, y por ello, no se apreció vulneración en la actuación de la dirección de la empresa.
- **Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca (Comunidad Autónoma de las Islas Baleares) Sentencia núm. 74/2018 de 28 febrero (JUR\2018\121686).** El objeto del pleito se centra en la pugna entre el derecho a la libertad de expresión de los trabajadores en Internet y el derecho de la dirección de la empresa a la organización y control de la actividad. El demandante publicó en una red social comentarios e imágenes ofensivos que, no obstante, no tenían como objetivo a su empleador. Se trataba en todo caso de manifestaciones que contrariaban los ideales de la empresa, y dado que el trabajador se identificaba como perteneciente a la plantilla de la organización, se le podía relacionar con ella, existiendo la posibilidad de que la vinculación denostara su imagen. De hecho, otra internauta invitaba a no adquirir productos de la empresa como consecuencia de la publicación del trabajador. Finalmente, el contenido de la divulgación realizada por el trabajador en su red social motivó su despido disciplinario. Antes del acontecimiento, la empresa ya contaba con un protocolo interno de uso de las redes sociales por parte de los trabajadores, donde, al mismo tiempo que reconocía su derecho a la libertad de expresión, les instaba a no publicar contenido ofensivo que pudiera afectar a la imagen corporativa. El Juez estimó que no existía vulneración del derecho fundamental del trabajador, sino una transgresión por su parte de la buena fe contractual así como un supuesto de desobediencia que acarreó consecuencias negativas para el empleador.

- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 10 abril 2018. Caso *Uber France*. Asunto C-320/16.** Resolución judicial también inserta en el conflicto que enfrenta al nuevo y al tradicional modelo de negocio del sector del transporte urbano de pasajeros. En esta sentencia el TJUE ratifica la línea ya planteada en el caso Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain S.L, de modo que niega que la actividad que ofrezcan empresas como Uber se inscriba en la noción de servicios de la sociedad de la información dada su intromisión directa en la labor que desarrollan los conductores. Esa injerencia se observa tanto en la aplicación que controla los movimientos de los conductores no profesionales como en el establecimiento del precio o tarifa del viaje, entre otros aspectos.

4. TABLAS

Tabla. Marco Europeo para la Gestión del Riesgo Psicosocial: PRIMA-EF (traducción de INSTITUTE OF WORK, HEALTH AND ORGANISATIONS, 2008)

RIESGOS PSICOSOCIALES	
Contenido del trabajo	Falta de variedad o ciclos cortos de trabajo, trabajo fragmentado o sin sentido, bajo uso de habilidades, alta incertidumbre y exposición continua a las personas a través del trabajo.
Carga de trabajo y lugar de trabajo	Sobrecarga o infracarga de trabajo, trabajo mecanizado (repetitivo y monótono), altos niveles de presión de tiempo y continuamente sometido a plazos.
Horario laboral	Trabajo a turnos, trabajo nocturno, horarios de trabajo inflexibles, horas impredecibles, horas largas o que no permiten tener vida social.
Control	Baja participación en la toma de decisiones, falta de control sobre la carga de trabajo, ritmo, trabajo por turnos, etc.
Ambiente laboral y equipo	Inadecuada disponibilidad, idoneidad o mantenimiento del equipo; malas condiciones ambientales como falta de espacio, poca luz, ruido excesivo, etc.
Cultura organizacional y función	Mala comunicación, bajos niveles de soporte para la resolución de problemas y desarrollo personal, falta de definición o acuerdo sobre los objetivos de la organización.
Relaciones interpersonales en el trabajo	Aislamiento social o físico, malas relaciones con los superiores, conflictos interpersonales, falta de apoyo social.
Desarrollo profesional	Ambigüedad de rol, conflicto de roles y responsabilidad para las personas.
Rol en la organización	Estancamiento e incertidumbre en la carrera, infracualificación o sobrecualificación, salarios bajos, inseguridad laboral y baja valoración social del trabajo.
Interfaz trabajo-casa	Demandas conflictivas de trabajo y hogar, poco apoyo en el hogar y problemas de carrera dual.